
ESTUDIOS	A Blue Print for a Worldwide Multimodal Regime JOSÉ M ^a ALCÁNTARA, FRAZER HUNT, PROF. SVANTE O. JOHANSSON, BARRY OLAND, KAY PYSDEN, MILOS POHUNEK, PROFESSOR JAN RAM- BERG, DOUGLAS G. SCHMITT, PROFESSOR WILLIAM TETLEY C.M., Q.C. Y JULIO VIDAL	5
	Breves considerações sobre a lei aplicável ao contrato de seguro NUNO ANDRADE PISSARRA	10
	Pacientes en la Unión Europea: libertad restringida y vigilada MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL	51
	La noción de consumidor en el Mercosur SARA LIDIA FELDSTEIN DE CÁRDENAS, LUCIANE KLEIN VIEIRA	71
	The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010 PIETRO FRANZINA	85
	Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho Internacional Privado extravagante? FEDERICO F. GARAU SOBRINO	130
	La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005), CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA	145
	La proposta per la riforma del Regolamento «Bruxelles I» e i provvedimenti provvisori FRANCESCO SEATZU	170
	L'Italia e il resto del mondo nel pensiero di Pasquale Stanislao Mancini SARA TONOLO	178

VARIA	Vecindad civil de la mujer casada: nuevas reflexiones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 14.4 C.c. y la retroactividad de la Constitución española en relación a los modos de adquisición de su vecindad civil ANA-PALOMA ABARCA JUNCO, MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA	194
	La política cinese sulle esportazioni dinanzi al sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: il report del Panel nel caso China – Raw Materials ELISA BARONCINI	203
	La <i>inevitable extensión</i> de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (asunto Ruiz Zambrano) PILAR JUÁREZ PÉREZ	249
	“Forum non conveniens” revisited: el caso Spanair CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA	267
	El pasajero aéreo desprotegido: obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos de las compañías aéreas (A propósito de la STJUE de 9 julio 2009, <i>Rehder</i> , As. C-204/08) PILAR MAESTRE CASAS	282
	Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein: una princesa en el Derecho internacional privado MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL	304
	La Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Subacuático. Principios Generales ESTHER PORTELA VÁZQUEZ	317
	Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice ALESSANDRA ZANOBBETTI	338
<hr/>		
SOBRE <i>CDT</i>	Normas de publicación	360

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

Directores

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
(Univ. Carlos III de Madrid)

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
(Univ. Murcia)

Secretaría de Redacción

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO
(Univ. Zaragoza)

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

FEDERICO F. GARAU SOBRINO
(Univ. Islas Baleares)

PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO
(Univ. Nacional de Educación a Distancia)

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
(Univ. Pablo de Olavide)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)

TITO BALLARINO
(Univ. Padova)

STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)

JÜRGEN BASEDOW
(Max Planck Institut
für ausländisches und internationale
Privatrecht, Hamburg)

CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)

JEAN-YVES CARLIER
(Univ. Louvain / Univ. Liège)

PIETRO FRANZINA
(Univ. Ferrara)

HELÈNE GAUDEMET-TALLON
(Univ. Paris II - Panthéon-Assas)

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
(Letrado DGRN)

STEFAN LEIBLE
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSEL
(Univ. Köln)

DIETER MARTINY
(Max Planck Institut
für ausländisches und internationale
Privatrecht, Hamburg)

JESÚS R. MERCADER UGUINA
(Univ. Carlos III de Madrid)

RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)

HORATIA MUIR-WATT
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)

CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO
(Univ. Carlos III de Madrid)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.01

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 89 35

Correo electrónico: celiamaria.caamina@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Tallergraficoyeditorial.com - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

A BLUE PRINT FOR A WORLDWIDE MULTIMODAL REGIME

JOSÉ M^a ALCÁNTARA, FRAZER HUNT, PROF. SVANTE O. JOHANSSON*, BARRY OLAND,
KAY PYSDEN, MILOS POHUNEK, PROFESSOR JAN RAMBERG, DOUGLAS G. SCHMITT,
PROFESSOR WILLIAM TETLEY C.M., Q.C. AND JULIO VIDAL

Recibido: 20.08.2011 / Aceptado: 30.08.2011

Resumen: En el nº 2 de 2010 de CDT se publicó un manifiesto del llamado «Grupo de los 9» titulado «Particular concerns with regard to the Rotterdam Rules» en el que estos destacados profesores y juristas expresaban sus dudas acerca de este nuevo instrumento internacional. Este Grupo ofrece ahora un nuevo manifiesto que supone un paso adelante en el que se indica que a pesar de la innegable necesidad de poner al día las Reglas de La Haya-Visby, y de las aportaciones efectuadas en tal sentido por las Reglas de Róterdam, las perspectivas de éxito de estas últimas se ven ensombrecidas por su pretensión de extenderse más allá de lo que en puridad debía ser su objeto, el transporte marítimo, para convertirse en el texto de referencia para el transporte multimodal que cuente con una fase marítima. Lejos de contribuir a un verdadero y efectivo régimen unificado de la multimodalidad, plantea nuevas dudas a la hora de determinar qué régimen, de entre los existentes para cada tipo de transporte, debe ser de aplicación en cada caso. Mientras tanto, parece que para conseguir los objetivos referidos al transporte marítimo de las Reglas de Róterdam habría bastado con la introducción de Protocolos a las Reglas de La Haya-Visby, dejando que lo concerniente al transporte multimodal continuara por la senda establecida a tal efecto por el CMR, cuyo sistema quizás debiera traspasar las fronteras europeas con el impulso de las diferentes instituciones internacionales.

Palabras clave: Reglas de Rotterdam, transporte multimodal, transporte marítimo, Reglas de La Haya-Visby, CMR.

Abstract: In the issue n. 2 of 2010 of CDT it was published a manifesto of the so-called «Group of the 9» under the title of «Particular concerns with regard to the Rotterdam Rules» where these renowned scholars and attorneys expressed their doubts about this new international legal instrument. The Group offers now a new manifesto providing a step further whereby they indicate that notwithstanding the undeniable necessity to update the Hague-Visby Rules and the contributions carried out in this direction by the Rotterdam Rules, success expectations of the latter rules are hindered because of the aim to expand the scope of application beyond their object in strict sense, namely maritime transport, so as to become the text of reference as for every multimodal transport that includes a sea leg. Far from contributing to a real and effective multimodal unified regime, new doubts arise when determining which regime, of all those for each type of transport, shall apply in each case. In any event, it seems that in order to reach the objectives appointed to by the Rotterdam Rules, introducing Protocols to the Hague-Visby Rules would have been good enough, whereas all that related to multimodal transport continues by the CMR established paths, a system which should trespass European borders with the help of different international institutions.

Key words: Rotterdam Rules, multimodal transport, maritime transport, Hague-Visby Rules, CMR.

*It is with a sense of regret that we report that Professor SVANTE O. JOHANSSON, who has been a very valuable member of our group, has now left us due to his having been appointed Justice to the Supreme Court of Sweden by the Swedish Government. We have been honoured to have had his unstinting support and are proud that our friend and colleague has reached such a momentous milestone in his career. Whilst we are sad to lose him, we are also pleased to announce that we have been joined by Professor MILOS POHUNEK of Prague University, a highly respected law professor and practitioner from the Czech Republic, who will undoubtedly maintain the academic and practical cargo transport law experience of our group.

1. The UN Convention on Contracts for International Carriage wholly or partly by Sea known as «the Rotterdam Rules» bridges the gap between the Hague and the Hague/Visby Rules on the one hand and the Hamburg Rules on the other by removing the error in navigation defence available to the maritime carrier under the Hague and the Hague/Visby Rules and by increasing the monetary limits of liability to account for world inflation since the 1920s.

2. However, there may well be considerable difficulties in getting broad international consensus on the innovations contained in the Rules. One such controversial aspect concerns the expansion of the Convention to cover not only the maritime segment but also pre-carriage and on-carriage by other modes of transport (the so-called «maritime plus»),¹ making it difficult to determine whether the Convention or other potentially applicable legal régimes apply to the same transport (Art. 82 of the Rotterdam Rules). Further, the Convention as such does not actually cover transport additional to maritime transport, as it merely gives the maritime carrier the option to include such additional carriage in his contract (Art.1.1 of the Rotterdam Rules: «... may provide for carriage by other modes in addition to sea carriage»). In practice, it may well be difficult for the customers to determine whether or not the carrier has exercised that option. Furthermore, it is unhelpful to expand a unimodal transport convention to cover other modes as well, since nowadays the important factor for customers is not exactly how goods have been carried and which mode of transport has been used but rather the desire to get the goods in the right condition to the right place at the right time.

3. The Rotterdam Rules also expand beyond the contractual carrier to cover anyone acting as a «maritime performing party». The definition of such a party would include anyone performing or undertaking to perform any of the carrier's obligations during the period between the arrival of the goods at the port of loading of a ship and their departure from the port of discharge of a ship but with the exception that an inland carrier will only be considered to be a maritime performing party to the extent that it performs or undertakes to perform its services exclusively within a port area.

4. The definition clearly includes stevedoring companies and cargo terminals in the seaport. This may cause some problem to multi-purpose cargo terminals in the seaports, as it would be difficult for them to determine to what extent the goods stored in the terminal are subjected to the maritime convention. Indeed, the failure of the 1991 Convention on Operators of Transport Terminals to come into force (four states have ratified so far while five are required for the convention to enter into force) presumably depends on the difficulties which would arise for cargo terminals being exposed to different systems of liability depending upon the contemplated modes of carriage.² If that convention does come into force, the situation would be further aggravated.

5. Generally, the Rotterdam Rules represent an imbalance between shippers and carriers. Although the carrier enjoys the privilege of a monetary limitation of liability for a breach of any of its obligations, the shipper would incur an unlimited liability, e.g. in case of incorrect information given to the carrier. Whilst it might be understandable that the maritime carrier would prefer to have a joint and several liability comprising everyone acting as shipper and consignee, it may be considered less acceptable that a party having had nothing to do with the contract of carriage as such should be liable under the Convention.

6. Nevertheless, the Convention contains a definition of «documentary shipper» and to qualify as such, it is sufficient to agree to be named as «shipper» in the transport document or electronic transport record. This might be particularly harmful for Ex Works and FOB sellers who without realising the

¹ See F. BERLINGIERI, *A New Convention on the Carriage of Goods by Sea: Port-to-Port or Door-to-Door?* (in Uniform Law Review 2003).

² See E. VINCENZINI (together with J. RAMBERG), *La convenzione sulla responsabilità degli operatori di transport terminals nel commercio international* (in *Diritto dei trasporti* 1990:2).

consequences may agree to be named as shippers in bills of lading. More importantly, the bill of lading is of vital importance in commodity trades where the goods are frequently sold in transit. Such sales are implemented by the transfer of original bills of lading which is possible due to the issuer's irrevocable undertaking only to deliver the goods to the holder of an original bill of lading. This requirement has been relaxed more recently, particularly by the container lines.

7. The situation became even worse when—at the last moment in the deliberations in the UNCITRAL Commission—the carrier became entitled to issue a negotiable bill of lading without a promise to deliver the goods solely against one original or its electronic equivalent. If such a document is tendered, a seller would under CPT, CIP, CFR and CIF Incoterms 2010 clause A 8, be unable to present a document which would «enable the buyer to sell the goods in transit by the transfer of the document to a subsequent buyer», as no prospective buyer would be content to receive a document without an irrevocable promise by the carrier to tender the goods to him in return for an original of the negotiable bill of lading.

8. During the deliberations in the UNCITRAL Commission in June 2008 the African and Arab States, as well as Australia and Canada, took a firm stance against what they considered to be an improper imbalance between the interests of shippers and carriers in the draft instrument. The problems caused by the expansion of the Convention to deal with non-maritime transport (the «maritime plus») caused some States (Germany, Finland, Sweden) requesting a disconnection reservation with respect to the applicability of the Convention beyond the maritime segment and to permit regional legislation for integrated transport. Nevertheless, the disconnection reservation was rejected by the majority of States.

9. It does appear clear from the current status of the Convention which does not yet have the force of law that it may never gain that status. It also seems clear that numerous countries have serious reservations about the innovations in the Convention, not least the volume contract exemption. Apart from those countries that signed the Convention at the signing ceremony or shortly thereafter (20 being the number needed to ratify to bring it into force), very few have come forward to sign. Only one country has ratified and we are only three months away from the second anniversary of the signing ceremony.

10. Historically, many countries that sign Conventions do not go on to ratify the same. In comparison, practically all countries signed the Hamburg Rules but they have only been ratified or acceded by 33 States. Thus, the prospect of the Rotterdam Rules effectively replacing the present conventions is remote.

11. Those of us coming from EU-countries firmly think that it is time for the EU to take a stand. To date, it has not taken up a formal position on the Rules. In its transport policy document entitled «Rotterdam Rules – European parliament Resolution on the Strategic Goals and Recommendations for the EU's Maritime Transport Policy until 2018 as adopted 23 March 2010» it encouraged member states to sign the Rules yet at the same time emphasized that such signing should be a matter for consultation in and subject to the views of member states. Therefore that position is non binding. Recently the Head of Unit Logistics and Co Modality in the EU, Pavel Stelmaszyk, confirmed that it will be considering an EU regime whether the Rotterdam Rules come into force or not. Surely it would be more appropriate for the EU to take a lead and recommend against the EU member states signing or ratifying the Rules, given the clear reticence in take up of the same worldwide?

12. At the same time it appears to us that Uncitral/CMI should be invited to start a redraft process on the following lines as a matter of urgency. The reason that urgency exists is due to the fact that the implementation of the much needed section of the Rotterdam Rules on electronic documentation is being delayed by being part of a more controversial and much wider document. It should be noted by CMI that CMR and CIM-Cotif may be worthwhile as being considered as potentially appropriate for use worldwide, given their success on a Europe wide basis.

13. Of course the Hague-Visby Rules have been adopted by the European nations rather than the Hamburg Rules and much of the initial work on the Rotterdam Rules consisted of a very detailed comparison of these two Conventions with a view to cherry picking the best of both. There is no reason why the fruits of this exercise should not be preserved by protocols to existing conventions and be adapted to provide an updated Hague-Visby Convention removing the error in navigation defence, adopting the Hamburg limitation clauses and including delivery terms. Further, the contemporary interaction between the uni modal Conventions when a carriage involves more than one mode of transport from the place of collection to the place of delivery does not present any serious problems in practice as evidenced by the 1991 UNCTAD/ICC Rules for Multimodal Transport Documents (ICC publ. 481).

14. Further, the CMR Convention for carriage of goods by road provides, in Article 2.1, an example of how this interaction could be handled where the vehicle containing the goods is carried over part of the journey by sea, rail, inland waterways or air. As long as the goods are not unloaded from the vehicle then this Convention applies throughout the whole of the carriage. However, if the loss, damage or delay in delivery is proved to have been caused by some event which could only have occurred in the course of and by reason of the other means of carriage, the liability of the road carrier shall not be governed by the CMR Convention but by the other law that would mandatorily apply to the carrier of the other means of transport.

15. It is further provided that if the road carrier is also a carrier by other means, which may not be unusual in terms of the larger logistics providers such as Maersk, Article 2.1 shall apply to such a carrier as if they were two separate parties. Therefore as long as the goods remain on wheels and are not unloaded, even though the vehicle may be shipped on board a vessel for a sea crossing the CMR Convention will continue to apply unless the loss damage or delay is attributable to the other means of carriage in which case the liability of the other Convention applicable to that carriage will apply.

16. It is unlikely that any of the other modes of transport could deal with the change from one mode to another in the same way as CMR as a plane, ship/barge or train would not be loaded onboard another mode of transport when loaded with goods. The goods would have to be unloaded from these modes onto another mode and the difficulty is the hiatus between removing from the vessel, plane or train to the other mode of transport as the transshipment does not occur seamlessly from one mode to another.

17. Perhaps the simplest way to deal with this period between unloading and loading would be to have protocols to the relevant Conventions to provide that the delivering party shall be responsible for the goods to the point of loading onto the other mode of transport and shall be responsible pursuant to the Convention governing that carrier. It would be unwise to have a similar caveat to that appearing in the CMR Convention should the loss, damage or delay be more apposite to the other mode of transport as it is a period in between modes rather than involving two modes at once which is what is envisaged in the CMR caveat. The reality is that in a seamless transport you cannot have gaps and someone has to take responsibility for the interim period between unloading and loading and it may as well be the party passing the goods to the other modal operator.

18. This would appear to cause some difficulty with the CMR Convention as the actual party causing the damage would not be a successive carrier but more likely an independent third party such as a dock operator or stevedore but this problem would not materialize as the proposed protocol would deem the road carrier responsible as far as cargo is concerned to when the goods pass over the ship's rail and the carrier would have a cause of action in negligence against the dock operator or stevedore for contribution or indemnity outside the Convention. In this way whilst carriers under the four main Conventions would need to take responsibility for intermediate parties, they would have a cause of action against the party responsible for the loss under local law.

19. This would leave inland waterways to cover as a means of transport that is perhaps considered as being outside one of the four main transport Conventions applicable across the EU. The UN ECE pro-

duced the Budapest Convention for the carriage of goods by inland waterways in 2001 which required 5 ratifications in order to gain the force of law. That occurred on 1 April 2005 and since then another 10 countries have ratified this Convention. Whilst it is a fairly new Convention, it has relatively wide acceptance in the EU in countries where inland waterway carriage is widely used and there is no reason why the EU should not commend the same to countries outside the EU.

20. If Uncitral/CMI is not in a position to deal with effecting such a redraft promptly or indeed is not authorised to proceed by Uncitral, it may be appropriate for the EU to take the initiative as the EU has three tried and tested Conventions to offer for worldwide adoption (CMR, CMI – Cotif and Budapest Conventions) and participates in two widely adopted worldwide Conventions (Hague – Visby and Montreal Conventions) covering all modes of transport. Accordingly, the EU is well placed to offer a viable alternative to the Rotterdam Rules which is only partially multimodal. However, the EU should only take the initiative if Uncitral/CMI is unable to deal with this as it would be preferable to have a body that has been involved in the drafting of a worldwide convention in order to encourage worldwide consensus—a purely European initiative may unfortunately have the adverse effect. In any event, an initiative of some sort, in our view, has to be taken up rather than pressing ahead with a convention that is clearly not gaining any momentum—in fact it is gaining quite the reverse.

21. It has to be said that for those common law countries who have built up a valuable body of case law on transport Conventions adopted into their law, it would be far simpler to keep the existing Conventions in place with any necessary updates by way of protocols rather than to scrap the Hague Visby Rules in favour of the Rotterdam Rules which will introduce new concepts and is overly long and complicated and which would need years to create a suitable body of case law to cover the same at great expense to the industry – would this be a sane move in these difficult financial times?

22. There is no doubt that the Hague Visby Rules need updating but they do not need to be replaced with a convention that attempts to be multimodal without quite achieving this objective particularly when there are other conventions covering other modes of transport that give proper consideration to the particular idiosyncrasies of those modes. The Rotterdam Rules contains over 90 articles and a number of innovations. Compare that with Hague-Visby Rules at 10; CMR Convention at 41; Montreal Convention at 35; CIM-Cotif Convention at 66 and Budapest Convention at 32, most of which have maintained longstanding concepts in transport law.

23. What the trading world needs is transparency, certainty and predictability. Traders do not engage in reading contract terms and should be guarded against the risk of being caught by «fine print modifications». Also, insurers need a firm basis for setting appropriate premiums and for a smooth claims handling procedure.

24. Last but not least, we need a regime that covers all modes fully rather than taking one mode and partially extending it and the proposals above may hopefully be adopted by Uncitral/CMI and used as a starting point for a global regulation. Even if efforts to achieve such a regime fail, the present situation is far better than adding yet another convention to those already in force, thereby jeopardising the present relative unification of transport law. If it took a strong stance against the Rotterdam Rules, the EU could prevent this from happening.

25. We call on the EU to propose its members should not sign or ratify the Rules and should either support an initiative by Uncitral/CMI to draft suitable amendments and protocols to the current conventions in place and give the trading world a more than credible alternative to what is a flawed proposal that clearly numerous countries are uncomfortable with, if not have entirely rejected the same, or take up the initiative itself if Uncitral/CMI do not proceed with some degree of urgency.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI APLICÁVEL AO CONTRATO DE SEGURO

NUNO ANDRADE PISSARRA

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa
Mestre em Direito
Advogado

Recibido: 31.03.2011 / Aceptado: 15.04.2011

Resumo: Em 1 de Janeiro de 2009, entrou em vigor em Portugal o Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, que aprovou um novo regime jurídico para o contrato de seguro. Este diploma contém, nos seus artigos 5.º a 10.º, regras destinadas a determinar a lei competente para regular o contrato de seguro internacional. Tais regras vieram substituir as que anteriormente transpuseram, para a ordem jurídica nacional, as Directivas comunitárias sobre a matéria. No entanto, a sua aplicação ficou muito prejudicada pela entrada em vigor do Regulamento Roma I. Neste estudo faz-se uma breve análise dos artigos 5.º a 10.º do novo regime jurídico do contrato de seguro, bem como dos preceitos internos por eles revogados e das regras sobre direito aplicável constantes das Directivas 88/357/CEE e 2002/83/CE. Numa última parte, serão estudadas as importantes normas de conflitos do Regulamento Roma I.

Palavras-chave: Decreto-Lei n.º 72/2008, Convenção de Roma, Regulamento Roma I, Directiva 88/357/CEE, Directiva 2002/83/CE, Decreto-Lei n.º 94-B/98, contrato de seguro, contrato de seguro internacional, lei aplicável, Direito aplicável, regras de conflitos, Direito de conflitos, risco, compromisso, normas de aplicação imediata.

Abstract: On the 1st of January 2009, a new legal regime regarding insurance contracts entered into force in Portugal. Approved by Decree-Law no. 72/2008, such regime contains, in its articles 5 to 10, new conflicts of law rules on international insurance contracts, which have replaced the former domestic conflicts rules approved by Decree-Law no. 94-B/98. Both Decree-Law no. 94-B/98 and Decree-Law no. 72/2008 aimed to transpose into Portuguese legal system the EU Directives on insurance contracts. Notwithstanding, the scope of application of articles 5 to 10 became severely affected when Rome I Regulation entered into force on December 17, 2009. Throughout the subsequent study, articles 5 to 10 of Decree-Law no. 72/2008 and the previous conflicts of law rules repealed by it, as well as the provisions established in Directives 88/357/CEE and 2002/83/CE on applicable law and those that have been introduced by Rome I Regulation shall be analyzed.

Key words: Decree-Law no. 72/2008, Rome Convention, Rome I Regulation, Directive 88/357/CEE, Directive 2002/83/CE, Decree-Law no. 94-B/98, insurance contract, international insurance contract, applicable law, conflicts of law rules, conflicts law, risk, commitment, *lois de police*.

Sumário: I. Aspectos gerais. II. Contratos anteriores à LCS. Em especial, as normas sobre Direito aplicável da Segunda Directiva 88/357/CEE, da Directiva «Vida» 2002/83/CE e do Decreto-Lei n.º 94-B/98. III. Contratos posteriores à LCS. 1. Âmbito de aplicação das normas da LCS sobre Direito aplicável. As normas da Convenção de Roma. 2. Conceitos de contrato de seguro e de contrato de seguro internacional. 3. Os arts. 6.º e 7.º da LCS. 4. O art. 8.º da LCS. 5. O art. 9.º da LCS. 6. O art. 10.º da LCS. IV. Contratos abrangidos pelo Regulamento Roma I. 1. Âmbito de aplicação do Regulamento Roma I. 2. O art. 7.º do Regulamento Roma I. 3. Os arts. 3.º, 4.º e 6.º do Regulamento Roma I.

I. Aspectos gerais

1. A Lei do Contrato de Seguro portuguesa, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril (de ora em diante, LCS)¹, contém, nos arts. 5.º a 10.º, regras destinadas a determinar a lei competente para regular o contrato de seguro internacional.

Estas regras são especiais e derogam as normas de conflitos gerais em matéria de obrigações contratuais de fonte interna (*maxime*, os arts. 41.º e 42.º do Código Civil português). Di-lo o próprio art. 5.º da LCS, quando prescreve que ao «contrato de seguro aplicam-se as normas gerais de direito internacional privado em matéria de obrigações contratuais [...] com as especificidades constantes dos artigos seguintes».

Mas o âmbito de aplicação dos arts. 5.º a 10.º da LCS é muito escasso, por força da vigência em Portugal de normas de conflitos de fonte internacional e comunitária aplicáveis ao contrato de seguro, normas que prevalecem sobre as da LCS, de harmonia com o art. 8.º da Constituição da República Portuguesa. No art. 5.º da LCS diz-se que ao «contrato de seguro [se aplicam] as normas gerais de direito internacional privado em matéria de obrigações contratuais, nomeadamente as decorrentes de convenções internacionais e de actos comunitários que vinculem o Estado Português, com as especificidades constantes dos artigos seguintes», mas claro está que esta referência às limitações introduzidas pelas «especificidades constantes dos artigos seguintes» só vale em relação às normas de conflitos de fonte interna. Não está o Direito interno ordinário autorizado a determinar a prevalência das disposições contidas nos arts. 6.º a 10.º da LCS sobre as normas de fonte comunitária ou internacional.

A principal fonte convencional de Direito Internacional Privado aplicável, na ordem jurídica interna, aos contratos é a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980 (de ora em diante, Convenção de Roma). Quanto às normas de conflitos de fonte comunitária vigentes em Portugal, as principais constam do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (doravante, Regulamento Roma I)², da Directiva 88/357/CEE do Conselho, de 22 de Junho de 1988, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida e que fixa as disposições destinadas a facilitar o exercício da livre prestação de serviços e que altera a Directiva 73/329/CEE (doravante, Segunda Directiva 88/357/CEE)³, e da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida (doravante, Directiva «Vida» 2002/83/CE)⁴. As Directivas, como se sabe, não são directamente aplicáveis.

2. Vejamos então mais de perto como se determina a lei aplicável ao contrato de seguro.

Começaremos por uma referência às regras de conflitos anteriores à LCS, passamos depois às constantes dessa lei e terminaremos com uma breve análise das do Regulamento Roma I.

II. Contratos anteriores à LCS. Em especial, as normas sobre Direito aplicável da Segunda Directiva 88/357/CEE, da Directiva «Vida» 2002/83/CE e do Decreto-Lei n.º 94-B/98

3. As normas de conflitos da LCS aplicam-se aos contratos de seguro celebrados ou renovados após 1 de Janeiro de 2009, nos termos dos arts. 2.º, 3.º, n.º 1, e 7.º do Decreto-Lei n.º 72/2008.

Quanto aos contratos de seguro anteriores a essa data, é necessário distinguir, para determinar a lei que lhes é aplicável, consoante se trate de contratos de seguro cujo risco se situa fora do território dos Estados-Membros ou dentro dele ou ainda de contratos de resseguro.⁵

¹ *Diário da República*, n.º 75, I Série, de 16 de Abril de 2008, pp. 2228 ss.

² *Jornal Oficial da União Europeia*, L 177, de 4 de Julho de 2008, pp. 6 ss.

³ *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 172, de 4 de Julho de 1988, pp. 1 ss.

⁴ *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 345, de 19 de Dezembro de 2002, pp. 1 ss.

⁵ Sobre a questão da lei aplicável aos contratos de seguro (não abrangidos pelo Regulamento Roma I) que cubram simultaneamente riscos situados dentro e fora do território da Comunidade (ou melhor, do Espaço Económico Europeu), v. L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts under the Rome I Regulation», *Journal of Private International Law*, 5-1, 2009, pp. 51 e

A *localização do risco* para efeitos de determinação das normas de conflitos aplicáveis é feita, por força dos arts. 1.º, n.º 3, *in fine*, da Convenção de Roma, 7.º, n.º 6, do Regulamento Roma I e 6.º, n.º 2, da LCS, nos termos da al. d) do art. 2.º da Segunda Directiva 88/357/CEE e da al. g) do n.º 1 do art. 1.º da Directiva «Vida» 2002/83/CE, fielmente transpostas para o Direito nacional pelas als. j) e l) do art. 2.º, n.º 1, do Regime da Actividade Seguradora e Resseguradora, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril (de ora em diante, RGAS)^{6,7}

Quanto aos seguros não vida, o risco considera-se situado no Estado «onde se encontrem os bens, sempre que o seguro respeite quer a imóveis quer a móveis e seu conteúdo, na medida em que este último estiver coberto pela mesma apólice de seguro» (art. 2.º, n.º 1, al. j), i), do RGAS), ou no Estado «em que o veículo se encontra matriculado, sempre que o seguro respeite a veículos de qualquer tipo» (art. 2.º, n.º 1, al. j), ii), do RGAS), ou no Estado «em que o tomador tiver subscrito o contrato, no caso de um contrato de duração igual ou inferior a quatro meses relativo a riscos ocorridos durante uma viagem ou fora do seu domicílio habitual, qualquer que seja o ramo em questão» (art. 2.º, n.º 1, al. j), iii), do RGAS). Fora destas hipóteses, o risco tem-se por situado no Estado «onde o tomador tenha a sua residência habitual ou, se este for uma pessoa colectiva, [...] onde se situa o respectivo estabelecimento a que o contrato se refere» (art. 2.º, n.º 1, al. j), iv), do RGAS). Quanto aos seguros do ramo vida, o Estado da localização do risco (designado por Estado do compromisso) é aquele em que «o tomador reside habitualmente ou, caso se trate de uma pessoa colectiva, [...] onde está situado o estabelecimento da pessoa colectiva a que o contrato ou operação respeitam» (art. 2.º, n.º 1, al. l), do RGAS)⁸.

4. A lei aplicável aos *contratos de seguro anteriores à LCS cujo risco se situa fora do território dos Estados-Membros* é determinada pelas regras de conflitos da Convenção de Roma, *maxime* pelos arts. 3.º, 4.º e 5.º, que analisaremos brevemente mais adiante⁹.

Porém, a Convenção regula somente os contratos celebrados depois da sua entrada em vigor em cada Estado-Membro (art. 17.º), o que, em Portugal, ocorreu em 1 de Setembro de 1994¹⁰. Os contratos de seguro relativos a riscos situados fora do território dos Estados-Membros celebrados até 31 de Agosto de 1994 regem-se portanto, quanto ao Direito competente, pelas normas de conflitos do Código Civil (arts. 35.º, 36.º, 40.º, 41.º e 42.º).

5. O Direito aplicável aos *contratos de seguro anteriores à LCS cujo risco se situa dentro do território dos Estados-Membros (rectius, do Espaço Económico Europeu)* é definido nos seguintes termos:

- a) até à entrada em vigor das normas de conflitos internas que transpuseram a Segunda Directiva 88/357/CEE e a Segunda Directiva 90/619/CEE¹¹, pelos arts. 35.º, 36.º, 40.º, 41.º e 42.º do Código Civil;

52, e J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais», em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 165 (defende o *dépeçage* do contrato).

⁶ *Diário da República*, n.º 90, I Série-A, de 17 de Abril de 1998, pp. 1706-(8) ss.

⁷ A Segunda Directiva 88/357/CEE e a Directiva «Vida» 2002/83/CE foram revogadas recentemente, mas com efeitos a partir de 1 de Novembro de 2012, pelo art. 310.º, 1.º §, da Directiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, relativa ao acesso à actividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II) (*Jornal Oficial da União Europeia*, L 335, de 17 de Dezembro de 2009, pp. 1 ss.). As remissões efectuadas nos actos comunitários e estaduais para aquelas Directivas devem ser entendidas, a partir daquela data, como sendo feitas para a Directiva 2009/138/CE (arts. 309.º, n.º 1, 2.º §, e 310.º, 2.º §). O lugar do risco vem definido, nesta última, em termos substancialmente idênticos aos das Directivas 88/357/CEE e 2002/83/CE (cfr. art. 13.º, n.ºs 13 e 14).

⁸ Pode consultar-se uma boa explicação destas várias hipóteses de localização do risco em F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», *Revista Jurídica. Nova Série*, 18-19, 1995, pp. 277 ss.

⁹ *Infra*, n.º 17.

¹⁰ Aviso n.º 240/94, *Diário da República*, n.º 217, I Série-A, de 19 de Setembro de 1994, p. 5610.

¹¹ Segunda Directiva 90/619/CEE do Conselho, de 8 de Novembro de 1990, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo de vida, que fixa as disposições destinadas a facilitar o exercício efectivo da livre prestação de serviços e altera a Directiva 79/267/CEE (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 330, de 29 de Novembro de 1990, pp. 50 ss.). O art. 4.º da Directiva 90/619/CEE corresponde, actualmente, ao art. 32.º da Directiva «Vida» 2002/83/CE.

- b) depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 102/94, de 20 de Abril (que ocorreu em 1 de Julho de 1994, art. 205.º)¹², pelas regras contidas nos respectivos arts. 180.º a 185.º;
- c) depois da entrada em vigor do RGAS, pelas regras contidas nos respectivos arts. 188.º a 193.º¹³ (que alteraram as do Decreto-Lei n.º 102/94).

Nas linhas que se seguem analisaremos brevemente as regras de conflitos contidas naquelas Directivas e no RGAS.

Antes, no entanto, cumpre esclarecer o seguinte ponto. Como melhor se verá¹⁴, as Directivas comunitárias continham regras somente aplicáveis quando o contrato de seguro fosse celebrado por seguradoras estabelecidas no território da Comunidade Europeia. Valerá semelhante restrição para as normas de conflitos constantes do Decreto-Lei n.º 102/94 e do RGAS, que transpuseram as Directivas para a ordem jurídica nacional? Se se responder afirmativamente, há-de concluir-se que tais diplomas não indicavam o Direito competente para regular os contratos de seguro celebrados por empresas seguradoras estabelecidas fora do território dos Estados-Membros para cobrir riscos neles situados.

Relativamente ao Decreto-Lei n.º 102/94, pronunciou-se neste sentido FLORBELA DE ALMEIDA PIRES¹⁵. As normas de conflitos aplicáveis seriam, por conseguinte, as do Código Civil relativas ao estatuto contratual.

Já quanto aos arts. 188.º e seguintes do RGAS, pronunciou-se a favor da sua aplicação aos contratos de seguro celebrados por seguradoras estabelecidas fora do território dos Estados-Membros o Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO¹⁶.

Julgamos ser defensável que tanto as normas de conflitos do Decreto-Lei n.º 102/94 como as do RGAS abrangem os contratos de seguro concluídos por empresas estabelecidas fora do território comunitário. Com efeito, logo do art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 102/94 e do art. 1.º, n.º 3, do RGAS resulta que ambos se aplicam às «condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora em território português por sucursais de empresas de seguros com sede social fora do território da Comunidade Europeia»¹⁷.

6. As «indigestas» (na sugestiva expressão de PAUL LAGARDE¹⁸) *regras de conflitos da Segunda Directiva 88/357/CEE* aplicáveis aos contratos de seguro do ramo não vida constam do art. 7.º, n.º 1, als. a), b), c), d), e), f) e h), e do art. 8.º, n.ºs 2, 3 e 4¹⁹.

7. As regras do art. 7.º explicam-se da seguinte forma.

Há-de começar por se distinguir entre contratos que cobrem *grandes riscos* e contratos que não cobrem grandes riscos. Os contratos que cobrem grandes riscos são os que vêm referidos na al. d) do art. 5.º da Primeira Directiva 73/239/CEE²⁰. Ora, no que toca a estes contratos, diz-se na al. f) do art. 7.º, n.º 1, que as partes podem escolher livremente (embora com o limite prescrito na al. g)) a lei aplicável.

¹² *Diário da República*, n.º 92, I Série-A, de 20 de Abril de 1994, pp. 1860 ss.

¹³ V. MARQUES DOS SANTOS, «Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado em Portugal e no Brasil», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 279.

¹⁴ *Infra*, n.º 18.

¹⁵ «Da lei aplicável ao contrato de seguro», pp. 300 e 301.

¹⁶ *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos. Parte Especial*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 227.

¹⁷ L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 51, também dá conta de que a legislação inglesa que transpôs as Directivas de que temos falado se aplica aos contratos de seguro que cobrem riscos situados no território da Comunidade independentemente do lugar do estabelecimento das seguradoras.

¹⁸ «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, 2, 2006, p. 333.

¹⁹ Quanto ao art. 7.º, n.º 2, v. *infra* n.ºs 40 e 43.

²⁰ Primeira Directiva do Conselho de 24 de Julho de 1973, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo não vida e ao seu exercício (73/239/CEE) (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 228, de 16 de Agosto de 1973, pp. 3 ss.). A partir de 1 de Novembro de 2012, a remissão para a al. d) do art. 5.º da Primeira Directiva 73/239/CEE deve ter-se por dirigida ao art. 13.º, n.º 27, da Directiva 2009/138/CE (cfr. *supra* nota 7).

Quanto aos contratos que *não cobrem grandes riscos*, cumpre separar aqueles em que o risco se situa no mesmo Estado-Membro da residência habitual ou da administração central do tomador do seguro daqueles em que isso não sucede.

Se o tomador do seguro tiver a residência habitual ou administração central no mesmo Estado-Membro em que o risco se situa, a Directiva prevê a possibilidade de aplicação de três leis: *a)* a lei desse Estado-Membro (art. 7.º, n.º 1, al. a), 1.ª parte); *b)* a lei escolhida pelas partes ao abrigo e nos termos²¹ do Direito de conflitos daquele Estado-Membro, o que pode configurar um caso de reenvio²² (art. 7.º, n.º 1, al. a), 2.ª parte); *c)* em alternativa (cabendo a opção entre a aplicação das leis da al. a) e a da al. e) às partes), a lei do Estado-Membro em cujo território ocorreu ou pode ocorrer o sinistro, sempre que seja um Estado diferente do da localização do risco e o contrato cubra apenas os sinistros verificados nesse Estado (art. 7.º, n.º 1, al. e)).

Se o risco se situar num Estado-Membro diferente do Estado (membro ou não) da residência habitual ou administração central do tomador, a lei aplicável é uma das seguintes: *a)* a lei do Estado-Membro da localização do risco (art. 7.º, n.º 1, al. b)); *b)* a lei do Estado da residência habitual ou administração central do tomador (art. 7.º, n.º 1, al. b)); *c)* a lei escolhida pelas partes ao abrigo do Direito de conflitos do Estado-Membro do risco e do Estado-Membro da residência ou administração do tomador (art. 7.º, n.º 1, al. d))²³; *d)* a lei do Estado-Membro em cujo território ocorreu ou pode ocorrer o sinistro, sempre que seja um Estado diferente do da localização do risco e o contrato cubra apenas os sinistros verificados nesse Estado (art. 7.º, n.º 1, al. e))²⁴. A opção por uma destas leis cabe às partes.

Quando o contrato cobre dois ou mais riscos relativos à actividade comercial, industrial ou liberal do tomador do seguro e eles se situarem em diferentes Estados-Membros, as partes contratantes podem optar pelas seguintes leis: *a)* a lei dos Estados-membros dos riscos (art. 7.º, n.º 1, al. c)); *b)* a lei do Estado onde o tomador tiver a sua residência habitual ou administração central (art. 7.º, n.º 1, al. c)); *c)* a lei escolhida pelas partes ao abrigo do Direito de conflitos dos Estados-Membros dos riscos e da residência ou administração central do tomador (art. 7.º, n.º 1, al. d))²⁵; *d)* a lei do Estado-Membro em cujo território ocorreu ou pode ocorrer o sinistro, sempre que seja um Estado diferente do da localização dos riscos e o contrato cubra apenas os sinistros verificados nesse Estado (art. 7.º, n.º 1, al. e)).

A escolha da lei competente deve ser feita nos termos da al. h) do n.º 1 do preceito em apreço. Se não for feita, ou se for inoperante, o contrato reger-se-á pela lei do país, de entre as referidas nas als. a), b), c), d) e e), com que apresente «maiores afinidades», presumindo-se que esse país é o Estado-Membro onde o risco se situa. Se o risco estiver localizado em vários Estados-Membros, o contrato presume-se dividido em tantos contratos quantos os Estados de localização do risco, aplicando-se a lei de cada um à parte do contrato que cobre o risco situado no respectivo território (art. 7.º, n.º 2, 3.º §)²⁶.

O n.º 2 do art. 7.º, 1.º §, impõe a prevalência, sobre a lei competente nos termos do n.º 1, das normas de aplicação imediata do foro. O 2.º § permite que seja dada prevalência às normas de aplicação imediata de um terceiro Estado-Membro, desde que seja o da localização do risco ou o que impõe a obrigação de seguro.

²¹ Cfr. YVON LOUSSOUARN, «Les conflits de lois en matière de contrat d'assurance et la directive communautaire du 22 juin 1988», *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1, 1989, p. 299.

²² Cfr. P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho, de 22 de Junho de 1988, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida, que fixa disposições destinadas a facilitar o exercício da livre prestação de serviços e que altera a Directiva 73/239/CEE, *Revue critique de droit international privé*, 1, 1989, p. 148.

²³ Atenta a letra da al. d), parece que é necessário que ambos os Estados referidos na al. b) prevejam a faculdade de escolher a lei competente. Cfr. YVON LOUSSOUARN, «Les conflits de lois en matière de contrat d'assurance...», p. 300, P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho..., p. 148, e F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», p. 305.

²⁴ Por exemplo: num seguro para cobrir os riscos de uma viagem por 1 mês a França, subscrito em território nacional entre espanhol com residência habitual na Espanha e seguradora com sede na Espanha, pode-se escolher como competente o Direito francês. O lugar do risco é em Portugal (art. 1.º, al. d), 3.º travessão, da Segunda Directiva 88/357/CEE) e o do sinistro é na França.

²⁵ Também aqui sendo necessária a concordância de todas as leis quanto à faculdade de designar o Direito competente (cfr. *supra* nota 23).

²⁶ Neste sentido, v. P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho..., p. 148.

O complexo art. 8.º da Segunda Directiva 88/357/CEE refere-se à lei aplicável ao contrato de seguro obrigatório²⁷. A lei competente é, em princípio, a lei definida nos termos do art. 7.º²⁸. Todavia, podem os Estados-Membros optar pela adopção de uma regra de conflitos que mande aplicar a lei do Estado que impõe a obrigação de seguro, isto é, que regula o tipo de seguro em causa como sendo obrigatório (art. 8.º, n.º 4, al. c)). Se o não fizerem, estabelece ainda o art. 8.º, n.º 3, que, em caso de contradição entre a lei do lugar do risco e a do Estado-Membro que impõe a obrigação de seguro, prevalece esta²⁹.

8. *As regras de conflitos previstas na Directiva «Vida» 2002/83/CE, aplicáveis aos contratos de seguro do ramo vida, constam do art. 32.º, n.ºs 1 e 2.*

A Directiva impõe aos Estados-Membros, como regra geral, a adopção de uma norma de conflitos que mande aplicar a lei do Estado-Membro do compromisso, isto é, daquele em que o tomador reside habitualmente ou, caso se trate de uma pessoa colectiva, em que está situado o estabelecimento a que o contrato ou operação respeita³⁰.

No entanto, deverão os Estados consagrar, igualmente, a faculdade de aplicação da lei escolhida pelas partes nos termos do Direito de conflitos do Estado-Membro do compromisso, quando para este remeta a norma de conflitos do foro, bem como o direito de as partes designarem a lei do Estado-Membro da nacionalidade do tomador, se for pessoa singular e residir habitualmente fora desse Estado.

9. *Passemos agora às normas de conflitos do RGAS (arts. 188.º a 193.º).*

Como se disse, este diploma visou transpor a Segunda Directiva 88/357/CEE e a Directiva «Vida» 2002/83/CE para o ordenamento jurídico português. Dissemos igualmente que, dentro do seu domínio de aplicação temporal, se aplica quando o risco está situado no território de Estados-Membros e independentemente de a empresa seguradora estar ou não estabelecida no território da União Europeia³¹.

No que respeita à determinação do Direito aplicável, julgamos deverem ser tratadas separadamente as hipóteses em que o risco está situado só em Portugal, também em Portugal ou só no estrangeiro.

10. *Se o risco estiver localizado só em Portugal, regem as regras de conflitos contidas nos arts. 188.º e 189.º.*

O art. 188.º aplica-se às situações em que o risco coberto pelo contrato de seguro (de vida ou não vida) esteja situado em Portugal e o tomador do seguro tiver em Portugal a sua residência habitual ou administração principal.

A lei competente, estatui-se no preceito, é a lei escolhida pelas partes (n.º 2).

Na falta de escolha, coloca-se a dúvida sobre se se deve aplicar a conexão subsidiária geral do art. 191.º, n.º 2, ou antes a regra de conflitos do art. 188.º, n.º 1. A resposta varia consoante se veja no n.º 1 do art. 188.º uma regra funcionalmente equivalente às dos arts. 189.º, n.º 1, e 190.º, n.º 1, ou não. Com efeito, nestes últimos preceitos, o legislador limita-se a enunciar algumas das leis que podem ser escolhidas pelas partes para reger o contrato. O que neles se prevê é, pois e desde logo, o exercício da autonomia conflitual pelas partes contratantes. Mas não parece que seja essa a natureza do art. 188.º, n.º 1, porquanto se não faz nele menção à *opção* das partes, como sucede nos arts. 189.º, n.º 1, e 190.º, n.º 1. Em vez de se falar da faculdade de escolha da lei portuguesa, nele determina-se simplesmente que os «contratos de seguro [...] são regulados pela lei portuguesa». Acresce que o recurso ao art. 191.º, n.ºs 2 e 4, para definir o Direito competente em caso de falta de escolha conduziria à aplicação da lei do Estado-Membro do risco (Portugal), salvo se houvesse conexão mais estreita com outro Estado. Mas sendo a residência habitual ou a administração central do tomador em Portugal, não se vê como pudesse

²⁷ Para uma análise bastante crítica desta disposição, v. M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988», *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1, 1989, pp. 259 ss.

²⁸ Sublinhando este aspecto, v. M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance...», p. 260.

²⁹ Para F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», p. 311, a norma em apreço é censurável, por não ser compreensível «que idêntica limitação não esteja estabelecida para os casos em que a lei reguladora do contrato seja v.g. a lei do lugar da residência habitual ou administração central do tomador do seguro ou a lei do lugar em que se verifica o sinistro».

³⁰ Cfr. *supra* n.º 3.

³¹ Cfr. *supra* n.º 5.

o Direito competente ser outro que não o português. É defensável, por conseguinte, que se veja no n.º 1 do art. 188.º uma conexão subsidiária especial (por contraposição à geral do art. 191.º, n.º 2), adoptada para funcionar quando se não concretize a conexão prevista no n.º 2.

O art. 189.º reporta-se às hipóteses em que o risco se situa em território português e o tomador do seguro não tem em Portugal a sua residência habitual ou a sua administração principal.

Em tais hipóteses, o Direito competente é o escolhido pelas partes contratantes, sendo que estas podem designar, nos termos do n.º 1, o Direito português ou o do Estado-Membro em que o tomador tiver a sua residência habitual ou administração principal e ainda, de harmonia com o n.º 2, o Direito de qualquer outro Estado, nos limites do art. 191.º, n.º 1.

Não tendo havido escolha, o Direito competente será o do Estado (salvo o caso do n.º 3 do art. 191.º), de entre os referidos nos arts. 188.º a 190.º, com cuja ordem jurídica o contrato esteja em mais estreita conexão (art. 191.º, n.º 2), presumindo-se ser esse o Estado-Membro em que o risco se situa (Portugal). A presunção é ilidível.

11. Quando o risco está situado também em Portugal rege o art. 190.º. Esta disposição aplica-se se estiverem reunidos quatro pressupostos: *a)* o contrato de seguro cobre dois ou mais riscos situados em Portugal e noutros Estados-Membros (e não Estados terceiros); *b)* o tomador do seguro exerce uma actividade comercial, industrial ou liberal; *c)* o contrato de seguro refere-se a essa actividade; *d)* o tomador tem residência habitual ou administração principal num Estado-Membro que não os Estados-Membros da localização dos riscos.

A lei mandada aplicar é, em primeira linha, a lei escolhida pelas partes (art. 190.º, n.º 2), podendo estas designar: *a)* a lei de qualquer um dos Estados-Membros de localização dos riscos; *b)* a lei do Estado-Membro da residência habitual ou administração principal do tomador; *c)* outra lei, nos limites do art. 191.º, n.º 1, mas apenas quanto aos riscos situados em território português (art. 190.º, n.º 2).

Não tendo sido feita escolha, o Direito competente é o do Estado (salvo o caso do n.º 3 do art. 191.º), de entre os referidos no art. 190.º, com cuja ordem jurídica o contrato esteja em mais estreita conexão (art. 191.º, n.º 2), presumindo-se ser o do Estado-Membro em que o risco se situa (n.º 4). Dado que o risco se situa em dois ou mais Estados-Membros, a presunção vale para todos eles e tem de se aplicar a lei de cada um à parte do contrato que cobre o risco situado no respectivo território (cfr. art. 192.º, n.º 2, por analogia), salvo ilisão da presunção.

12. A epígrafe do art. 191.º («declaração expressa») não dá uma ideia correcta sobre o seu teor. Primeiro, no n.º 1 admite-se logo que a escolha seja, não só expressa, como também implícita, desde que resulte inequivocamente das cláusulas do contrato³².

Segundo, no mesmo n.º 1 estabelece-se ainda *que* leis podem ser objecto da escolha das partes³³.

Terceiro, os n.ºs 2 a 4 prevêm uma verdadeira regra de conflitos autónoma, que nada tem a ver com a forma da *electio iuris*. O n.º 2 aplica-se se se verificar uma das seguintes situações: *a)* as partes contratantes não escolheram a lei aplicável, ou a escolha é ineficaz («se as partes contratantes não tiverem escolhido a lei aplicável»); *b)* o caso não cabe nas previsões dos artigos 188.º a 190.º («[fora] dos casos a que se referem os artigos anteriores»).

A primeira situação reporta-se às hipóteses em que as partes, podendo escolher a lei aplicável nos termos dos arts. 188.º a 191.º, n.º 1, o não fizeram porém ou o fizeram fora dos limites neles previstos. O art. 191.º, n.º 2, contém, neste domínio, uma regra de conflitos subsidiária.

A segunda reporta-se a todos os contratos não abrangidos pelas regras de conflitos dos arts. 188.º a 190.º (*maxime* àqueles em que o risco se situa exclusivamente em um ou mais Estados-Membros estrangeiros). Neste ponto, o art. 191.º, n.º 2, contém uma conexão primária. Esta solução legal é estranha, porque veda às partes, em contradição com as Directivas vida e não vida, a possibilidade de escolherem a lei aplicável a tais contratos³⁴.

³² Quanto ao significado desta expressão, v. *infra* n.º 24.

³³ Quanto a este ponto, v. *infra* n.ºs 26 a 29.

³⁴ Neste sentido, v. F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», p. 318. Admitindo a escolha, que seria

De harmonia com o n.º 2 do art. 191.º, a lei competente é, de entre as leis dos Estados com que se verifique alguma das conexões referidas nos arts. 188.º a 190.º, aquela com que o contrato apresente mais estreita conexão. Contam apenas, portanto, os Estados da localização do risco ou dos riscos e da residência habitual ou administração principal do tomador do seguro. Segundo o n.º 4, presume-se que a conexão mais estreita se estabelece com a ordem jurídica do Estado-Membro do risco. A presunção é ilidível. No n.º 3 do artigo admite-se, *excepcionalmente*, o *dépeçage* objectivo do contrato, caso em que se lhe aplicam duas leis.

13. O art. 192.º continha regra especial relativamente ao art. 22.º, n.º 1, do Código Civil, mas que, perante ele, era evitável. Sendo competente uma lei estrangeira, é evidente que não pode *a sua aplicação*³⁵ envolver ofensa aos princípios de ordem pública internacional portuguesa, quer o risco esteja situado em território nacional quer no estrangeiro. Pode é acontecer que, situando-se o risco em Portugal, se possa fazer actuar a reserva de ordem pública internacional mais facilmente, dada a relatividade que a caracteriza.

A sanção para a violação da reserva de ordem pública internacional portuguesa vem prevista no art. 22.º, n.º 2, do Código Civil.

No art. 192.º, n.º 3, continha-se disposição material especial que, segundo nos parece, valia tanto para contratos internos como para contratos transnacionais, apesar da sua inserção sistemática³⁶: não existia no RGAS norma equivalente à do art. 14.º da LCS, além de que o n.º 3 se não referia, como o n.º 1, apenas à ordem pública *internacional*. Sendo o contrato de seguro transnacional, o art. 192.º, n.º 3, constitui-se numa norma de aplicação imediata reguladora de todos os contratos que tenham com o território português uma conexão relevante (v.g., quando Portugal é o Estado da situação do risco ou do compromisso), independentemente do Direito que seria aplicável segundo as regras de conflitos dos arts. 188.º a 191.º³⁷.

14. A regra do art. 193.º, n.º 1, passou para o art. 10.º da LCS, que a seu tempo analisaremos.

III. Contratos posteriores à LCS

1. Âmbito de aplicação das normas da LCS sobre Direito aplicável. As normas da Convenção de Roma

15. Para determinar o âmbito de aplicação das normas sobre Direito aplicável da LCS, deve começar por se distinguir consoante se tenha de aplicar ou não o Regulamento Roma I.

Como adiante melhor se verá³⁸, o Regulamento Roma I aplica-se a todos os contratos de seguro e resseguro celebrados a partir de 17 de Dezembro de 2009, à excepção dos previstos no respectivo art. 1.º, n.º 1, al. j).

As normas do Regulamento prevalecem sobre as regras de conflitos da LCS. É verdade que estas são, no que toca aos contratos que cobrem riscos situados em território dos Estados-Membros, transposição de Directivas comunitárias e que, nos termos do art. 23.º do Regulamento, o Regulamento

regulada nos termos do art. 3.º da Convenção de Roma, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., pp. 228-229.

³⁵ Não é —como se diz no art. 192.º, n.º 1— a *lei aplicável* que não pode ofender a ordem pública internacional do Estado português, mas sim a *aplicação da lei* (estrangeira).

³⁶ Para o Prof. L. DE LIMA PINHEIRO, o n.º 3 do art. 192.º era uma cláusula especial de ordem pública internacional, que, em substância, se reconduzia a uma norma autolimitada (cfr. *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., p. 229, *Direito Internacional Privado. Introdução e Direito de Conflitos. Parte geral*, 2.ª ed., vol. I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 592 e nota seguinte). Também o Prof. MARQUES DOS SANTOS via no preceito uma «cláusula especial de ordem pública internacional em matéria de contratos de seguro, diferente da cláusula geral do artigo 22.º do Código Civil» («Algumas considerações sobre a autonomia da vontade...», p. 281).

³⁷ L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, 2.ª ed., vol. I, p. 592, defende tratar-se de uma norma autolimitada aplicável a todos os contratos que cubram riscos situados em território português ou em que Portugal seja o Estado-Membro do compromisso.

³⁸ *Infra* n.ºs 49 a 51.

não prejudica a aplicação das regras de conflitos dos Estados-Membros adoptadas no quadro da transposição de actos comunitários. Todavia, nesse mesmo art. 23.º ressalva-se o art. 7.º do Regulamento, pelo que, no conflito entre as regras da LCS e as do art. 7.º, prevalecem estas.

Assim, tratando-se de contrato de seguro ou resseguro incluído no âmbito de aplicação material do Regulamento e *celebrado a partir de 17 de Dezembro de 2009*, a respectiva lei competente deve ser apurada (com excepção para os contratos referidos no art. 1.º, n.º 1, al. j), do Regulamento) ao abrigo das normas de conflitos daquele diploma comunitário.

16. A LCS aplica-se portanto, no que respeita à determinação da lei aplicável, aos contratos de seguro (não excluídos do âmbito de aplicação material do Regulamento Roma I) celebrados ou renovados *entre 1 de Janeiro de 2009 e 16 de Dezembro de 2009*³⁹.

Neste ponto, há, porém, que fazer nova distinção, consoante se trate de contrato de seguro cujo risco se situa fora do território dos Estados-Membros, dentro desse território ou contrato de resseguro.

17. Aos *contratos de seguro celebrados no referido período que cobrem riscos situados fora do território dos Estados-Membros* seriam, em princípio, aplicáveis as normas de conflitos da LCS⁴⁰. No entanto, sobre elas prevalecem as normas de conflitos contidas na Convenção de Roma, conforme resulta do seu art. 1.º, n.º 1, e, *a contrario*, n.ºs 2 e 3 — e isto quer a seguradora tenha estabelecimento no território da União quer não tenha.

A Convenção de Roma tem aplicação universal, isto é, aplica-se *sempre* que os órgãos de aplicação do Direito portugueses (ou de outros Estados a ela vinculados) sejam chamados a decidir sobre contrato de seguro internacional incluído no seu âmbito de aplicação material — e a lei por ela designada como competente deve ser aplicada mesmo que não seja de um Estado-Membro. Não é satisfatória a definição de aplicação universal dada pelo art. 2.º da Convenção.

Não havendo na Convenção norma de conflitos especial consagrada ao contrato de seguro, aplicam-se-lhe as regras de conflitos dos arts. 3.º e 4.º. Assim, as partes podem escolher a lei estadual aplicável, expressa ou implicitamente, total ou parcialmente e aquando da celebração do contrato, antes disso ou depois (art. 3.º, n.ºs 1 e 2). Se o fizerem, é a lei escolhida a competente para reger o contrato⁴¹. Na falta de escolha, recorre-se ao art. 4.º, n.ºs 1, 2 e 5, da Convenção: a lei competente para regular o contrato de seguro é então a do Estado (e sempre de um Estado) com o qual o mesmo apresenta a conexão mais estreita (n.º 1), presumindo-se que tal conexão se estabelece com a lei do país em que se situa a residência habitual, administração central ou estabelecimento principal (ou outro, se for através desse que a prestação deva ser fornecida) do fornecedor da prestação característica (n.º 2)^{42,43}.

³⁹ Sublinhando este aspecto, v. A. DA COSTA OLIVEIRA, Anotação aos arts. 5.º a 10.º da LCS, em AAVV, *Lei do Contrato de Seguro. Anotada*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 44 e 47.

⁴⁰ Com efeito, as normas de conflitos da LCS não distinguem conforme o risco se situa dentro ou fora do território dos Estados-Membros.

⁴¹ O art. 3.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção de Roma corresponde, salvo num pequeno ponto, ao art. 3.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento Roma I. V., por isso, os breves comentários que tecemos a respeito deste último *infra* (n.ºs 58 a 63).

⁴² Cfr., porém, P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho..., p. 147, que refere, a par da lei da residência habitual, administração central ou estabelecimento principal do segurador, enquanto lei do Estado com o qual existe conexão mais estreita, a «lei da situação do imóvel se o seguro se reporta a um imóvel».

⁴³ Quanto ao conceito de prestação característica, v. MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet e tribunal competente», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 167-168, e «A Convenção de Roma e as operações bancárias», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 237-238, L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos. Parte Especial*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 279, e E. GALVÃO TELES, «A prestação característica: um novo conceito para determinar a lei subsidiariamente aplicável aos contratos internacionais. O artigo 4.º da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais», *O Direito*, 127, 1995, pp. 103 ss. Vale a pena transcrever as palavras dos Prof. M. GIULIANO e P. LAGARDE a este propósito (em tradução livre): «A submissão do contrato, na ausência de escolha das partes, à lei da prestação característica permite, com efeito, concretizar a conexão do contrato a partir do interior e não do exterior, por elementos que não estão em relação com a essência da obrigação, tais como a nacionalidade dos contratantes ou o lugar da conclusão. É possível, além disso, fazer remontar o conceito de prestação característica a uma ideia ainda mais geral, a saber, a ideia de que esta prestação tem em vista a função que a relação jurídica em causa desempenha na vida económica e social do país. O conceito de prestação característica permite, em substância, conectar o contrato ao meio sócio-económico

O fornecedor da prestação característica é, nos contratos de seguro, a seguradora⁴⁴, pelo que a lei competente é, na falta de escolha, a lei do país do estabelecimento principal da seguradora. Só se o contrato apresentar uma conexão mais estreita com outro país que não esse é que a lei competente passa a ser a deste país e não aquela (art. 4.º, n.º 5, da Convenção de Roma)⁴⁵.

Para certa doutrina, minoritária, os n.ºs 2 a 4 do art. 4.º da Convenção de Roma não constituem verdadeiras presunções, mas antes meras directrizes interpretativas, e o n.º 5 não é, conseqüentemente, uma cláusula de excepção⁴⁶. Aceitamos que o n.º 5 não contém uma cláusula de excepção, mas quer-nos parecer que os n.ºs 2 a 4 são efectivamente presunções⁴⁷. A função do n.º 5 é, a nosso ver, a de estabelecer que as presunções são ilidíveis e em que termos o são.

em que ele se vai integrar. A determinação da prestação característica de um contrato não levanta, evidentemente, nenhuma dificuldade no caso de contratos unilaterais. Pelo contrário, no caso de contratos bilaterais (sinalagmáticos), pelos quais os contratantes se encarregam mutuamente de prestações recíprocas, a contra-prestação de uma das partes consiste, na economia moderna, habitualmente em dinheiro. Esta prestação não é, portanto, característica do contrato. É a prestação pela qual o pagamento é devido, isto é, segundo os diferentes tipos de contratos, a transferência da propriedade, a entrega de objectos mobiliários corpóreos, a atribuição do uso de uma coisa, o fornecimento de um serviço, do transporte, do seguro, da actividade bancária, da caução, etc., que constitui o centro de gravidade e a função sócio-económica da operação contratual» («Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JOCE*, n.º C 282, de 31 de Outubro de 1980, pp. 1 ss., anotação n.º 3 ao art. 4.º). Segundo E. GALVÃO TELES, a prestação característica é aquela «que dá uma configuração própria ao tipo contratual em causa por traduzir a sua função económica e social, permitindo distingui-lo dos outros tipos contratuais». «A ideia central da teoria da prestação característica —acrescenta a Autora— reside na identificação da prestação contratual fundamental no tipo contratual em causa, por consistir na actividade pela qual se realiza o seu propósito económico e social essencial. Em consequência, há que proceder à análise da natureza e função de cada tipo contratual, de forma a individualizar, no seu seio, a prestação que traduz essa função» («A prestação característica...», pp. 119 e 104). Pode ver-se uma esclarecida e recente defesa do princípio da prestação característica, contra as críticas que lhe têm sido apontadas, em P. MANKOWSKI, «The Principle of Characteristic Performance Revisited Yet Again», em BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER e S. SYMEONIDES (coord.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurique, Schulthess, 2010, pp. 433 ss. Lembrando Churchill, conclui o autor a pp. 462 que «the principle of characteristic performance might be the worst conflicts rule for contracts — except for all the others that have been tried from time to time»).

⁴⁴ Cfr. M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 3 ao art. 4.º, P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho..., p. 147, F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», p. 293, O. BOSKOVIC, «La protection de la partie faible dans le règlement Rome I», *Recueil Dalloz*, 31, 2008, p. 2177, O. LANDO e P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», *Common Market Law Review*, 45-6, 2008, p. 1711, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro del art. 7 del Reglamento Roma I», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1-2, 2009, pp. 31 e 37, L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 57, e J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», pp. 170 e 171. Pode ver-se um desenvolvido exame dos principais critérios destinados a identificar, no seio da economia contratual, a prestação característica, em E. GALVÃO TELES, «A prestação característica...», pp. 107 ss. Em geral, é característica a prestação que tem como contrapartida o pagamento em dinheiro ou, mais exactamente, um pagamento ou retribuição (*ibidem*, pp. 108 a 111). No contrato de seguro, é a prestação do tomador que constitui pagamento ou retribuição da prestação da seguradora (ainda que a prestação desta seja também pecuniária em muitos casos).

⁴⁵ Para um enunciado e análise de vários «casos típicos» em que deve afastar-se a aplicação da lei da prestação característica por via do art. 4.º, n.º 5, da Convenção de Roma, v. E. GALVÃO TELES, «A prestação característica...», pp. 152 ss.

⁴⁶ V. E. GALVÃO TELES, «A prestação característica...», p. 150, L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Cosmos, 1998, p. 852, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., p. 196, *Direito Internacional Privado*, vol. I, p. 399, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 279 e 280, e «O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) — Uma introdução», em *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 426 e 427, M. H. BRITO, «Direito aplicável ao contrato internacional de concessão comercial», em *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, p. 121, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 469 ss. No sentido de que o art. 4.º, n.º 5, constitui uma autêntica cláusula de excepção, v. MOURA RAMOS, «Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional», separata do vol. XXXVI do Suplemento do *BFDUC*, Coimbra, 1991, pp. 405, 406 e 408-409, «Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal», em *Das relações privadas internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 300-301, «Remarques sur les développements récents du droit international privé portugais en matière de protection des consommateurs», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 30, e «Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 230 ss., e MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de Uma Teoria Geral*, 2 vols., Coimbra, Almedina, 1991, p. 398, nota 1298, e «A Convenção de Roma...», p. 238.

⁴⁷ Cfr. MOURA RAMOS, «L'adhésion du Portugal aux conventions communautaires en matière de droit international privé», em *Das relações privadas internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 165 e 166, e «Previsão normativa e modelação judicial...», pp. 229 e 230, e MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos...», p. 171, e «A Convenção de Roma...», p. 237.

O art. 5.º da Convenção de Roma, dedicado à determinação da lei aplicável aos contratos celebrados por consumidores, também parece relevar para os contratos de seguro (não os de resseguro), desde que se interprete o n.º 1 de maneira a incluir na locução «contratos que tenham por objecto o fornecimento de [...] serviços» os contratos de seguro⁴⁸. A admitir-se esta interpretação e uma vez reunidos os demais pressupostos de aplicação do art. 5.º⁴⁹, a lei competente será a lei escolhida pelas partes (n.º 2) ou, na falta de escolha, a da residência habitual do consumidor (n.º 3). Todavia, em caso de estipulação, as normas da lei designada devem ceder lugar às disposições imperativas da lei da residência habitual (a qual fornece um padrão mínimo de protecção) que, no caso, se mostrarem mais favoráveis aos interesses do consumidor.

Além dos arts. 3.º, 4.º e 5.º, interessam ainda sobretudo, para definir o estatuto contratual do contrato de seguro, os arts. 7.º, 8.º, 9.º, 15.º, 16.º e 19.º da Convenção, cujo regime não compete desenvolver neste lugar.

18. *Aos contratos de seguro celebrados no período referido que cobrem riscos situados dentro do território dos Estados-Membros* (ou do Espaço Económico Europeu) não pode aplicar-se a Convenção de Roma, por força da exclusão prevista no seu art. 1.º, n.º 3. Tais contratos são regulados pelas regras de conflitos da LCS.

As Directivas de que as normas de conflitos da LCS constituem transposição regulam apenas a lei aplicável aos contratos de seguro celebrados por empresas estabelecidas nos Estados-Membros. Efectivamente, o art. 7.º, proémio, da Segunda Directiva 88/357/CEE remete para o art. 1.º da Primeira Directiva 73/239/CEE, que abrange tão-só a actividade de seguros praticada por empresas estabelecidas no território de um Estado-Membro, e o art. 32.º, n.º 1, da Directiva «Vida» 2002/83/CE remete para o respectivo art. 2.º, proémio, que igualmente limita o seu objecto à actividade de seguros praticada por empresas estabelecidas num Estado-Membro. Não obstante, afigura-se-nos correcta a interpretação segundo a qual a LCS determina a lei aplicável aos contratos de seguro independentemente de a seguradora estar estabelecida na União⁵⁰. A LCS não distingue uns contratos dos outros e dela não constitui objecto a regulação do acesso e exercício da actividade seguradora. Limita-se, antes, a fixar o regime jurídico dos contratos de seguro.

19. À determinação do Direito competente para reger os *contratos de resseguro celebrados entre 1 de Janeiro de 2009 e 16 de Dezembro de 2009* aplica-se a Convenção de Roma (art. 1.º, n.º 4), qualquer que seja o lugar do risco. A LCS fica afastada.

O devedor da prestação característica é, nos contratos de resseguro, o ressegurador⁵¹.

⁴⁸ Admitindo a aplicação do art. 5.º da Convenção de Roma aos contratos de seguro, v. M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 10 ao art. 1.º, F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», pp. 285 e 287, D. MOURA VICENTE, «Lei reguladora dos contratos de consumo», em *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, p. 190, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O novo regime jurídico do contrato de seguro. Breves considerações sobre a protecção do segurado», em *Contrato de Seguro. Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 34, «O Direito Internacional Privado aplicável ao contrato de seguro: comentários ao ante-projecto de decreto-lei sobre o contrato de seguros», em *Contrato de Seguro. Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 194, e «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», pp. 173 ss., P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *Revue critique de droit international privé*, 4, 2008, p. 764, e L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», pp. 56 e 57.

⁴⁹ Não cabe aqui desenvolver os termos de que depende a aplicação do art. 5.º da Convenção de Roma, preceito extremamente problemático. Sobre o assunto, v., em Portugal, MOURA RAMOS, «Remarques sur les développements récents du droit international privé portugais...», pp. 26 ss., MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos...», pp. 176 ss., e «A Convenção de Roma...», pp. 240 ss., L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., pp. 198 ss., «Direito aplicável aos contratos com consumidores», em *Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 163 ss., e «Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet», em *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 28 ss., D. MOURA VICENTE, «A comunitarização do Direito Internacional Privado e o comércio electrónico», em *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 181 ss., «Lei reguladora dos contratos de consumo», pp. 188 ss., e *Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 251 ss., e J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», pp. 173 ss.

⁵⁰ Em face do ante-projecto de decreto-lei sobre o contrato de seguro, cfr. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O Direito Internacional Privado...», p. 201, nota 19.

⁵¹ V. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 31, R. MERKIN, «The Rome I Regulation and reinsurance»,

2. Conceitos de contrato de seguro e de contrato de seguro internacional

20. As normas de conflitos dos arts. 5.º e seguintes da LCS aplicam-se ao *contrato de seguro*. Definem a sua previsão por recurso ao um conceito estritamente jurídico.

É unanimemente defendido na doutrina de Direito Internacional Privado portuguesa que os conceitos delimitadores da previsão das regras de conflitos (*conceitos-quadro*) se devem interpretar autonomamente — fala-se por isso de uma *interpretação autónoma* da regra de conflitos⁵².

A interpretação autónoma é aquela que assenta no Direito do foro, que o toma como ponto de partida para a construção de uma primeira noção, mas que dele se *autonomiza* (e tem de autonomizar), por mor da necessidade de coordenação dos sistemas jurídicos, da tutela das expectativas dos intervenientes e da harmonia jurídica internacional. Ou seja, as notas características do conceito-quadro fornece-as o Direito material do foro, mas na previsão da norma de conflitos hão-de subsumir-se institutos jurídicos que, embora não exactamente idênticos, desempenham funções sócio-económicas análogas às do instituto nela referido.

Assim, o significado de contrato de seguro, para efeitos das normas de Direito Internacional Privado portuguesas, *maxime* das contidas nos arts. 6.º a 10.º da LCS, é dado pelo Direito material português (sendo importante, desde logo, o disposto no art. 1.º da LCS), mas a ele podem ser reconduzidos institutos jurídicos (portugueses ou estrangeiros) funcionalmente análogos (mesmo que não equivalham estritamente ao que, no nosso Direito, se entende por contrato de seguro). A tais institutos análogos devem aplicar-se também as normas de conflitos internas relativas ao contrato de seguro.

21. As normas de conflitos da LCS aplicam-se se o contrato for *internacional*. A questão de saber se a situação privada é internacional é prévia à resolução de qualquer problema de Direito de conflitos.

Foi já sublinhada entre nós a falta de uma noção clara e certa de questão privada internacional e as dificuldades que isso suscita⁵³. Não obstante, pode-se dizer, com alguma segurança, que a situação é internacional quando tem *contactos juridicamente relevantes* com mais do que um ordenamento jurídico soberano⁵⁴.

Por certo que têm de existir contactos com mais de um ordenamento jurídico soberano. Mas tais contactos devem ser relevantes e relevantes são os que forem juridicamente relevantes.

Em tese, é possível adoptar critérios fácticos ou jurídicos para aferir da internacionalidade do contrato. A adopção de um critério puramente *factual* parece de excluir⁵⁵. É preferível partir do relevo *jurídico* dos contactos⁵⁶.

Mas que contactos são juridicamente relevantes para qualificar o contrato de seguro como internacional? Resposta: são os que o forem para o Direito de conflitos dos contratos.

A Profa. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO recorreu, para qualificar o contrato de compra e venda como internacional, ao critério da transferência de valores através das fronteiras⁵⁷. O mesmo critério foi

Journal of Private International Law, 5-1, 2009, p. 71, e, desenvolvivamente, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», pp. 171 e 172.

⁵² V. FERRER CORREIA, «Direito Internacional Privado», em *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 155 e 156, «O princípio da autonomia do Direito Internacional Privado no sistema jurídico português», em *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 454 ss., e *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 204 ss., I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964, pp. 150 a 156 e 176 ss., BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 112 ss., L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 405 e 514, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pp. 396 ss.

⁵³ V. MOURA RAMOS, «Da lei aplicável ao contrato de trabalho...», pp. 442, 443 e 449, L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, pp. 358 ss., e M. H. BRITO, *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 576 ss., especialmente pp. 580 e 581.

⁵⁴ Como é evidente, não bastam contactos com vários ordenamentos jurídicos pertencentes ao mesmo Estado soberano.

⁵⁵ Um critério deste género foi ensaiado por TH. M. DE BOER, «Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 257, 1996, pp. 239 ss.

⁵⁶ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 12, e L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, p. 358, nota 169.

⁵⁷ *Da compra e venda em Direito Internacional Privado. Aspectos fundamentais*, vol. I, Lisboa, 1954, pp. 79 ss.

adoptado pelo Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO quanto aos contratos comutativos⁵⁸ e pelo Prof. EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR para a generalidade dos contratos do comércio internacional, enquanto critério destinado a *ponderar, dobrar e corrigir* os resultados deficientes a que conduziria, em alguns casos, o recurso ao «clássico e puro critério jurídico da plurilocalização dos elementos relevantes do contrato»⁵⁹.

O critério relevante para a determinação do carácter internacional da situação varia de sector para sector do Direito Internacional Privado e de matéria para matéria⁶⁰ e de contrato para contrato. No que toca ao contrato de seguro, quer-nos parecer que o critério da transferência de valores através das fronteiras é inadequado⁶¹: por exemplo, não pode, à face do disposto no art. 32.º, n.º 2, da Directiva «Vida» 2002/83/CE e no art. 7.º, n.º 3, al. c), do Regulamento Roma I, negar-se que é internacional o contrato do ramo vida celebrado, em Portugal e para cobrir riscos situados em Portugal, entre uma seguradora de estatuto português e um tomador com residência habitual em Portugal, mas com nacionalidade espanhola. Em tal caso não haverá, em princípio, transferência de valores e, no entanto, a lei aplicável pode ser a espanhola⁶². Igualmente, é internacional (embora sem transferência de valores) o contrato de seguro do ramo não vida celebrado, em Portugal, entre seguradora com sede em Portugal e tomador com residência habitual em Portugal para cobrir sinistros relativos a uma jóia durante uma exposição anual na França (cfr. art. 7.º, n.º 1, al. e), da Segunda Directiva 88/357/CEE e art. 7.º, n.º 1, al. d), do Regulamento Roma I).

O melhor critério para definir que contactos são relevantes afigura-se ser este: são relevantes os contactos que correspondem aos elementos de conexão usados pelas regras de conflitos reguladoras da lei aplicável ao contrato de seguro vigentes em Portugal, nos Estados em conexão com o contrato e eventualmente nos ordenamentos jurídicos mais representativos. Ninguém contestará que não chega o recurso às normas de conflitos internas, sob pena de se pôr em causa a harmonia jurídica internacional. Será, designadamente, internacional o contrato em que alguns dos seguintes elementos de conexão se situam em diferentes países soberanos: lugar do risco, lugar da residência habitual, administração central ou estabelecimento do tomador, lugar da residência habitual, administração central ou estabelecimento do segurador, nacionalidade do tomador, lugar do sinistro, lugar da celebração e lugar da execução do contrato⁶³.

3. Os arts. 6.º e 7.º da LCS

22. É a seguinte a redacção do art. 6.º da LCS («Liberdade de escolha»):

- «1. Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes e do regime geral de liberdade contratual, as partes contratantes podem escolher a lei aplicável ao contrato de seguro que cubra riscos situados em território português ou em que o tomador do seguro, nos seguros de pessoas, tenha em Portugal a sua residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita, consoante se trate de pessoa singular ou colectiva.
2. A localização do risco é determinada pelo regime jurídico de acesso e exercício da actividade seguradora.
3. A escolha da lei aplicável deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das cláusulas do contrato.
4. As partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato, assim como alterar, em qualquer momento, a lei aplicável, sujeitando o contrato a uma lei diferente.»

⁵⁸ O critério da transferência de valores já não seria adequado para os contratos de empreendimento comum (v. *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 74 ss., e *Contrato de empreendimento...*, pp. 375 ss.).

⁵⁹ E. DOS SANTOS JÚNIOR, «Sobre o conceito de contrato internacional», em *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 189 e 190.

⁶⁰ Cfr. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, p. 39, e E. DOS SANTOS JÚNIOR, «Sobre o conceito de contrato internacional», pp. 172 e 175.

⁶¹ O Prof. MOURA RAMOS, na sua tese de doutoramento, considerou o critério em apreço «não recomendável» («Da lei aplicável ao contrato de trabalho...»), pp. 446 e 447).

⁶² Em geral, a nacionalidade não é, porém, conexão relevante para efeitos de tornar internacional um contrato. V. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, pp. 80 e 81, L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, p. 375, e *Direito Comercial Internacional*, p. 74, e E. DOS SANTOS JÚNIOR, «Sobre o conceito de contrato internacional», pp. 175, 182 e 187.

⁶³ A autonomia da vontade não é factor de transnacionalidade relevante (v., por exemplo, E. DOS SANTOS JÚNIOR, «Sobre o conceito de contrato internacional», pp. 183 e 184). Não é pois internacional o contrato meramente interno que é submetido pelas partes a uma lei estrangeira, valendo em tal caso a escolha feita pelas partes apenas como referência material (e não conflitual) à lei escolhida. Cfr., porém, *infra* nota 134. Sobre a distinção entre referência material e conflitual, v. *infra* n.º 58 e a bibliografia citada na nota 168.

Resulta do n.º 1 do preceito que as partes contratantes podem escolher a lei aplicável ao contrato de seguro se, nos seguros de danos, o contrato cobrir riscos situados em território português ou se, nos seguros de pessoas, o tomador do seguro tiver a residência habitual (tomador pessoa singular) ou o estabelecimento a que o contrato respeita (tomador pessoa colectiva) em Portugal.

A parte em que se diz «[sem] prejuízo do disposto nos artigos seguintes» reporta-se apenas aos arts. 9.º e 10.º. É dispensável quanto ao art. 7.º, porque este refere expressamente o art. 6.º, e errada quanto ao art. 8.º, porque é este que é subsidiário relativamente ao art. 6.º e não o contrário.

A localização do risco é determinada, diz-se no n.º 2, pelo regime jurídico do acesso e exercício da actividade seguradora, que, actualmente, consta do RGAS. As normas que definem o lugar do risco são, quanto aos seguros não vida, o art. 2.º, n.º 1, al. j), e, quanto aos seguros de vida, o art. 2.º, n.º 1, al. l)⁶⁴.

O momento relevante para aferir da localização do risco e da residência habitual ou do estabelecimento é o da celebração do contrato (v. os lugares paralelos dos arts. 7.º, n.º 3, als. a) e b), e 19.º, n.º 3, do Regulamento Roma I)⁶⁵.

Face ao disposto nas als. a) e b) do art. 7.º, n.º 1, da Segunda Directiva 88/357/CEE, que permitem a escolha de lei tenha ou não o tomador residência habitual ou administração central no Estado-Membro onde o risco se situa, é de interpretar o artigo sob anotação no sentido de autorizar a *electio iuris*, nos seguros de danos, esteja ou não situada em Portugal a residência habitual ou a administração central do tomador. Do mesmo modo, o preceito há-de valer para as situações referidas no art. 7.º, n.º 1, al. e), da mesma Directiva (contrato de seguro do ramo não vida relativo a riscos situados em Portugal mas cobrindo apenas sinistros ocorridos em outro Estado-Membro) e as hipóteses visadas no art. 32.º, n.º 2, da Directiva «Vida» 2002/83/CE (contrato de seguro do ramo vida com tomador residente habitualmente em Portugal e nacional de outro Estado-Membro).

23. As Directivas comunitárias admitem a autonomia privada em outros casos. Poderão eles caber no art. 6.º da LCS?

No caso de o risco se situar simultaneamente em Portugal e em outro ou outros Estados-Membros —hipótese contemplada no art. 7.º, n.º 1, al. c), da Segunda Directiva 88/357/CEE, embora sujeita a pressupostos adicionais—, parece que a resposta deve ser afirmativa. A letra do preceito sob anotação não exclui essas situações, porquanto se não refere aos contratos que cobrem riscos *exclusivamente* situados em Portugal. Ao que acresce que a primeira parte da *norma subsidiária* do art. 8.º, n.º 4, da LCS se refere expressamente aos casos de falta de escolha da lei, «nos termos previstos nos artigos anteriores», para regular os contratos que cubram dois ou mais riscos situados em Portugal e noutro Estado. Enfim, a escolha de lei nas situações em apreço era já facultada (submetida embora a mais pressupostos) pelo art. 190.º do RGAS⁶⁶. O art. 6.º, n.º 1, tem de abranger, portanto, na sua previsão as situações de riscos plurilocalizados em Portugal e noutro ou noutros Estados-Membros.

Mais complexos são os casos de seguros de danos em que o risco (ou parte dele) não está situado em Portugal e para os quais a Segunda Directiva 88/357/CEE prevê o direito de designar a lei competente: *a)* risco situado no Estado-Membro (estrangeiro) em que o tomador do seguro tem residência habitual ou administração central (art. 7.º, n.º 1, al. a)); *b)* risco situado num Estado-Membro estrangeiro tendo o tomador do seguro residência habitual ou administração central em Portugal ou em outro Estado (art. 7.º, n.º 1, al. b)); *c)* risco situado em mais de um Estado-Membro estrangeiro, tendo o tomador do seguro residência habitual em Portugal ou em outro Estado (art. 7.º, n.º 1, al. c)); *d)* risco situado num Estado-Membro estrangeiro e contrato de seguro cobrindo apenas sinistros ocorridos em Portugal ou em outro Estado-Membro (art. 7.º, n.º 1, al. e)); *e)* contrato cobrindo grandes riscos situados em Estado-Membro estrangeiro (art. 7.º, n.º 1, al. f)). Nos seguros de vida, o art. 6.º também omite referência aos casos em que o tomador do seguro tenha a residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita num Estado-Membro estrangeiro (art. 32.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva «Vida» 2002/83/CE)⁶⁷.

⁶⁴ V. *supra* n.º 3.

⁶⁵ Neste sentido, quanto à residência habitual, v. A. DA COSTA OLIVEIRA, Anotação..., p. 50.

⁶⁶ Cfr. *supra* n.º 11.

⁶⁷ Se a residência habitual se situar simultaneamente em Portugal e noutro Estado-Membro, há plurilocalização do risco

Será a escolha da lei admissível nestes casos?⁶⁸

Do art. 8.º, n.º 3, da LCS parece resultar que se deve permitir a escolha da lei. Esta norma de conflitos prevê, segundo resulta da sua epígrafe, a «conexão subsidiária» para os casos de riscos situados no *estrangeiro*. Ora, constituindo essa a conexão subsidiária, tem de encontrar-se no Direito português uma conexão primária — e esta não pode ser outra que não a referida no art. 6.º, n.º 1. De resto, o art. 8.º, n.º 3, aplica-se, como resulta do respectivo n.º 1, «se as partes contratantes não tiverem escolhido a lei aplicável».

Por outro lado, não vemos que outro sentido útil, que não o de permitir a designação conflitual nas situações em apreço, possa ser atribuído à ressalva do «regime geral da liberdade contratual» feita no art. 6.º, n.º 1. Por certo que se não trata da liberdade contratual de Direito material, porque a essa não cabe fazer menção numa regra de conflitos, exclusivamente destinada a regular a liberdade de escolha conflitual. O verdadeiro significado da ressalva reside, a nosso ver, numa remissão para as regras de conflitos gerais que, em matéria de obrigações contratuais, consagram a liberdade de estipulação da lei competente pelos contratantes, sempre que o risco se situa no estrangeiro.

Enfim, o acolhimento da autonomia da vontade nestas situações é imposto pela Segunda Directiva 88/357/CEE e pela Directiva «Vida» 2002/83/CE.

O regime jurídico da *electio iuris* nos contratos de seguro cujo risco se situa no estrangeiro (embora em território comunitário) é, conseqüentemente, o do art. 41.º do Código Civil, por remissão do art. 6.º, n.º 1⁶⁹. Assim interpretada a LCS, tem de reconhecer-se, porém, que não foram transpostos exactamente para o Direito português os limites relativos às leis passíveis de escolha pelas partes estabelecidos nos arts. 7.º, n.º 1, als. a) a e), e 32.º, n.ºs 1 e 2, da Segunda Directiva 88/357/CEE e da Directiva «Vida» 2002/83/CE, respectivamente.

24. Segundo o n.º 3, a escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das cláusulas do contrato.

A escolha é expressa quando as partes declaradamente se manifestam de acordo quanto à lei aplicável. Geralmente, a cláusula de escolha expressa aparece incluída no fim dos contratos, quando o contrato é escrito. Pode ser muito curta: *v.g.*, o presente contrato rege-se pela lei X; ao presente contrato aplica-se a lei do Estado X.

Diz-se tácita a escolha que, embora não feita expressamente, resulta de modo inequívoco das cláusulas do contrato⁷⁰. As partes não escolhem directa e expressamente a lei de um Estado como lei reguladora do contrato, mas das disposições do contrato, interpretadas sistematicamente, resulta que *quiseram* a aplicação de certa lei estadual. Por exemplo, o contrato de seguro obedece estritamente ao modelo aprovado por instituição reguladora da actividade seguradora de certo país ou o contrato respeita exclusivamente a riscos que são cobertos por seguros típicos em apenas um dos países conectados.

A escolha tácita pressupõe sempre que as partes *quiseram* efectivamente a aplicação da mesma lei ao contrato e que *manifestaram* exteriormente essa vontade. A escolha não pode ser hipotética, à semelhança do que sucede no quadro do art. 41.º do Código Civil⁷¹.

(nos seguros de vida, o risco situa-se no Estado-Membro onde o tomador reside habitualmente — art. 2.º, n.º 1, al. l), do RGAS) e é de admitir a autonomia privada conflitual por via do art. 6.º, sendo esta a solução mais conforme com o art. 32.º da Directiva «Vida» 2002/83/CE.

⁶⁸ Era bem mais certa, do ponto de vista da articulação com as Directivas, a proposta da norma de conflitos relativa à autonomia da vontade em matéria de contrato de seguro destinada a figurar na nova LCS apresentada pelo Conselheiro J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O Direito Internacional Privado...», pp. 196 e 197.

⁶⁹ Regime que omite solução expressa para os problemas da admissibilidade da escolha parcial e da alteração da lei aplicável pelas partes. Antes do Código Civil, já admitia porém a alteração da escolha I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, Lisboa, 1963, p. 231.

⁷⁰ A definição de escolha tácita inspira-se no art. 3.º, n.º 1, da Convenção de Roma, mas dele diverge num aspecto significativo: na Convenção de Roma admite-se ainda a escolha tácita se resultar de modo inequívoco das circunstâncias da causa. A definição de escolha tácita contida no preceito sob anotação corresponde à que figurava no art. 191.º, n.º 1, do RGAS.

⁷¹ V. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Sistema português de normas de conflitos (Parte II. Do sistema das normas de conflitos portuguesas)*, Lisboa, 1968, p. 49, e BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, pp. 362 ss.

Só é de admitir a designação tácita quando haja *certeza* sobre a escolha. Na dúvida, não existe escolha. Nas palavras do Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, não basta a «mera verosimilhança, nem sequer uma elevada probabilidade»⁷².

A referência às «cláusulas do contrato» parece indiciar que a escolha tácita da lei aplicável tem de ser escrita⁷³.

Pergunta-se como se há-de conciliar o art. 6.º, n.º 3, que admite a escolha tácita da lei competente, com os arts. 18.º, al. 1), e 37.º, n.ºs 1 e 2, al. 1), da LCS, que impõem a referência expressa à lei escolhida na apólice de seguro.

A resposta afigura-se-nos simples: estes últimos preceitos, enquanto normas materiais portuguesas, só têm aplicação se uma regra de conflitos relativa à matéria sobre que versam atribuir competência ao Direito nacional. Ora, entende-se maioritariamente que a *professio iuris*— negócio jurídico de escolha de lei —se rege pela própria lei escolhida quanto aos requisitos relativos à existência e validade do consentimento. Não há petição de princípio neste raciocínio: ficciona-se que a escolha é válida para aferir, à luz da lei designada, se a designação é *efectivamente* válida⁷⁴. Consequentemente, sempre que for escolhida para disciplinar o contrato a lei portuguesa, terão de ser observados, em detrimento do disposto na 2.ª parte do número sob anotação, aqueles preceitos da LCS quanto aos termos da *electio iuris*. Se, porém, o risco coberto pelo contrato de seguro estiver situado em Portugal, os arts. 18.º, al. 1), e 37.º, n.ºs 1 e 2, al. 1), deverão, de harmonia com o art. 9.º, n.ºs 1 e 2, aplicar-se logo como normas de aplicação imediata (cfr. art. 13.º)⁷⁵, independentemente da lei reguladora do contrato.

25. Resulta do n.º 4, 1.ª parte, que as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou a uma parte do contrato. Esta norma, sem equivalente no Código Civil, corresponde ao art. 3.º, n.º 1, 3.ª parte, da Convenção de Roma e do Regulamento Roma I. Remetemos, por isso, para o que dissermos a propósito desse preceito⁷⁶.

Na 2.ª parte do n.º 4 prevê-se que as partes podem alterar, em qualquer momento, a lei aplicável ao contrato, sujeitando-o a uma lei diferente.

Consagra-se aqui o direito de designação da lei competente depois de celebrado o contrato. A lei escolhida altera a lei anteriormente aplicável, fosse ela competente por força de anterior escolha ou das normas de conflitos subsidiárias do art. 8.º.

As partes podem ou não atribuir eficácia retroactiva à escolha posterior⁷⁷. Se o fizerem, a escolha não pode prejudicar os direitos de terceiros nem tornar o contrato formalmente inválido (art. 3.º, n.º 2, 2.ª parte, da Convenção de Roma e do Regulamento Roma I, por analogia).

A escolha posterior pode respeitar à totalidade ou a parte do contrato.

Da conjugação do n.º 3 com o n.º 4 resulta que a escolha posterior da lei aplicável ao contrato há-de ser expressa, salvo se resultar de modo inequívoco das cláusulas do contrato que, a partir de certa altura, passa a reger-se por outra lei (mas será esta uma hipótese de rara verificação).

26. A lei escolhida ao abrigo do art. 6.º, n.º 1, pode ser qualquer uma, desde que observados os *limites* do art. 7.º.

Praticamente idêntico ao art. 41.º, n.º 2, do Código Civil e ao art. 191.º, n.º 1, *in fine*, do RGAS, o art. 7.º da LCS, sob a epígrafe «Limites», estabelece:

⁷² *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., p. 191.

⁷³ Cfr. também, embora com fundamentação que não parece correcta (porque as normas portuguesas referidas pelo Autor só relevam se forem chamadas por alguma regra de conflitos), A. DA COSTA OLIVEIRA, Anotação..., p. 51.

⁷⁴ Cfr. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, pp. 167 ss., FERRER CORREIA, «Algumas considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3787 a 3789, 1990, p. 365, e L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 272.

⁷⁵ Quanto à caracterização e modo de actuação das normas de aplicação imediata, v. *infra* n.ºs 37 a 42.

⁷⁶ V. *infra* n.º 60.

⁷⁷ V. o que, a propósito da eficácia da escolha das partes, afirmamos *infra* na nota 181.

«A escolha da lei aplicável referida no artigo anterior só pode recair sobre leis cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com alguns dos elementos do contrato de seguro atendíveis no domínio do direito internacional privado.»

27. Deste preceito decorre, em primeiro lugar, que as partes só podem escolher, ao abrigo do art. 6.º, Direito estadual e não normas não estaduais: «a escolha da lei aplicável referida no artigo anterior só pode recair sobre *leis...*»⁷⁸. É doutrina que também se depreende do próprio art. 6.º («as partes contratantes podem escolher a *lei aplicável...*»).

Dele decorrem, em segundo lugar, limites à liberdade conflitual que se explicam da seguinte forma: *a)* se a escolha recair sobre leis com as quais esteja em conexão algum dos elementos do contrato de seguro relevantes para efeitos do Direito Internacional Privado, a escolha é eficaz; *b)* quando assim não aconteça, a escolha será ainda válida se recair sobre lei cuja aplicabilidade corresponde a um interesse sério dos contratantes. Por conseguinte, nada impede que as partes chamem à regulação lei estadual com a qual o contrato não mantém conexão relevante, desde que nisso tenham interesse sério⁷⁹.

Estes limites não existem na Convenção de Roma e no Regulamento Roma I. Em contrapartida, ficam aquém dos limites à autonomia da vontade prescritos pela Segunda Directiva 88/357/CEE e pela Directiva «Vida» 2002/83/CE.

28. Os «elementos do contrato de seguro atendíveis no domínio do direito internacional privado» são, designadamente: *a)* em relação aos sujeitos, a residência habitual ou a administração central ou o estabelecimento das partes e a nacionalidade do tomador, se pessoa singular; *b)* em relação ao objecto, o lugar da celebração do contrato, o lugar da sua execução, o lugar do risco e o lugar do sinistro.

O artigo 7.º exige que a lei designada esteja em conexão com «alguns» dos elementos do contrato de seguro, ao passo que o art. 41.º, n.º 2, do Código Civil exige a conexão com «algum» dos elementos do negócio. Significará isto que é preciso que o contrato apresente mais do que uma conexão com o mesmo ordenamento para que esse ordenamento possa ser objecto de escolha? Parece-nos que a resposta deve ser negativa e a terminologia da lei desconsiderada. Basta uma conexão através de um elemento relevante⁸⁰. O art. 8.º basta-se, por exemplo, para atribuir competência à lei de um Estado na falta de escolha, com a localização do risco nesse Estado.

29. Escrevia a Profa. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO que o interesse sério é aquele «que tiver na sua base um interesse objectivamente fundado nas necessidades ou vantagens do comércio internacional [...]. A esta luz, o desejo das partes de excluir a aplicação de uma lei que invalidaria o contrato não basta para inquirar a legitimidade da escolha»⁸¹. São exemplos de interesse sério, diz o Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, «o nexó existente entre o negócio e outros negócios regidos pela lei escolhida; a circunstância de esta lei ser a do Estado onde funciona a jurisdição convencionada; o facto de o negócio celebrado pelas partes se reportar a um tipo que é objecto de regulação desenvolvida na ordem jurídica escolhida». «[Só] em casos extremos, acrescenta o Professor de Lisboa, a escolha será invalidada por falta de um interesse sério, designadamente aqueles em que os seus motivos sejam puramente arbitrários ou caprichosos»⁸².

⁷⁸ Não é outro o entendimento tradicional à luz do art. 41.º, n.º 1, do Código Civil (v. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado. Sumários*, Lisboa, AAFDL, 1987, pp. 287-288, e *As normas...*, p. 686, nota 2251, MOURA RAMOS, «Da lei aplicável ao contrato de trabalho...», pp. 514 e 515, e L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, p. 715).

⁷⁹ Nas palavras do Prof. BAPTISTA MACHADO proferidas a propósito do art. 41.º, n.º 2, do Código Civil, «[admite-se], portanto, que a escolha possa recair sobre uma lei não ligada ao negócio por qualquer conexão objectiva, mas neste caso haverá que examinar se tal escolha foi motivada por um interesse sério e digno de tutela — ou se foi apenas determinada por motivos caprichosos ou fraudulentos» (*Lições...*, p. 362). No mesmo sentido, v. MOURA RAMOS, «La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais», em *Das relações privadas internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 212, L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 331, e F. DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos de leis. Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 104.

⁸⁰ O Prof. MARQUES DOS SANTOS considerava igualmente «desprovida de significado» a diferença de redacções entre o art. 41.º, n.º 2, do Código Civil e o art. 191.º, n.º 1, *in fine*, do RGAS («Algumas considerações sobre a autonomia da vontade...», p. 281).

⁸¹ *Da compra e venda...*, p. 116.

⁸² *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 331.

30. Se for escolhida lei estrangeira, a referência a ela feita pelas partes deve entender-se como indo dirigida directamente às respectivas normas materiais, nos termos dos arts. 19.º, n.º 2, e 16.º do Código Civil. Não há reenvio.

4. O art. 8.º da LCS

31. O art. 8.º da LCS prevê as *conexões subsidiárias* destinadas a regular o contrato de seguro. Vale, por conseguinte, para as situações em que se não concretizou a conexão primária —a escolha de lei pelas partes contratantes—, ou por falta de escolha em absoluto ou por a escolha ser inoperante.

Não podem subsistir dúvidas quanto ao direito de os contraentes escolherem a lei competente no que toca aos casos para os quais o art. 8.º prevê a lei *subsidiariamente* aplicável⁸³.

É a seguinte a redacção do art. 8.º («Conexões subsidiárias»):

- «1. Se as partes contratantes não tiverem escolhido a lei aplicável ou a escolha for inoperante nos termos dos artigos anteriores, o contrato de seguro rege-se pela lei do Estado com o qual esteja em mais estreita conexão.
2. Na falta de escolha de outra lei pelas partes, o contrato de seguro que cubra riscos situados em território português ou em que o tomador do seguro, nos seguros de pessoas, tenha a sua residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita em Portugal é regulado pela lei portuguesa.
3. Presume-se que o contrato de seguro apresenta conexão mais estreita com a ordem jurídica do Estado onde o risco se situa, enquanto nos seguros de pessoas, a conexão mais estreita decorre da residência habitual do tomador do seguro ou do estabelecimento a que o contrato respeita, consoante se trate de pessoa singular ou colectiva.
4. Na falta de escolha das partes contratantes, nos termos previstos nos artigos anteriores, o contrato de seguro que cubra dois ou mais riscos situados em Portugal e noutro Estado, relativos às actividades do tomador do seguro e quando este exerça uma actividade comercial, industrial ou liberal, é regulado pela lei de qualquer dos Estados em que os riscos se situam ou, no caso de seguro de pessoas, pela lei do Estado onde o tomador do seguro tiver a sua residência habitual, sendo pessoa singular, ou a sua administração principal, tratando-se de pessoa colectiva.»

32. A forma como está redigido o preceito suscita grandes dúvidas, visto que em três dos seus números (n.ºs 1, 2 e 4) se enuncia *autonomamente* o pressuposto de que depende a sua aplicação, qual seja o de as partes não terem designado a lei competente, e em apenas um dos números (n.º 3) se estabelece uma presunção. À primeira vista é possível interpretá-lo de duas maneiras: *a)* ou se entende que todo ele estabelece uma única conexão subsidiária —a do chamamento da lei do Estado com a qual o contrato tem conexão mais estreita—, contendo os n.ºs 2, 3 e 4 meras presunções de conexão mais estreita para as hipóteses neles figuradas; *b)* ou se entende que estabelece três conexões subsidiárias distintas, sendo a do chamamento da lei do Estado com que existe conexão mais estreita apenas uma delas, por sinal concretizada no n.º 3.

A epígrafe do artigo e a redacção dos n.ºs 2, 3 e 4 levam-nos a optar pela segunda interpretação.

Segundo a epígrafe, o preceito há-de conter mais do que uma conexão subsidiária e não somente uma, depois concretizada por presunções.

Atendendo à letra dos n.ºs 2, 3 e 4, só o n.º 3 se articula com o n.º 1, porque só ele não enuncia autonomamente o pressuposto de que depende a sua aplicação e só ele contém uma *presunção* de conexão mais estreita. Com efeito, os n.ºs 2 e 4 começam justamente por determinar que se aplicam na falta de escolha da lei pelas partes contratantes, ou seja, por estabelecer o pressuposto da sua aplicação com autonomia relativamente ao n.º 1. Quer dizer, os n.ºs 2 e 4 não se reconduzem a mera concretização da estatuição do n.º 1, mas antes a regras de conflitos subsidiárias dele independentes, embora comunguem do mesmo pressuposto de aplicação.

Assim sendo, encontram-se no art. 8.º três regras de conflitos subsidiárias: uma nos n.ºs 1 e 3 e as outras nos n.ºs 2 e 4.

33. O n.º 2 reporta-se aos contratos de seguro que cubram riscos situados em território português ou em que o tomador do seguro, nos seguros de pessoas, tenha a sua residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita em Portugal.

A lei competente para regular os contratos em apreço é, na falta de escolha, a lei portuguesa.

⁸³ Cfr. *supra* n.º 23.

O momento relevante para concretizar o lugar do risco, da residência habitual ou do estabelecimento é o da celebração do contrato (v. o lugar paralelo do art. 7.º, n.º 3, 3.º §, do Regulamento Roma I).

A atribuição de competência ao Direito português é feita sem reservas: ao interessado na aplicação de outro Direito não é facultado invocá-lo com fundamento em que é com ele que o contrato tem uma conexão manifestamente mais estreita. Nem a regra do art. 8.º, n.º 2, tem a natureza de presunção ilidível, nem na LCS se consagra cláusula de excepção.

Se o contrato de seguro cobrir riscos simultaneamente situados em Portugal e em outro Estado-Membro no momento da celebração, deve, por analogia com o art. 7.º, n.º 5, do Regulamento Roma I e o art. 9.º, n.º 3, da LCS, considerar-se dividido em vários contratos, cada um cobrindo um risco em um único Estado. Por conseguinte, o n.º 2 do art. 8.º regulará a parte do contrato que cobre o risco situado em Portugal e o n.º 3 (juntamente com o n.º 1) a parte que cobre o risco situado no Estado-Membro estrangeiro.

34. O n.º 3 reporta-se aos casos em que os riscos cobertos pelo contrato ou, nos seguros de pessoas, a residência habitual ou estabelecimento do tomador a que o contrato respeita não estão, no momento da celebração, situados em Portugal.

O n.º 3 tem de ser articulado com o n.º 1, pois é dele concretização. Do n.º 1 decorre que a regra, não havendo escolha de lei, é a da aplicação da lei do Estado com o qual o contrato de seguro esteja em mais estreita conexão. No n.º 3 presume-se que essa lei é a do Estado em que o risco se situa. Trata-se de presunção ilidível pela demonstração de que a conexão mais estreita se estabelece com outro Estado.

À semelhança do disposto no art. 7.º, n.º 3, 3.º §, do Regulamento Roma I, a remissão deve ter-se como dirigida à lei do Estado em que o risco ou, nos seguros de pessoas, a residência ou o estabelecimento se situam no momento da celebração.

Se o contrato de seguro cobrir riscos situados em mais do que um Estado-Membro estrangeiro no momento da celebração⁸⁴, deve, por analogia com o art. 7.º, n.º 5, do Regulamento Roma I e o art. 9.º, n.º 3, da LCS, considerar-se dividido em vários contratos, cada um cobrindo um risco em um único Estado. Aplica-se a *cada* contrato, por conseguinte e salvo ilusão da presunção, a lei do Estado onde está situado o risco por cada um coberto.

A referência feita a uma lei estrangeira ao abrigo do art. 8.º, n.ºs 1 e 3, constitui referência material (art. 16.º do Código Civil), na medida em que corresponderá sempre à lei da conexão mais estreita.

35. O n.º 4 contém uma terceira regra de conflitos subsidiária, cujos pressupostos de aplicação são: *a)* o contrato de seguro cobre, no momento da celebração, riscos situados em Portugal e noutra ou noutros Estados-Membros; *b)* o contrato foi celebrado no âmbito da actividade comercial, industrial ou liberal do tomador; *c)* não foi escolhida a lei competente.

A lei chamada à regulação do contrato é, no caso de seguro de pessoas, a do Estado onde o tomador do seguro tiver a sua residência habitual, se pessoa singular, ou a sua administração principal, se pessoa colectiva. Mas sendo o Estado-Membro da residência habitual do tomador que é pessoa singular, nos contratos de seguro do ramo vida, o Estado do lugar do risco (cfr. art. 2.º, n.º 1, al. 1), do RGAS), não se vê como pode o risco estar plurilocalizado sem haver várias residências habituais, pelo que perde sentido a remissão feita para a lei *da* residência habitual do tomador, como se este pudesse ter, nas hipóteses tidas em vista no preceito, uma só residência habitual. Parece que a lei competente será, em tais casos, a do país da residência habitual com o qual o contrato tenha conexão mais estreita.

Sendo o seguro de danos, prescreve-se que o Direito competente é o de qualquer um dos Estados em que os riscos se situam. Significará isso que o tribunal, ou até uma só das partes, pode optar entre as várias leis de localização do risco para regular todo o contrato? Não parece, sob pena de violação da igualdade e da certeza e segurança jurídicas. Assim como não parece que se possa optar por apenas uma das

⁸⁴ Se cobrir riscos situados em Estado-Membro estrangeiro e Estado não membro, a LCS só se aplica à determinação da lei aplicável à parte do contrato que cobre os riscos situados no Estado-Membro. À parte do contrato que cobre os riscos situados fora da União aplica-se a Convenção de Roma (art. 1.º, n.º 3) — cfr. *supra* nota 1 e J. C. MOUTINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», p. 165. É próxima desta a solução dada pelo Regulamento Roma I aos contratos de seguro que cobrem simultaneamente riscos situados dentro e fora da União (cfr. *infra* nota 5).

leis da situação do risco em função da conexão mais estreita: a isso se opõe o imperativo de aplicação da lei de *qualquer* dos Estados, sem ordem de preferência... A solução mais ajustada afigura-se ser a de dividir o contrato de seguro em tantos contratos quantos os lugares de situação do risco, aplicando-se (e não presumindo-se aplicável) distributivamente, a cada contrato assim nascido, a lei do Estado em que se situa o risco por cada um coberto⁸⁵. Vale analogicamente a solução fornecida pelo art. 7.º, n.º 5, do Regulamento Roma I e não é outra a solução imposta pelo art. 7.º, n.º 1, al. h), da Segunda Directiva 88/357/CEE⁸⁶.

5. O art. 9.º da LCS

36. O art. 9.º da LCS reporta-se às chamadas *normas de aplicação imediata*⁸⁷. Nele se prescreve o seguinte:

- «1. As disposições imperativas em matéria de contrato de seguro que tutelem interesses públicos, designadamente de consumidores ou de terceiros, regem imperativamente a situação contratual, qualquer que seja a lei aplicável, mesmo quando a sua aplicabilidade resulte de escolha das partes.
2. O disposto no número anterior aplica-se quando o contrato de seguro cobre riscos situados em território português ou tendo o tomador do seguro, nos seguros de pessoas, a sua residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita em Portugal.
3. Para os efeitos do número anterior, sempre que o contrato de seguro cubra riscos situados em mais de um Estado, considera-se constituído por diversos contratos, cada um dizendo respeito a um único Estado.
4. Não é válido em Portugal o contrato de seguro, sujeito a lei estrangeira, que cubra os riscos identificados no artigo 14.º»

A descoberta das normas de aplicação imediata é geralmente atribuída ao jurista grego PH. FRANCESCOAKIS⁸⁸ e à sua obra *La théorie du renvoi*, de 1958⁸⁹. Em Portugal, quem mais estudou o tema foi o Prof. MARQUES DOS SANTOS, na sua tese de doutoramento.

A definição de normas de aplicação imediata deixada pelo Prof. MARQUES DOS SANTOS foi a seguinte: *(a) são normas materiais (b) espacialmente autolimitadas (c) dotadas de particular intensidade valorativa*⁹⁰. Seguindo de perto esta definição, dir-se-á, muito sinteticamente⁹¹, o que se segue.

37. As *normas* em apreço são, em primeiro lugar, *normas materiais*, vale dizer, nas palavras do Prof. BAPTISTA MACHADO, regras que «directamente regulam os factos a que se referem, segundo juízos de valor materiais»⁹². Não são *nunca*, portanto, normas de conflitos, remissivas; são antes regras de Direito substantivo que, directamente, criam ou impõem situações jurídicas activas ou passivas.

Neste ponto está de acordo toda a doutrina portuguesa⁹³.

⁸⁵ No mesmo sentido, em resultado, v. A. DA COSTA OLIVEIRA, Anotação..., p. 55.

⁸⁶ Cfr. *supra* n.º 7.

⁸⁷ Foi adoptada, de resto, a terminologia usada em outra legislação nacional recente. Na doutrina portuguesa são usadas outras expressões, como por exemplo, *normas de aplicação imediata ou necessária* (FERRER CORREIA, BAPTISTA MACHADO, MOURA RAMOS, MARQUES DOS SANTOS), *normas de aplicação necessária e imediata* (MOURA RAMOS), *normas susceptíveis de aplicação necessária* (L. DE LIMA PINHEIRO) ou *normas internacionalmente imperativas* (D. MOURA VICENTE). Na França, usam-se principalmente as expressões *lois de police*, *règles d'application immédiate* ou *lois d'application nécessaire*. Em língua inglesa, é frequente falar-se em *peremptory norms* ou em *internationally mandatory rules*. Na Alemanha fala-se de *Eingriffsnormen* e na Itália de *norme di applicazione necessaria*.

⁸⁸ V. MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, 3.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 113 e 115, e MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, pp. 1, 7, 697, 734 e 766.

⁸⁹ *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, p. 13.

⁹⁰ *As normas...*, vol. II, *passim*.

⁹¹ Pode ver-se uma exposição mais desenvolvida das linhas seguintes, com citação de bibliografia adicional, em N. ANDRADE PISSARRA, «Normas de aplicação imediata e Direito Comunitário», em N. ANDRADE PISSARRA e S. CHABERT, *Normas de Aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 9 ss.

⁹² *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis (Limites das Leis e Conflitos das Leis)*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998, p. 269.

⁹³ V. MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, pp. 834 a 837, e as referências feitas em N. ANDRADE PISSARRA, «Normas de aplicação imediata...», p. 24.

38. Em segundo lugar, as normas de aplicação imediata são *normas espacialmente autolimitadas*, porque delimitam o seu campo de aplicação no espaço de forma autónoma relativamente ao Direito de conflitos geral⁹⁴. São normas providas de uma *conexão espacial especial*, própria, que determina a sua aplicação a situações a que não seriam aplicáveis por virtude do Direito de conflitos comum do sistema jurídico a que pertencem (por isso se dizem de aplicação *imediate*). Como dizia o Prof. FERRER CORREIA, são normas dotadas de uma «vontade de aplicação geral»⁹⁵ que as leva a aplicarem-se por simplesmente *quererem*, de harmonia com os seus desígnios próprios, ser aplicadas, ainda que não esteja presente a conexão geral utilizada pelo Direito de conflitos. Ou, nas palavras do Prof. MOURA RAMOS, são regras dotadas «de um domínio de aplicação que não lhes seria fixado *ab extrinseco*, por regras de conflitos, antes resultando directamente de si próprias»⁹⁶. «Leur mise en oeuvre — afirmava PH. FRANCESKAKIS⁹⁷ — écarte de la sorte toute intervention d'une règle de conflit».

Em suma, as normas de aplicação imediata são regras cujo âmbito de aplicação no espaço é estendido ou alargado⁹⁸, mediante uma *regra de extensão*⁹⁹ que as projecta para além da esfera de aplicação espacial definida pelas regras de conflitos comuns.

Mas como delimitam as normas de aplicação imediata esse especial domínio de aplicação no espaço? Resposta: fazem-no através de *normas de conflitos unilaterais especiais ad hoc*.

Trata-se, por um lado, de regras de conflitos *unilaterais*, cuja função única é pois a de delimitar os termos da aplicação no espaço da lei do foro e que, por isso mesmo, remetem exclusivamente para a *lex fori*. Trata-se, por outro lado, de regras de conflitos *especiais ad hoc*¹⁰⁰, isto é, de regras de conflitos que valem unicamente para a norma material (de aplicação imediata) a que se reportam ou para um grupo individualizado de normas materiais, porque concebidas em função delas e para elas. Fala-se justamente, a este propósito, em *regras de acompanhamento*¹⁰¹ ou em *conexões específicas*¹⁰².

Não deve confundir-se a norma de conflitos unilateral especial *ad hoc*, que delimita os termos da aplicação no espaço da regra de aplicação imediata, com a regra de aplicação imediata em si mesma. Aquela é *norma de conflitos*, esta é *norma material*. Ambas andam incindivelmente acopladas e, no todo, formam um modo próprio de resolução do problema do Direito competente¹⁰³, porque não há nor-

⁹⁴ V., na doutrina portuguesa, FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 161, *in fine*, e «Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado», em *Estudos vários de Direito*, 2.^a tiragem, Coimbra, 1982, p. 395, BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 277, e MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, pp. 886 ss., e *Direito Internacional Privado. Introdução*, I vol., Lisboa, AAFDL, 2001, p. 264. Cfr. porém L. DE LIMA PINHEIRO, que sustenta actualmente que as normas de aplicação imediata não são uma modalidade de normas autolimitadas, «mas um modo de actuação de certas normas “autolimitadas”» (*Direito Internacional Privado*, vol. I, p. 246).

⁹⁵ *Lições...*, p. 409.

⁹⁶ *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 119.

⁹⁷ *La théorie...*, p. 13.

⁹⁸ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 279.

⁹⁹ Cfr. FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 162, e MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, p. 890, «Les règles d'application immédiate dans le droit international privé portugais», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 134, e *Direito Internacional Privado. Introdução*, p. 270.

¹⁰⁰ Sobre as normas de conflitos unilaterais especiais *ad hoc*, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 242 e 243.

¹⁰¹ Cfr. MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, p. 890, e «Les règles...», p. 135.

¹⁰² As normas de aplicação imediata, diz BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 279, «não querem ser aplicadas senão quando se verifiquem as [respectivas] conexões específicas». V. igualmente FERRER CORREIA, «Miaja de la Muela e a tendência “substancialista” em Direito Internacional Privado», em *Estudos vários de Direito*, 2.^a tiragem, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 270, nota 2, e 273, «O método conflitual em Direito Internacional Privado e as soluções alternativas», *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, 1-1, 1982, p. 19, «Direito Internacional Privado», em *Temas...*, p. 314, e *Lições...*, p. 161. No estrangeiro, aparece por vezes a referência a *rattachements spécifiques*, produto daquilo a que PH. FRANCESKAKIS chamou de «*délibération ad hoc*», em que estariam ponderados vários interesses, como o da organização estadual e o do tratamento igualitário da lei estrangeira e da lei do foro («Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la “Compagnie des Wagons-lits”», *Revue critique de droit international privé*, 1974, p. 275).

¹⁰³ Cfr. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, p. 324, MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, pp. 112 e ss., e «La protection de la partie contractuelle la plus faible...», pp. 199, nota 9, 200 e 222, e MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, pp. 840, 963, 964 ss., especialmente, 975 a 977, 1033, 1050, 1061 e 1067 a 1069, e *Direito Internacional Privado. Introdução*, pp. 58, 285, 286 e 307. Contra, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, pp. 773 e 774, «Apontamento sobre as normas de aplicação necessária perante o Direito Internacional Privado português e o art. 21.º do

ma de aplicação imediata sem regra de conflitos especial delimitadora do seu campo de aplicação, nem a norma de conflitos existe senão em função da norma material a que se prende¹⁰⁴; mas não há confusão possível entre uma e outra.

Estas normas de conflitos unilaterais especiais *ad hoc* que assinalam às normas de aplicação imediata a sua esfera de aplicação espacial tanto podem ser *expressas* como *implícitas* e é possível que estejam incluídas na própria norma de aplicação imediata ou constar de preceito à parte, pertencente ao mesmo ou eventualmente a outro diploma legislativo. Quando devam ser implícitas, a sua descoberta há-de realizar-se por via interpretativa, em função dos fins e do objecto das normas materiais em causa. Como ensinava o Prof. MARQUES DOS SANTOS, o «âmbito de aplicação espacial autónomo — e específico — de cada norma de aplicação imediata explica-se pelo seu conteúdo e pelos seus fins, pelos objectivos por ela perseguidos e só por eles pode ser explicado»¹⁰⁵, havendo uma «ligação incidível entre o fim e o conteúdo das regras e o seu âmbito de aplicação no espaço»^{106, 107}.

Há muita divergência na doutrina sobre o *real significado* da autolimitação espacial das normas de aplicação imediata.

Em Portugal, o Prof. MARQUES DOS SANTOS sustentou sempre que a autolimitação implica que as normas em apreço se aplicam *apenas e quando* a regra de conflitos unilateral especial *ad hoc* respectiva impõe a sua aplicação, e não também quando fosse a ordem jurídica de que fizessem parte a competente por virtude do Direito de conflitos comum. «[...] [É] decididamente de rejeitar — escrevia o Professor de Lisboa — a distinção de certos autores entre o domínio de aplicação necessária e o domínio de aplicação possível das normas de aplicação imediata — que levaria a que tais regras tivessem um duplo *título de aplicação*, umas vezes como normas de aplicação necessária, dentro do seu domínio específico de aplicação no espaço, e outras vezes, como quaisquer regras materiais “normais”, *fora desse mesmo âmbito específico*, por força das regras de conflitos de leis —, pois tal doutrina não só tem conotações *lexforistas*, visando, neste ponto específico, maximizar o âmbito de aplicação da *lex materialis fori*, como ignora também deliberadamente a radical especificidade das regras de aplicação imediata, relativamente às quais — disse-o I. Magalhães Collaço em 1954, mas nunca é demais lembrá-lo — «[e]stamos fora (...) do plano dos conflitos de leis». Quanto a nós, este tenaz preconceito «conflitualista» [...] deve ser energeticamente repudiado, pelo que, ao contrário do que afirmam alguns juristas que continuam a admitir essa posição, pensamos que o campo de aplicação *máximo*, bem como *mínimo* (e não apenas este), das normas de aplicação imediata é sempre fixado, em completa e total autonomia, pela regra de extensão *ad hoc* — que é, neste caso, como se viu, uma verdadeira *regra de conflitos unilateral*, embora referida apenas a uma singular norma material, ou, quando muito, a um conjunto de regras substantivas inseridas num particular diploma legal, e não uma simples norma delimitadora com carácter material — e nunca,

Código Civil de Macau», *Revista da Ordem dos Advogados*, 60, 2000, pp. 24, 29, 30, 31-32 e 33-34, e *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 249 e 250, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pp. 642 ss.

¹⁰⁴ «A irredutibilidade entre uma [a regra de conflitos] e outras [as normas materiais a que aquela se refere] é total, mas é em função da existência e do teor da regra de conflitos especial — e só por isso — que as normas materiais podem — e devem — ser qualificadas como *normas de aplicação imediata*» (MARQUES DOS SANTOS, *As Normas...*, p. 830).

¹⁰⁵ *As Normas...*, p. 940, e *Direito Internacional Privado. Introdução*, p. 278.

¹⁰⁶ *Direito Internacional Privado. Introdução*, p. 278. No mesmo sentido, v. PH. FRANCESCAKIS, «Conflits de lois (principes généraux)», *Répertoire de droit international*, 1968, n.º 124, FERRER CORREIA, «Miaja de la Muela...», p. 270, nota 2, «Considerações sobre o método...», p. 395, e *Lições...*, p. 161, e BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 279. O Prof. FERRER CORREIA afirmava que «a aplicabilidade [das normas de aplicação imediata] pressupõe que entre o “caso” e a *lex fori* se verifique a conexão que [elas] próprias estabeleçam ou que se deduza do seu fim» («Miaja de la Muela...», p. 270, nota 2, «Considerações sobre o método...», p. 395, e «O método conflitual...», pp. 19 e 22); o Prof. BAPTISTA MACHADO referia-se à delimitação do âmbito de aplicação das normas em apreço «por força duma explícita disposição *ad hoc* ou da finalidade que visam» (*Âmbito...*, p. 279); e PH. FRANCESCAKIS sublinhava que o domínio de aplicação das mesmas normas «se détermine en conséquence eu égard essentiellement au but qu’elles poursuivent» («Conflits de lois...», n.º 124).

¹⁰⁷ Em sentido diferente, v., na doutrina portuguesa, L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, pp. 772 e 773, «Apontamento sobre as normas de aplicação necessária...», p. 27, e *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 247 e 248, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pp. 641 ss., para quem a interpretação da norma material e a análise do seu conteúdo e do seu fim não fornecem indicações suficientes sobre o respectivo âmbito de aplicação no espaço. De várias leis de DIP decorre, porém, a essencialidade da *natureza* e do *conteúdo* (art. 7.º, n.º 1, da Convenção de Roma), do *but* (art. 19 da Lei Federal sobre o DIP suíça), do *oggetto* e do *scopo* (art. 17 da Lei italiana de DIP, de 31 de Maio de 1995) ou do *objecto* e *fin específicos* (art. 21.º do Código Civil de Macau) da norma para apurar os termos da sua aplicação espacial.

em caso algum, pela norma de conflitos bilateral (ou unilateral bilateralizada) do sistema geral de DIP da ordem jurídica a que pertencem as normas materiais»¹⁰⁸.

Em sentido diferente se pronuncia o Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, para quem «as normas “autolimitadas”» das categorias mais importantes (tipos I e II) podem nuns casos ser aplicadas como elementos da ordem jurídica competente segundo o Direito de Conflitos geral e noutros casos como normas de aplicação necessária»¹⁰⁹.

39. Em terceiro lugar, as normas de aplicação imediata são *normas ao serviço de especiais interesses da comunidade estadual*¹¹⁰. Por isso que são sempre imperativas. Mas não é qualquer norma de Direito material, embora imperativa no Direito interno, que merece a qualificação de norma de aplicação imediata. *Necessário é ainda que nela se descortine a prossecução de um interesse fundamental do Estado.*

PH. FRANCESCAKIS acentuou o elemento da *organisation étatique*: as normas de aplicação imediata seriam as leis «dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays»¹¹¹. O Prof. MARQUES DOS SANTOS, censurando o «carácter demasiado restritivo» da construção de PH. FRANCESCAKIS¹¹², defendeu, numa fórmula já bem reconhecida, que as normas em apreço traduzem, espelham, reflectem um «*interesse público* —quicá momentâneo, circunstancial ou até accidental, em todo o caso susceptível de se apagar e que nem sempre é vital—, ou, *rectius*, um *interesse do Estado*, na conformação, na modelação, na orientação segundo um determinado fim —ou uma certa perspectiva— da actividade jurídico-privada dos sujeitos de direito»¹¹³.

Alguma doutrina portuguesa recusa-se a ver na defesa de interesses estaduais uma característica das normas de aplicação imediata — devido à vastidão e indefinição desses interesses¹¹⁴ e à presença nelas de interesses que, segundo a mesma doutrina, seriam de outra natureza¹¹⁵. Foi, no entanto, a definição de PH. FRANCESCAKIS que, depois de adoptada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão Arblade¹¹⁶, veio a ser incluída no art. 9.º, n.º 1, do Regulamento Roma I¹¹⁷, cuja redacção é a seguinte: «[as] normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto

¹⁰⁸ *As normas...*, pp. 895 a 897.

¹⁰⁹ Razão por que seria «mais rigoroso dizer que uma norma *actua como norma de aplicação necessária* ou que é *susceptível de aplicação necessária* do que dizer que uma norma é de aplicação necessária» (*Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 245 e 246).

¹¹⁰ Cfr. N. ANDRADE PISSARRA, «Normas de aplicação imediata...», pp. 34 ss.

¹¹¹ «Conflits de lois...», n.º 137.

¹¹² *As Normas...*, pp. 927, 928 e 934.

¹¹³ *As Normas...*, p. 934, e *Direito Internacional Privado. Introdução*, p. 277. Esta fórmula foi depois acolhida por FERNÁNDEZ ROZAS e SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 315, e *Derecho Internacional Privado*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 168. O Prof. MOURA RAMOS adopta também a fórmula de PH. FRANCESCAKIS («Da lei aplicável ao contrato de trabalho...», p. 667) e refere-se ainda à *penetração de valores de natureza pública no DIP*, à natureza de *traves mestras da organização estadual*, às *exigências da colectividade*, à *segurança e estabilidade sociais*, enfim, à conservação daqueles valores que, na óptica do legislador interno, *devem presidir ao desenvolvimento da vida de relação* (v. *Direito Internacional Privado e Constituição...*, pp. 113, 119, 121, nota 168, e 122, «Droit international privé vers la fin du vingtième siècle : avancement ou recul ?», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 174 e 184, e «L'ordre public international en droit portugais», em *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 251 e 252).

¹¹⁴ Neste sentido, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento...*, p. 772, e *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 246 e 247, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pp. 641 e 642 («[eis] por que não se nos afigura possível determinar as normas em apreço com base no critério da prossecução pelas mesmas dos fins do Estado: estes há-os tantos e tão diversos quantas as ideologias que o inspiram»).

¹¹⁵ *V.g.*, a protecção do contraente mais fraco, como os consumidores e os trabalhadores (v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 246 e 247, e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, p. 642).

¹¹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1999, procs. C-369/96 e C-376/96, *Processos penais c. Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL e c. Bernard Leloup e o.*, *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância*, 11, 1999, pp. I-8453 ss., considerando 30.

¹¹⁷ Cfr. MOURA RAMOS, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos recentes», em *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 463, nota 91.

de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento». Pelo menos para efeitos da determinação do Direito aplicável aos contratos incluídos no âmbito de aplicação do Regulamento Roma I —o que não é pouco—, são normas de aplicação imediata as que prosseguirem interesses públicos, e interesses públicos são, *mas não são só*, os que se prendem com a salvaguarda da organização política, social ou económica do Estado.

40. O art. 9.º da LCS pretende transpor, para a ordem jurídica portuguesa, os arts. 7.º, n.º 2, da Segunda Directiva 88/357/CEE e 32.º, n.º 4, da Directiva «Vida» 2002/83/CE.

Todavia, refere-se tão-somente a *normas de aplicação imediata do foro*, isto é, vigentes no ordenamento jurídico português, ao passo que as disposições das Directivas abriam ainda caminho à possibilidade de os Estados-Membros atribuírem eficácia a normas de aplicação imediata de terceiros Estados.

A ausência de *norma de reconhecimento expressa* de regras de aplicação imediata de terceiros Estados em matéria de contrato de seguro (aos contratos abrangidos pela LCS não é aplicável o art. 7.º, n.º 1, da Convenção de Roma¹¹⁸, nem o art. 9.º, n.º 3, do Regulamento Roma I, nem outras normas de reconhecimento expressas vigentes no nosso ordenamento) não significa que não possam atribuir-se efeitos jurídicos a tais regras em Portugal. Na verdade, a doutrina portuguesa tem sustentado, embora por vias divergentes, a atribuição de eficácia interna a normas de aplicação imediata estrangeiras mesmo na impossibilidade de recorrer a norma de reconhecimento expressa¹¹⁹.

41. Pese embora a epígrafe do artigo 9.º, dele não faz parte qualquer norma de aplicação imediata.

Estas normas são, como se disse, normas materiais e o art. 9.º (salvo o n.º 4) não contém qualquer norma material. A sua função reside, antes, em estabelecer os critérios que permitem caracterizar, em razão da matéria e do âmbito de aplicação no espaço, as normas de aplicação imediata.

Quanto à *delimitação em razão da matéria*, rege o n.º 1, 1.ª parte. Dele decorrem três coisas. Primeira, que apenas disposições *materiais imperativas* são susceptíveis de qualificação como normas de aplicação imediata. Segunda, que apenas disposições *relativas ao contrato de seguro*, integrem ou não a LCS, são visadas pelo art. 9.º. Terceira, que normas de aplicação imediata são tão-somente as normas materiais imperativas vigentes em Portugal em matéria de contrato de seguro *que protegem interesses públicos*.

Referiu-se que há grande controvérsia sobre se constitui nota característica das normas de aplicação imediata a defesa de interesses públicos. Ora, é essa uma controvérsia carecida de sentido à face do n.º 1, 1.ª parte, do art. 9.º, visto que, em matéria de contrato de seguro, nele se caracterizam as normas de aplicação imediata, precisamente, em função de prosseguirem interesses públicos. O preceito tem ainda o mérito de especificar que constituem interesses públicos, *designadamente*, a protecção dos consumidores ou de terceiros.

Fica assim bem claro que, para ser merecedora de imediata aplicação, não basta à norma que seja *internamente imperativa*: é preciso que seja internamente imperativa e que proteja interesses públicos. Só nessa medida a norma material imperativa interna se tornará em norma de aplicação imediata, em norma *internacionalmente imperativa*, isto é, em *norma imperativa que, devido aos interesses essenciais que protege, deve ser observada mesmo em situações transnacionais*.

É precisamente porque só *certas* normas imperativas— e não todas —relativas ao contrato de seguro merecem alcançar a categoria de normas internacionalmente imperativas que se não deve cair no erro de ver nos preceitos referidos nos arts. 12.º e 13.º da LCS regras de aplicação imediata: tais precei-

¹¹⁸ A cuja aplicação em Portugal o legislador nacional fez, de resto, uma reserva (cfr. Aviso n.º 240/94, *Diário da República*, n.º 217, I Série-A, de 19 de Setembro de 1994, p. 5610).

¹¹⁹ V. MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, pp. 1042 ss., *Direito Internacional Privado. Introdução*, pp. 300 ss., «Direito aplicável aos contratos...», pp. 189 e 190, e «A Convenção de Roma...», pp. 249 ss., L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 278 ss., e D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pp. 660 ss. Sob certas condições, as próprias Directivas comunitárias podem servir de título que legitima o reconhecimento de normas de aplicação imediata de outros Estados-Membros (v. sobre o ponto N. ANDRADE PISSARRA, «Normas de aplicação imediata...», pp. 95 ss., 108 e 109).

tos são por certo imperativos, mas se constituem ou não regras *internacionalmente* imperativas depende de não haver dúvida quanto a prosseguirem interesses públicos.

42. No que tange à delimitação da *esfera de aplicação no espaço* das normas de aplicação imediata, rege o n.º 1, 2.ª parte, e o n.º 2 do art. 9.º.

Dissemos já que não se deve confundir a norma de aplicação imediata com a norma de conflitos unilateral especial *ad hoc* que lhe assinala o respectivo âmbito de aplicação espacial. Pois bem, os n.ºs 1, 2.ª parte, e 2 do preceito em apreço contêm a norma de conflitos que define os termos em que as normas materiais internas sobre contrato de seguro protectoras dos interesses referidos se aplicam no espaço. Trata-se de uma norma de conflitos *unilateral* — porque respeita exclusivamente à aplicação das normas materiais (de aplicação imediata) portuguesas — *especial* — porque só abrange no seu *conceito-quadro* as normas materiais sobre contrato de seguro — *ad hoc* — porque se reporta a um conjunto individualizado de regras materiais, quais sejam as que protegem interesses públicos no contrato de seguro. É norma de conflitos *expressa*, com isso se ganhando em certeza e previsibilidade.

Os *elementos de conexão* desta regra de conflitos são, segundo o n.º 2, o lugar do risco (seguros de danos) e o lugar da residência habitual ou do estabelecimento do tomador a que o contrato respeita (seguros de pessoas).

A *conexão* consiste no chamamento das normas portuguesas à regulação do contrato, na atribuição de competência às normas de aplicação imediata portuguesas (n.º 1, 2.ª parte).

Prescreve-se no n.º 1, 2.ª parte, que tais normas devem aplicar-se *imperativamente à situação contratual* (melhor seria dizer *contrato*), isto é, independentemente da lei competente segundo o Direito de conflitos comum (que pode, portanto, ser estrangeira) e ainda que tal Direito tenha sido o escolhido pelas partes.

O afastamento do Direito material normalmente competente (*rectius*, competente de harmonia com o sistema conflitual comum) traduz a consequência *natural* da actuação das regras de aplicação imediata. Com efeito, estas regras versam sobre interesses e questões tão importantes para a ordem jurídica portuguesa que não *podem consentir* na hipótese de ser aplicada à situação transnacional, por via do sistema conflitual geral, uma outra lei que não elas próprias. Não-de aplicar-se sempre com *precedência* e *prevalência* sobre as regras de conflitos comuns. Não são, portanto, chamadas *a posteriori*, para corrigirem a actuação das regras de conflitos gerais (como acontece com a ordem pública internacional); aplicam-se *a priori*, porque *ignoram*¹²⁰ os comandos do sistema conflitual geral. Nas palavras do Prof. MARQUES DOS SANTOS, as normas de aplicação imediata aparecem como «uma excepção, *a priori*, à aplicação das leis estranhas pela via das regras de conflitos, independentemente do conteúdo dessas leis, porque em tais domínios a ordem jurídica do foro não tolera a aplicação de um direito estrangeiro»¹²¹.

¹²⁰ V. VANDER ELST, «Ordre public international, lois de police et lois d'application immédiate», em *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelas, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 667, nota 24.

¹²¹ *As Normas...*, p. 956. No mesmo sentido do texto, v. ainda PH. FRANCESCakis, *La théorie...*, pp. 12 a 14, «Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *Revue critique de droit international privé*, 1966, pp. 3 e 11, e «Conflits de lois...», n.ºs 89 e 124, FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 409, T. GUEDI, «The Theory of the Lois de Police, a Functional Trend In Continental Private International Law – A Comparative Analysis With Modern American Theories», *The American Journal of Comparative Law*, 39-4, 1991, pp. 666-667 e 680, MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 122, e «Da lei aplicável ao contrato de trabalho...», pp. 663 ss., FERNÁNDEZ ROZAS e SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 315, e *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 2004, p. 123, H. BRITO, *A representação...*, pp. 705 e 709, P. COURBE, *Droit international privé*, Paris, Armand Colin, 2000, p. 134, D. GUTMANN, *Droit international privé*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 2000, pp. 41 e 87, e MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado. Introdução*, pp. 281 e 285. Segundo a doutrina que não aceita constituírem as normas de aplicação imediata um método autónomo de resolução do problema conflitual, a prevalência das normas de aplicação imediata sobre as regras de conflitos gerais resulta simplesmente do facto de a norma de conflitos *ad hoc* que as acompanha, enquanto norma de conflitos *especial*, prevalecer sobre o Direito de conflitos geral (v., por exemplo, L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 249-250). A essa doutrina respondia o Prof. MARQUES DOS SANTOS da seguinte maneira: «[a] nosso ver, não é tanto porque a norma de aplicação imediata é uma norma especial, ou excepcional, relativamente ao jogo das regras de conflitos gerais que ela tem precedência sobre elas, mas é, justamente ao invés, a sua prevalência sobre as regras de conexão que lhe dá o carácter de excepção ao sistema geral de normas de conflitos de leis no espaço: é porque a importância dos objectivos prosseguidos pelas normas de aplicação necessária é de tal modo capital para a ordem jurídica do foro —em que elas se inserem— que eles não podem deixar de ser perseguidos, mediante a mera alegação de que a norma de conflitos geral remete para uma lei estrangeira [...]» (*As Normas...*, pp. 955-956).

43. O n.º 3 visa transpor para o ordenamento jurídico nacional o art. 7.º, n.º 2, 3.º §, da Segunda Directiva 88/357/CEE, mas esquece que esta Directiva se não referia exclusivamente às normas de aplicação imediata do foro, como se faz na LCS.

Regula-se no n.º 3 o caso do contrato de seguro que cobre riscos plurilocalizados («sempre que o contrato de seguro cubra riscos situados em mais de um Estado»). Uma vez que o n.º 2 e o n.º 1, 2.ª parte, atribuem competência às normas de aplicação imediata portuguesas quando Portugal seja o Estado-Membro do risco ou do compromisso e que o n.º 3 começa por precisar que tem em vista as situações contempladas no «número anterior», tem de reconhecer-se que no n.º 3 do art. 9.º só se incluem os casos em que Portugal é um dos Estados da situação do risco.

Por força do preceito, em caso de plurilocalização do risco, o contrato de seguro divide-se em tantos contratos quantos os riscos plurilocalizados que cobre. Consequência: as normas de aplicação imediata portuguesas aplicam-se apenas à *parte* do contrato de seguro (que para todos os efeitos constitui um único contrato) que cobre riscos localizados em Portugal.

44. O n.º 4 proíbe que os contratos de seguro transnacionais «sujeitos a lei estrangeira» cubram os riscos referidos no art. 14.º. Quer dizer, apesar de o contrato ser transnacional e de ser competente para o regular um Direito estrangeiro, se cobrir os referidos riscos padece de nulidade («[não] é válido em Portugal [...]»).

O n.º 4 não é norma de conflitos, porque não se cinge a remeter para o art. 14.º, nem é concretização da cláusula geral de ordem pública internacional do art. 22.º do Código Civil, porque se não limita a decretar o afastamento da solução preconizada pela lei competente para as situações nele previstas. Parece-nos tratar-se, antes, de norma material especial de Direito Internacional Privado: aplica-se só a situações internacionais e determina directamente a nulidade do contrato que cubra os riscos referidos no art. 14.º¹²².

6. O art. 10.º da LCS

45. No art. 10.º da LCS, sob a epígrafe «Seguros obrigatórios», estatui-se o seguinte:

«Os contratos de seguro obrigatórios na ordem jurídica portuguesa regem-se pela lei portuguesa, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo anterior.»

Este artigo corresponde ao n.º 1 do anterior art. 193.º, n.º 1, do RGAS. Ambos pretendem transpor para a ordem jurídica portuguesa o art. 8.º da Segunda Directiva 88/357/CEE, cujo n.º 4, al. c), permite que os Estados-Membros adoptem regras de conflitos especiais ordenando a aplicação, ao contrato de seguro obrigatório, da lei do Estado que impõe a obrigação¹²³.

O preceito é difícil de interpretar.

46. O art. 10.º constitui norma de conflitos unilateral —porque apenas manda aplicar a lei portuguesa— e especial em relação aos arts. 6.º e 8.º da LCS — porque de previsão mais restrita.

Porque é especial, o art. 10.º prevalece sobre os arts. 6.º e 8.º. Por exemplo, ao contrato de seguro de danos celebrado, entre seguradora com sede em Portugal e tomador com estabelecimento na Espanha, para cobrir risco situado na Espanha e que deva ser obrigatoriamente segurado apenas em Portugal aplicar-se-á, não a lei espanhola (por força do art. 8.º, n.ºs 1 e 3), mas sim a lei portuguesa.

A lei portuguesa regulará, em princípio, a totalidade do contrato, mas se o risco estiver simultaneamente situado em Portugal e em outro ou outros Estados-Membros, o contrato há-de considerar-se dividido em tantos quantos os Estados onde se localiza o risco e a lei portuguesa impor-se-á somente à

¹²² Para o Prof. L. DE LIMA PINHEIRO, o art. 9.º, n.º 4, constitui «cláusula especial de ordem pública internacional que releva nos termos do art. 21.º do Regulamento» (*Direito Internacional Privado*, vol. I, p. 319).

¹²³ V. *supra* n.º 7.

parte do contrato que cobre riscos situados em Portugal. Parece ser este o sentido da parte final do preceito («sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo anterior»)¹²⁴.

Sendo o contrato de seguro obrigatório na ordem jurídica portuguesa, a escolha de lei não é permitida («[s]em prejuízo do disposto nos artigos seguintes», diz-se no art. 6.º, n.º 1¹²⁵).

47. Sendo o seguro obrigatório apenas na ordem jurídica estrangeira com que o contrato também está conectado, deve aplicar-se a lei estrangeira que impõe a obrigação de seguro, bilateralizando a norma de conflitos em apreço, ou antes as regras de conflitos dos arts. 6.º e 8.º? Por exemplo, ao contrato de seguro de danos obrigatório no ordenamento jurídico espanhol celebrado entre seguradora com sede em Portugal e tomador com estabelecimento na Espanha para cobrir risco situado em Portugal, será aplicada a lei portuguesa (cfr. art. 8.º, n.º 2) ou a lei espanhola enquanto lei que impõe a obrigação de seguro? Em prol da harmonia jurídica internacional, se o Direito espanhol também determinar a sua aplicação enquanto lei do Estado que impõe a contratação do seguro, é de aplicar a todo o contrato a lei espanhola, por força de uma regra de conflitos encontrada a partir da bilateralização da norma de conflitos (unilateral) sob anotação (o que implica a restrição da previsão do art. 8.º)¹²⁶. A regra de conflitos a adoptar ao abrigo do art. 8.º, n.º 4, al. c), da Segunda Directiva 88/357/CEE deveria ser, aliás, bilateral¹²⁷. E deve ter-se presente que, em caso de contradição entre a lei do lugar do risco e a lei que impõe a obrigação de seguro, a Directiva determina a aplicação desta (art. 8.º, n.º 3).

Quando mais do que um Estado conectado com a situação considera o seguro transnacional obrigatório e prescreve a aplicação da respectiva lei, há-de prevalecer a lei do Estado que, impondo a obrigação de segurar, fosse competente de acordo com os critérios fixados nas regras de conflitos do art. 8.º¹²⁸. Por exemplo, o contrato de seguro de danos, obrigatório nos ordenamentos jurídicos espanhol e português, celebrado entre seguradora com sede na Espanha e tomador com estabelecimento em Portugal para cobrir risco situado em Portugal há-de reger-se pela lei portuguesa (cfr. art. 8.º, n.º 2).

48. Mais adiante analisaremos a relação entre o art. 10.º da LCS e o art. 7.º, n.º 4, do Regulamento Roma I¹²⁹.

IV. Contratos abrangidos pelo Regulamento Roma I

1. Âmbito de aplicação do Regulamento Roma I

49. Dissemos que a LCS não regula os contratos de seguro e resseguro abrangidos pelo Regulamento Roma I, porquanto as normas de conflitos deste diploma prevalecem sobre as da LCS, em tanto quanto haja sobreposição.

É agora altura de precisar melhor quando e como se aplica este diploma comunitário.

É comum distinguir-se entre o âmbito de aplicação material, espacial e temporal do Regulamento.

¹²⁴ A LCS contradiz assim o disposto no art. 8.º, n.º 4, da Segunda Directiva 88/357/CEE (bem como no art. 7.º, n.º 4, do Regulamento Roma I), que reserva o *fraccionamento* do contrato para as hipóteses em que os Estados não optam por adoptar regra de conflitos a mandar aplicar a lei que considera o contrato de seguro obrigatório (na al. a) daquele n.º 4 ressalva-se justamente a hipótese prevista na al. c)). Fazendo esta interpretação, v. P. LAGARDE, Nota à Segunda Directiva do Conselho..., p. 148.

¹²⁵ Cfr. *supra* n.º 22.

¹²⁶ Sobre a operação de bilateralização em Direito de Conflitos, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, pp. 256 ss.

¹²⁷ Não obstante, não foi só Portugal que transpôs a Directiva através de uma regra de conflitos unilateral. Fizeram-no igualmente, por exemplo, a Espanha e a França (cfr. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», pp. 47 e 48, e P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», p. 769, nota 116).

¹²⁸ F. DE ALMEIDA PIRES, a propósito das disposições da Directiva, dizia que deveria prevalecer a lei do Estado, de entre os que impusessem a obrigação de segurar, em que se localizasse o risco ou, subsidiariamente, a lei da residência habitual ou administração central do tomador do seguro ou a lei do lugar do sinistro («Da lei aplicável ao contrato de seguro...», p. 311).

¹²⁹ *Infra* n.º 57.

O *âmbito material* vem definido nos arts. 1.º, 13.º e 18.º. Segundo o art. 1.º, n.º 1, o Regulamento aplica-se às obrigações contratuais em matéria civil e comercial. Não se aplica às obrigações contratuais em matéria fiscal, aduaneira e administrativa.

Obrigações contratuais são contratos¹³⁰. O contrato de seguro está, evidentemente, incluído no campo de aplicação material do Regulamento.

Todavia, há certos contratos, mesmo em matéria civil e comercial, que ficam dele excluídos — são os que vêm referidos no n.º 2 do art. 1.º. Em especial quanto ao contrato de seguro, cumpre destacar a exclusão da al. j): o Regulamento Roma I não se aplica aos contratos de seguro «decorrentes de actividades levadas a efeito por organismos que não as empresas referidas no artigo 2.º da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida cujo objectivo consista em fornecer prestações a assalariados ou a trabalhadores não assalariados que façam parte de uma empresa ou grupo de empresas, a um ramo comercial ou grupo comercial, em caso de morte ou sobrevivência, de cessação ou redução de actividades, em caso de doença profissional ou de acidente de trabalho»¹³¹.

Os demais contratos de seguro são regulados, quanto à determinação da lei aplicável, pelo Regulamento, independentemente de o risco estar situado dentro ou fora do território dos Estados-Membros.

O Regulamento determina ainda a lei aplicável à capacidade dos contratantes (art. 13.º)¹³² e aos meios de prova, ao ónus da prova e às presunções legais (art. 18.º).

Em suma, o Regulamento Roma I aplica-se à generalidade dos contratos de seguro e de resseguro.

50. No que toca ao *âmbito de aplicação espacial*, o Regulamento disciplina todos os contratos de seguro que impliquem um conflito de leis (art. 1.º). O critério usado para definir a transnacionalidade relevante dos contratos que são seu objecto é, pois, o que já constava do art. 1.º, n.º 1, da Convenção de Roma. É critério que pode ser concretizado nos termos acima enunciados^{133, 134}.

Nos termos do art. 2.º, o Regulamento tem aplicação universal. Ter aplicação universal significa não tanto que o Regulamento se aplica, nos termos do art. 2.º, mesmo quando a lei chamada não seja a de um Estado-Membro (por exemplo, as partes escolheram a lei brasileira ou é esta a lei competente ao abrigo do art. 4.º), mas sobretudo que ele se aplica *sempre* que, observados os respectivos requisitos de aplicação material e espacial, a questão em causa tenha de ser apreciada no território de um Estado vinculado pelo Regulamento, independentemente de qualquer conexão com esse território.

¹³⁰ Certa doutrina recente, minoritária, tem defendido que o Regulamento também se aplica a negócios jurídicos unilaterais. Cfr. L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», pp. 406 a 408, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 258 ss.

¹³¹ A partir de 1 de Novembro de 2012, a remissão para a Directiva «Vida» 2002/83/CE deve ter-se como dirigida à Directiva 2009/138/CE (cfr. *supra* nota 7).

¹³² Quanto às pessoas colectivas, o art. 13.º aplica-se analogicamente. Neste sentido, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 151 ss.

¹³³ *Supra* n.º 21. As situações que implicam um conflito de leis, escreviam os Profs. M. GIULIANO e P. LAGARDE a propósito da Convenção de Roma, são as que «comportam um ou mais elementos de estraneidade em relação à vida social interna de um país (por exemplo, o facto de uma parte ou todas as partes do contrato serem nacionais estrangeiros ou pessoas domiciliadas no estrangeiro; o facto de o contrato ser concluído no estrangeiro, o facto de uma ou várias das prestações das partes serem a executar num país estrangeiro, etc.), dando aos sistemas jurídicos de vários países vocação para se aplicarem» («Rapport...», anotação n.º 1 ao art. 1.º).

¹³⁴ É, porém, muito discutida a questão de saber se existe conflito de leis quando o contrato é puramente interno e as partes escolhem um Direito estrangeiro para o regular (v.g., contrato celebrado em Portugal entre tomador com residência habitual em Portugal e seguradora com sede em Portugal, para cobrir riscos situados no nosso País, submetido, pelas partes, à lei espanhola). Por certo que não é esse um contrato internacional (cfr. *supra* nota 63), mas será uma obrigação contratual que implica um conflito de leis (art. 1.º, n.º 1, do Regulamento Roma I)? A resposta tradicional é afirmativa (cfr. P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Revue critique de droit international privé*, 2, 1991, pp. 293-294), por isso que a situação vem contemplada no art. 3.º, n.º 3, do Regulamento (e no art. 3.º, n.º 3, da Convenção de Roma), embora a estipulação não possa aí ser aceite como conflitual (expressamente, v. H. BRITO, *A representação...*, p. 431). A doutrina minoritária responde negativamente, razão por que o art. 3.º, n.º 3, se há-de referir a outras situações (v. *infra* n.º 63). Sobre a distinção entre referência material e conflitual, v. *infra* n.º 58 e a bibliografia citada na nota 168.

Os Estados vinculados pelo Regulamento são todos os Estados-Membros menos a Dinamarca (cfr. art. 1.º, n.º 4, e considerando 46)¹³⁵. O Reino Unido, ao contrário do que inicialmente aconteceu (cfr. considerando 45), passou a estar vinculado pelo Regulamento com a Decisão da Comissão de 22 de Dezembro de 2008, relativa ao pedido apresentado pelo Reino Unido com vista a aceitar o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)¹³⁶.

Em suma, sendo a questão em causa apreciada em Portugal ou em outro Estado-Membro vinculado pelo Regulamento, este diploma aplica-se obrigatoriamente e as suas normas de conflitos prevalecem geralmente sobre as que vigoram no plano interno para as matérias por ele abrangidas. A lei competente à luz das regras de conflitos do Regulamento pode ser tanto a de um Estado-Membro como a de um Estado não membro.

51. Quanto ao âmbito de aplicação temporal, o Regulamento aplica-se aos contratos celebrados a partir de 17 de Dezembro de 2009 (art. 28.º).

Na versão inicial do Regulamento, o art. 28.º referia-se aos contratos celebrados após 17 de Dezembro de 2009. Isto era contraditório com o que previa o art. 29.º, 2.º §, segundo o qual o Regulamento era aplicável a partir de 17 de Dezembro de 2009. A contradição foi resolvida pela Rectificação ao Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)¹³⁷, que substituiu a palavra *após* contida na redacção originária do art. 28.º pela expressão *a partir de*.

O Regulamento não se aplica aos contratos celebrados antes de 17 de Dezembro de 2009 ainda que venham a ser renovados posteriormente: a aplicação ao período em que o contrato vigorou antes de 17 de Dezembro seria retroactiva e a aplicação às renovações posteriores a essa data poderia não só frustrar as expectativas das partes como também trazer incoerência à definição do estatuto contratual do mesmo contrato.

2. O art. 7.º do Regulamento Roma I

52. Apesar de aplicável à generalidade dos contratos de seguro e resseguro celebrados a partir de 17 de Dezembro de 2009¹³⁸, o Regulamento Roma I não determina a lei aplicável uniformemente. Com efeito, a regra de conflitos especial do art. 7.º não vale para todos os contratos.

Há que distinguir entre: *a)* contratos de seguro que cobrem grandes riscos; *b)* contratos de seguro que cobrem riscos (não grandes) situados no território dos Estados-Membros; *c)* contratos de seguro que cobrem riscos (não grandes) situados fora do território dos Estados-Membros; *d)* contratos de resseguro.

¹³⁵ Deve notar-se, todavia, que, de acordo com o art. 178.º da Directiva 2009/138/CE, «[os] Estados-Membros não sujeitos à aplicação do Regulamento (CE) n.º 593/2008 aplicam o disposto nesse regulamento para determinar a lei aplicável aos contratos de seguro abrangidos pelo artigo 7.º do mesmo regulamento».

¹³⁶ *Jornal Oficial da União Europeia*, L 10, de 15 de Janeiro de 2009, p. 22.

¹³⁷ *Jornal Oficial da União Europeia*, L 309, de 24 de Novembro de 2009, p. 87.

¹³⁸ Deve notar-se que certos aspectos conexos com o contrato de seguro são regulados, em matéria de determinação da lei competente, não pelo Regulamento Roma I, mas sim pelo Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II») (*Jornal Oficial da União Europeia*, L 199, de 31 de Julho de 2007, pp. 40 ss.), aplicável aos factos lesivos ocorridos a partir de 11 de Janeiro de 2009 (arts. 31.º e 32.º). Segundo o art. 18.º («Acção directa contra o segurador do responsável») do Regulamento Roma II, «[o] lesado pode demandar directamente o segurador do responsável pela reparação, se a lei aplicável à obrigação extracontratual ou a lei aplicável ao contrato de seguro assim o previr»; e segundo o art. 19.º («Sub-rogação»), «[se], por força de uma obrigação extracontratual, uma pessoa (“o credor”), tiver direitos relativamente a outra pessoa (“o devedor”), e um terceiro tiver a obrigação de satisfazer o direito do credor, ou tiver efectivamente satisfeito o credor em cumprimento dessa obrigação, a lei que rege esta obrigação do terceiro determina se e em que medida este pode exercer os direitos do credor contra o devedor, segundo a lei que rege as suas relações». Enfim, a lei reguladora da responsabilidade por *culpa in contrahendo* é definida, também no que toca aos contratos de seguro, pelo art. 12.º do Regulamento Roma II, embora esta regra de conflitos remeta para a «lei aplicável ao contrato ou que lhe seria aplicável se tivesse sido celebrado» (ou seja, remeta a solução, em princípio, para as regras de conflitos do Roma I).

O art. 7.º aplica-se apenas (e já não é pouco) aos contratos de seguro que cobrem grandes riscos, situados ou não num Estado-Membro, e aos contratos de seguro que cobrem riscos situados no território dos Estados-Membros (para efeitos do art. 7.º, também a Dinamarca é Estado-Membro — cfr. art. 1.º, n.º 4).¹³⁹

No que toca aos contratos de seguro que cobrem riscos situados fora do território dos Estados-Membros e aos contratos de resseguro (independentemente do lugar do risco), as regras de conflitos pertinentes são, pelo menos, as dos arts. 3.º e 4.º do Regulamento e não o art. 7.º.^{140, 141}

Começemos por analisar o art. 7.º.

53. O art. 7.º do Regulamento Roma I¹⁴² começa por determinar que as regras de conflitos de direito constantes apenas abrangem os contratos de seguro que cobrem grandes riscos¹⁴³ e os contratos de seguro que cobrem riscos situados no território dos Estados-Membros (n.º 1).

Quanto aos contratos de seguro que cobrem grandes riscos, o Direito competente é: a) o Direito livremente escolhido pelas partes contratantes nos termos do art. 3.º (art. 7.º, n.º 2, 1.º §)¹⁴⁴; b) não tendo havido escolha, o do país da residência habitual do segurador (art. 7.º, n.º 2, 2.º §, 1.ª parte), salvo se das circunstâncias do caso resultar *claramente* que o contrato apresenta conexão *manifestamente* mais estreita com outro país, caso em que o Direito competente será o deste último (cláusula de excepção)¹⁴⁵.

A residência habitual relevante para efeitos desta disposição vem definida no art. 19.º do Regulamento. O momento em que se concretiza o elemento de conexão é o da celebração do contrato (art. 19.º, n.º 3).

¹³⁹ H. HEISS, «Insurance Contracts in Rome I: Another Recent Failure of the European Legislature», *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, pp. 265 e 266, defende, com base na obrigação de não discriminação prevista no art. 4.º do Tratado que instituiu o Espaço Económico Europeu, a aplicação do art. 7.º, n.º 3, do Regulamento aos contratos de seguro que cubram riscos situados na Islândia, Noruega e Listenstaine.

¹⁴⁰ V. H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 265, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation: Much ado about nothing?», *The European Legal Forum*, 2, 2008, pp. 74-75, O. LANDO e P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», p. 1711, L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», p. 453, H. KENFACK, «Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?», *Journal du Droit International*, 1, 2009, p. 34, S. FRANCO, «Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *Journal du Droit International*, 1, 2009, p. 60, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 33, e L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 59. Criticando a opção pela exclusão destes contratos do âmbito de aplicação do art. 7.º, v. OLIVERA BOSKOVIC, «La protection de la partie faible...», p. 2177.

¹⁴¹ De harmonia com o considerando 33 do Regulamento, quando «um contrato de seguro que não cubra um grande risco cobrir mais do que um risco dos quais pelo menos um se situe num Estado-Membro e pelo menos um num país terceiro [por exemplo, um contrato de seguro que cubra riscos relativos a imóveis situados na França e no Brasil], as disposições especiais do presente regulamento relativas aos contratos de seguros [isto é, o art. 7.º] apenas se deverão aplicar ao risco ou aos riscos situados no Estado-Membro ou nos Estados-Membros relevantes». Quer dizer, aos riscos cobertos pelo contrato localizados num Estado-Membro aplica-se o art. 7.º e aos riscos localizados em Estados terceiros aplicam-se os arts. 3.º e 4.º do Regulamento. A disciplina jurídico-conflitual do contrato resulta, assim, fraccionada, embora esse fraccionamento possa não se repercutir na sua disciplina jurídico-material (por exemplo, as partes podem escolher a mesma lei ao abrigo dos arts. 7.º e 3.º ou, na falta de escolha, ser a mesma a lei competente por força do art. 4.º, n.º 2, e 7.º, n.º 3, 3.º §). Mas também pode suceder que a lei aplicável seja efectivamente diferente. Critica esta solução, com esse fundamento e por apenas se reportar aos contratos que cobrem mais do que um risco plurilocalizados e deixar de fora os casos de um só risco plurilocalizado (por exemplo, um seguro de vida de uma pessoa habitualmente residente na Inglaterra e em Nova Iorque), L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 54.

¹⁴² A introdução do art. 7.º no Regulamento Roma I —que não fora inicialmente proposta pela Comissão (v. Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), COM(2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005)— obedeceu ao intuito de reunir num só diploma as regras de conflitos da Segunda Directiva 88/357/CEE e da Directiva «Vida» 2002/83/CE, bem como à necessidade de proceder à sua simplificação (cfr., por exemplo, C. BRIÈRE, «Le droit international privé européen des contrats et la coordination des sources», *Journal du Droit International*, 3, 2009, p. 794). Não obstante, o art. 7.º continua ainda a ser uma regra de conflitos complexa.

¹⁴³ Os grandes riscos são, de acordo com o próprio art. 7.º, n.º 2, os que vêm definidos na al. d) do art. 5.º da Primeira Directiva 73/239/CEE. A partir de 1 de Novembro de 2012, a remissão para a al. d) do art. 5.º da Primeira Directiva 73/239/CEE deve ter-se como dirigida ao art. 13.º, n.º 27, da Directiva 2009/138/CE (cfr. *supra* nota 7).

¹⁴⁴ Sobre o art. 3.º, v. *infra* n.ºs 58 a 63.

¹⁴⁵ Evidentemente, esta cláusula de excepção não funciona quando as partes tenham escolhido o Direito competente.

Comparando a solução do art. 7.º, n.º 2, com a fornecida pelos arts. 3.º e 4.º do Regulamento conclui-se que são idênticas¹⁴⁶, na medida em que destes também resultaria a atribuição de competência à lei escolhida e, faltando a escolha, à lei do Estado da residência habitual do segurador enquanto contraente adstrito a efectuar a prestação característica do contrato (art. 4.º, n.º 2)¹⁴⁷. A razão de ser para a autonomização do art. 7.º, n.º 2, parece prender-se com o intuito de sujeitar os contratos relativos a grandes riscos às disposições do n.º 4 relativas ao seguro obrigatório¹⁴⁸.

54. No que toca aos *contratos de seguro que cobrem riscos situados no território dos Estados-Membros* vale o disposto no art. 7.º, n.ºs 3 e 4.¹⁴⁹

O lugar do risco é definido por remissão para o art. 2.º, al. d), da Segunda Directiva 88/357/CEE e o art. 1.º, n.º 1, al. g), da Directiva «Vida» 2002/83/CE (cfr. art. 7.º, n.º 6, do Regulamento)¹⁵⁰.

O art. 7.º, n.º 3, começa por estabelecer que as partes contratantes *podem escolher a lei competente*. Impõe-se outra vez o princípio da autonomia da vontade. A escolha, diz-se no prómio, deve ser feita nos termos do art. 3.º, isto é, pode ser expressa ou tácita, anterior ou contemporânea do momento da celebração do contrato ou posterior e total ou parcial¹⁵¹.

Mas o art. 7.º, n.º 3, visa proteger o tomador do seguro, conforme decorre do considerando 32 do Regulamento, e por isso não admite uma escolha ilimitada: a designação da lei pelas partes apenas pode incidir sobre as leis referidas nas als. a) a e).

Segundo a *al. a)*, as partes podem atribuir competência à lei do Estado-Membro em que se situa o risco. Como o momento relevante para aferir da localização do risco é o da celebração do contrato, a escolha dessa lei não resulta afectada em caso de mudança do lugar do risco e as partes não podem alterar a escolha para a lei do novo lugar do risco. Se a escolha for feita depois da celebração do contrato, às partes só é permitido conferir competência à lei do lugar do risco aquando da celebração. Se o contrato cobrir *um* risco situado em mais do que um Estado-Membro no momento da celebração, as partes *podem* escolher *qualquer* uma das leis desses Estados-Membros para reger *todo* o contrato (a «lei de qualquer dos Estados-Membros em que se situa o risco», diz-se na al. a))¹⁵².

Segundo a *al. b)*, as partes contratantes têm também o direito de designar a lei do país da residência habitual do tomador do seguro, que nos seguros não vida pode ou não ser um Estado-Membro¹⁵³. A residência habitual, já se sabe, vem definida no art. 19.º do Regulamento. Se a residência habitual mudar depois da celebração do contrato, essa mudança é irrelevante: mantém-se competente a lei da residência habitual no momento da celebração e as partes não podem alterar a escolha para a lei da nova residência habitual (art. 19.º, n.º 3). Se a escolha da lei for posterior à data da celebração do contrato,

¹⁴⁶ Sublinhando este ponto, v. O. LANDO e P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», p. 1711, nota 96, P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», p. 773, e C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 37.

¹⁴⁷ V. *infra* n.ºs 59 a 65.

¹⁴⁸ Neste sentido, v. H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 68, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation...», p. 75, e C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 37.

¹⁴⁹ O art. 7.º não resolve a questão da lei aplicável quando o contrato cobre, simultaneamente, grandes riscos e não grandes riscos situados no território da Comunidade.

¹⁵⁰ V. *supra* n.º 3. Como se sublinhou na nota 7, a partir de 1 de Novembro de 2012, a remissão para o art. 2.º, al. d), da Segunda Directiva 88/357/CEE e o art. 1.º, n.º 1, al. g), da Directiva «Vida» 2002/83/CE deve ter-se como dirigida ao art. 13.º, n.ºs 13 e 14, da Directiva 2009/138/CE.

¹⁵¹ E não pode incidir sobre Direito não estadual. A propósito dos *tipos* de escolha referidos no texto, v. *infra* n.ºs 59 a 61.

¹⁵² A regra de conflitos sobre o contrato de seguro proposta pelo MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW também não deixava dúvidas quanto ao direito das partes de estipularem a aplicação da lei de um dos Estados de localização do risco para regular todo o contrato (cfr. art. 5a, n.º 2, al. a), da proposta, cuja redacção era: «2. The parties to the contract of insurance may chose (a) the law of the country in which the risk or *part of it* is situated in accordance with the internal law of the forum» («Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 71, 2007, p. 277). Entende H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 269, que a utilidade da al. a) reside na possibilidade de escolher uma única lei em casos de plurilocalização do risco. Se o risco se situar em um único Estado, a lei aplicável será, mesmo na falta de escolha, a lei desse Estado, por virtude do art. 7.º, n.º 3, 3.º §.

¹⁵³ A relevância da al. b) é reduzida no contexto dos seguros (de vida ou não vida) cujo risco se considera situado no lugar da residência habitual do tomador — por força do art. 7.º, n.º 3, 3.º §, a lei objectivamente competente já é, nesses casos, a lei da residência habitual do tomador (v. H. HEISS, «Insurance Contracts...», pp. 269 e 270).

aquela só pode incidir sobre a lei da residência que o tomador tinha na altura da celebração do contrato. Tendo o tomador mais do que uma residência habitual no momento da celebração, as partes podem optar por qualquer uma delas.

De acordo com a *al. c)*, os contraentes podem igualmente atribuir competência, no caso de seguros de vida, à lei do Estado-Membro da nacionalidade do tomador do seguro. Esta regra equivale à do art. 32.º, n.º 2, da Directiva «Vida» 2002/83/CE. A nacionalidade relevante para efeitos desta alínea afigura-se ser a do momento da celebração do contrato, por analogia com as als. a) e b)¹⁵⁴. A mudança de nacionalidade depois do momento da celebração não é, pois, relevante, nem sobre a nova nacionalidade pode recair a escolha das partes. Se o tomador não tiver nacionalidade de um Estado-Membro, a alínea não tem aplicação. Tendo o tomador mais do que uma nacionalidade de um Estado-Membro no momento da celebração, as partes podem optar por qualquer uma delas.

A *al. d)* permite que os contraentes sujeitem o contrato à lei do Estado-Membro em que ocorre o sinistro, na condição de o contrato cobrir exclusivamente sinistros ocorridos fora do Estado do risco e naquele Estado-Membro. Esta regra equivale à que vinha prevista no art. 7.º, n.º 1, al. e), da Segunda Directiva 88/357/CEE. Se o Estado do sinistro não for membro da União Europeia, às partes não assiste o direito de designarem a respectiva lei¹⁵⁵.

Segundo a *al. e)*, quando o contrato cobre dois ou mais *riscos* relativos à actividade comercial, industrial ou liberal do tomador do seguro e situados em diferentes Estados-Membros, as partes contratantes podem ainda optar, para regular *todo* o contrato, por uma das leis dos Estados-Membros dos riscos ou pela lei do país (mesmo que não seja Estado-Membro) em que o tomador tiver a sua residência habitual. Esta regra equivale à consagrada no art. 7.º, n.º 1, al. c), da Directiva 88/357/CEE. O momento relevante para a determinação da localização dos riscos e do lugar da residência habitual é também o da celebração do contrato.

55. Em princípio, a referência feita pelas normas de conflitos do Regulamento Roma I é material, no sentido de que vai directamente apontada às normas *materiais* da ordem jurídica designada. Escolhida a lei espanhola, por exemplo, enquanto lei do Estado-Membro da localização do risco no momento da celebração do contrato, o Direito aplicável é, directamente, o Direito material espanhol, desconsiderando-se o respectivo Direito de conflitos. Esta regra, de exclusão do reenvio, vem consagrada no art. 20.º do Regulamento.

Todavia, este mesmo art. 20.º exclui o reenvio «salvo disposição em contrário no presente regulamento». Tem-se entendido que o *art. 7.º, n.º 3, 2.º §*, constitui, precisamente, uma hipótese de admissão do reenvio (ou de algo muito próximo do reenvio) no seio do Regulamento¹⁵⁶.

Sem prejuízo de melhor reflexão, não parece ser de seguir este entendimento. Das duas uma: ou os contraentes, quando celebram o contrato, antes ou depois, escolhem como lei competente uma das referidas nas als. a), b) ou e) do n.º 3 do art. 7.º, ou escolhem outras leis. Se escolherem uma daquelas, então é essa a lei competente por força das ditas alíneas e nenhuma outra há que aplicar. Se escolherem como competente uma lei diferente das previstas nas mesmas alíneas, então não cabe aplicá-las sequer e, conseqüentemente, aceitar a remissão para o Direito que referem. Com efeito, tal Direito, material ou conflitual, não pode ser atendido por força de uma qualquer remissão operada pelas regras do art. 7.º, n.º 3, als. a), b) ou e), porque tal remissão não existe. Se a escolha da lei designada for admissível ao abrigo do Direito de conflitos dos Estados-Membros a que se referem essas alíneas, então a lei escolhida será competente, não por força de um reenvio aceite pelo Regulamento, mas sim por virtude da «comunitarização» desse Direito de conflitos pelo art. 7.º, n.º 3, 2.º §.

Vale isto por dizer que as partes contratantes podem escolher, não só as leis previstas nas als. a), b) e e) do n.º 3, como também outras leis, desde que o Direito de conflitos dos *Estados-Membros* de

¹⁵⁴ Neste sentido, v. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 41.

¹⁵⁵ V. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *ibidem*, e, criticamente, H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 270.

¹⁵⁶ Neste sentido, v. OLIVERA BOSKOVIC, «La protection de la partie faible...», p. 2177, S. FRANCO, «Le règlement “Rome I”...», *Journal du Droit International*, p. 61, P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», p. 775, e C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», pp. 42 e 43.

localização do risco ou da residência habitual do tomador o permita (não releva o Direito de conflitos do Estado-Membro da nacionalidade do tomador, nem o do lugar do sinistro, nem o do Estado da residência habitual do tomador se for um Estado não membro). O tribunal deverá, por conseguinte, consultar também esses Direitos conflituais para precisar os termos em que lhe é facultado admitir a designação efectuada pelas partes.¹⁵⁷

56. Em caso de *falta ou ineficácia* (v.g., porque não incide sobre uma das leis susceptíveis de escolha) *da escolha de lei*, o art. 7.º, n.º 3, 3.º §, do Regulamento manda aplicar a lei do Estado-Membro da situação do risco no momento da celebração do contrato. O lugar da situação do risco é determinado à luz do n.º 6 do mesmo artigo e a sua mudança posterior à celebração é, portanto, irrelevante.

Se o contrato de seguro cobrir riscos situados em mais do que um Estado-Membro no momento da celebração, estatui inilidivelmente¹⁵⁸ o n.º 5 do art. 7.º que «o contrato é considerado como constituindo vários contratos relativos, cada um deles, a um só Estado-Membro». Por exemplo, se o contrato cobrir riscos situados em Portugal e em Espanha, considera-se dividido em dois, de maneira que ao risco situado em Portugal se aplica o Direito português e ao situado na Espanha o Direito espanhol.

Não prevê o art. 7.º, n.º 3, qualquer cláusula de excepção para a hipótese de falta de designação da lei competente e de não ser a lei do lugar do risco aquela com que se estabelece a conexão mais estreita; nem o preceito está formulado nos moldes de uma presunção ilidível¹⁵⁹. Isto quer dizer que se deve aplicar sempre a lei do lugar do risco, mesmo que do conjunto das circunstâncias do caso resulte claramente existir conexão manifestamente mais estreita com outro ordenamento jurídico¹⁶⁰. É solução criticável¹⁶¹, tanto mais que não era a consagrada no art. 7.º, n. 1, al. h), da Segunda Directiva 88/357/CEE.

57. O art. 7.º, n.º 4, contém disposições específicas para o contrato de seguro obrigatório que cubra grandes riscos ou riscos situados no território dos Estados-Membros (cfr. art. 7.º, n.º 1, do Regulamento).

Segundo se afirma no prómio, as als. a) e b) do n.º 4 constituem *regras adicionais* relativamente aos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º. Vale isto por dizer que o Direito aplicável aos contratos em apreço é, em princípio, o referido nas regras de conflitos especiais dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º. O n.º 4 traz um limite à competência atribuída a esse Direito.

As als. a) e b) do n.º 4 têm campos de aplicação diferentes.

A *al. b)* permite que os Estados-Membros afastem a sujeição do contrato de seguro obrigatório às regras de conflitos dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º («[em] derrogação dos n.ºs 2 e 3», diz-se logo no início da alínea) e o submetam, na totalidade¹⁶², à lei do Estado-Membro que impõe a obrigação de subscrever o seguro¹⁶³. Trata-se, pois, de regra equivalente à do art. 8.º, n.º 4, al. c), da Segunda Directiva 88/357/CEE.

Portugal fez uso dessa faculdade logo no RGAS (art. 193.º, n.º 1) e faz, actualmente, no art. 10.º da LCS, de maneira que a lei reguladora do contrato de seguro obrigatório não é, mesmo para os contratos abrangidos pelo art. 7.º do Regulamento, a designada nos termos dos respectivos n.ºs 2 e 3, mas sim a referida no artigo 10.º da LCS.

¹⁵⁷ Concede uma maior liberdade de escolha —para usar a expressão do art. 7.º, n.º 3, 2.º §—, por exemplo, o Direito português, nos arts. 6.º e 7.º da LCS. Sublinhando este ponto, v. L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», pp. 451 e 453, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 316. Com mais reticências, v. F. DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos de leis...*, p. 101. Fazendo uma apreciação muito crítica do preceito, v. H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 274.

¹⁵⁸ Como sublinha L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 61, não parece ser possível ilidir a regra e aplicar o Direito de um só dos Estados de localização do risco (por exemplo, o do lugar do principal risco). Criticando o preceito, por levar o princípio da proximidade longe de mais, v. H. GAUDEMET-TALLON, «Le principe de proximité dans le Règlement Rome I», *Revue hellénique de droit international*, 61, 2008, p. 195.

¹⁵⁹ Cfr. OLIVERA BOSKOVIC, «La protection de la partie faible...», p. 2177.

¹⁶⁰ Neste sentido, v. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», pp. 46 e 47. E não parece haver lugar para aplicar analogicamente os arts. 7.º, n.º 2, ou 4.º, n.º 3, do Regulamento (v. S. PERNER, «Das Internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I», *IPRax*, 3, 2009, p. 220).

¹⁶¹ V. H. GAUDEMET-TALLON, «Le principe de proximité...», p. 198.

¹⁶² Cfr. H. HEISS, «Insurance Contracts...», p. 279, e C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», pp. 48 e 50-51.

¹⁶³ Mesmo com prejuízo para a autonomia conflitual, que resulta inadmissível (cfr. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 49).

Mas o art. 10.º devia ser uma norma de conflitos bilateral, por isso que se há-de sustentar a sua bilateralização¹⁶⁴, de forma a também admitir a aplicação da lei estrangeira do Estado que impõe a obrigação de segurar¹⁶⁵.

A *al. a)* vale para os casos em que os Estados-Membros não optem pela atribuição de competência à lei do Estado que impõe a obrigação de segurar. Em tais casos, regem as normas de conflitos dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º e o Direito competente será o escolhido ou o definido no n.º 2, 2.º §, ou no n.º 3, 3.º §. Todavia, o tribunal deve comparar as disposições pertencentes ao Direito aplicável com as do Estado que impõe a obrigação de subscrever o seguro (n.º 4, *al. a)*, 1.ª parte) e, havendo contradição em algum aspecto concreto que ponha em causa os interesses subjacentes à determinação da obrigatoriedade do seguro, dar prevalência a estas últimas nesse ponto (*al. a)*, 2.ª parte)^{166, 167}.

3. Os arts. 3.º, 4.º e 6.º do Regulamento Roma I

58. Cabe agora analisar brevemente as regras dos *arts. 3.º e 4.º do Regulamento*, aplicáveis ao contrato de seguro relativo a riscos situados fora do território dos Estados-Membros e ao contrato de resseguro (cfr. art. 7.º, n.º 1, *a contrario*).

A regra geral em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais, de consagração praticamente universal, é a da autonomia da vontade. É regra que predomina no Regulamento Roma I, constituindo a conexão principal para a generalidade dos contratos.

As partes do contrato de seguro não abrangido pelo art. 7.º têm então o direito de escolher a lei aplicável de harmonia com o art. 3.º. Escolhida a lei, a referência que a ela vai dirigida é conflitual¹⁶⁸, isto é, são as suas normas, imperativas e supletivas, que passam a compor o estatuto contratual. Estando o caso a ser resolvido em Portugal, por exemplo, e escolhida uma lei estrangeira, não há por que respeitar as normas imperativas da lei portuguesa ou da lei que fosse aplicável na falta de escolha. As normas imperativas que as partes deverão observar passam a ser tão-somente as que integram a lei competente. De leis que não a escolhida, só as normas internacionalmente imperativas podem relevar.

59. A escolha pode ser *expressa ou tácita* (art. 3.º, n.º 1, 2.ª parte). Não pode é ser hipotética¹⁶⁹.

A escolha é expressa quando as partes declaradamente se manifestam de acordo quanto à lei aplicável. Geralmente, a escolha expressa da lei aplicável, quando escrita, aparece incluída nas cláusulas finais dos contratos. Pode ser muito breve: *v.g.*, o presente contrato rege-se pela lei X; ao presente contrato aplica-se o Direito do Estado X.

¹⁶⁴ V. *supra* n.º 47.

¹⁶⁵ Em caso de conflito de duas ou mais leis que impõem a obrigação de subscrever o seguro, prevalece a lei competente ao abrigo dos critérios subsidiários dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º.

¹⁶⁶ O art. 7.º, n.º 4, *al. a)*, 2.ª parte, refere-se apenas à contradição com a lei do Estado-Membro onde o risco se situa, mas há-de considerar-se por ele abrangida a contradição com uma das outras leis designadas ao abrigo dos n.ºs 2 e 3. Neste sentido, v. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro...», p. 50. P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», pp. 768 e 769, cingem-se a uma interpretação literal do preceito, que por isso criticam.

¹⁶⁷ Embora criticando a *vaga e insatisfatória* formulação do art. 7.º, n.º 4, *al. a)*, 2.ª parte, P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», p. 769, admitem que se tem aí em vista qualquer contradição entre a lei do lugar do risco e a lei do seguro obrigatório e nele se faz prevalecer esta «qualquer que seja o nível de protecção que decorre [da sua] aplicação prioritária».

¹⁶⁸ E não meramente material. Sobre a distinção entre referência conflitual e referência material, que assenta no princípio da autonomia da vontade previsto no Direito material aplicável, v. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 266 e 267. Sobre a noção de referência material, v. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, pp. 42-43.

¹⁶⁹ Cfr. M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 3 ao art. 3.º (o art. 3.º não autoriza o juiz «a presumir uma escolha da lei pelas partes quando elas não tiveram clara intenção de a fazer»), FERRER CORREIA, «Algumas considerações acerca da Convenção de Roma...», p. 291, L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2.ª ed., p. 191, D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, p. 460, e CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1-2, 2009, p. 64. Hipotética é a escolha que as partes razoavelmente teriam feito acaso a questão da determinação da lei aplicável se lhes tivesse posto.

Diz-se tácita a escolha que, embora não feita expressamente, resulta de forma clara das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso. Na primeira hipótese, as partes não escolhem directa e expressamente a lei de um Estado como lei reguladora do contrato, mas das disposições do contrato, interpretadas sistematicamente, resulta que quiseram a aplicação de certa lei estadual. Por exemplo, um contrato de seguro obedece estritamente ao modelo aprovado por instituição reguladora da actividade seguradora de certo país ou respeita exclusivamente a riscos que são cobertos por seguros típicos em apenas um dos países com conexão. Na segunda hipótese, a vontade negocial não tem de resultar das disposições do contrato, sendo suficiente que decorra das circunstâncias ou factos que rodeiam a sua formação ou execução. Por exemplo, o contrato faz parte de um conjunto de contratos interligados, nos quais se escolhe a lei aplicável, ou o contrato é mera execução de outro para o qual foi escolhida a lei competente, ou o contrato foi sempre negociado à luz do quadro normativo fornecido por certa lei¹⁷⁰.

A escolha tácita pressupõe sempre que as partes *quiseram* efectivamente a aplicação da mesma lei ao contrato e que *manifestaram* essa vontade. Não chega que se tenham convencido de que, por qualquer razão, era essa a lei competente. É preciso que fosse da sua vontade a aplicação de uma mesma lei¹⁷¹. Assim como não basta que tenham querido a aplicação da mesma lei, se não manifestaram pela sua conduta a intenção de submeter o contrato a essa lei¹⁷². «A designação da lei aplicável ao contrato resultará de uma manifestação tácita da vontade comum das partes sempre que do comportamento destas puder deduzir-se a intenção de submeter o contrato a determinada legislação local»¹⁷³.

Exige-se que a escolha resulte de forma *clara* das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa¹⁷⁴. É clara a escolha cuja existência e alcance não deixa dúvidas. Se houver dúvidas, deve ter-se por não efectuada qualquer escolha.

É de acrescentar que, de harmonia com o art. 3.º, n.º 5, a existência e a validade do consentimento, bem como a sua forma e a capacidade para consentir na escolha da lei aplicável, se regulam ainda, respectivamente, pelas leis designadas nos arts. 10.º, 11.º e 13.º.

60. A escolha pode ser *total ou parcial*.

Nos termos do art. 3.º, n.º 1, 3.ª parte, do Regulamento, «as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato».

¹⁷⁰ Podem ver-se exemplos de *indícios* de escolha da lei aplicável em I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, pp. 156-157, M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 3 ao art. 3.º, L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», p. 421, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 274, e CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», pp. 64 ss. Em especial quanto ao contrato de seguro, v. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O contrato de seguro e a Convenção de Roma...», p. 167. Segundo o considerando 12 do Regulamento, a atribuição de jurisdição exclusiva aos tribunais de um Estado não significa, só por si, que o Direito aplicável deva ser o vigente nesse Estado, embora seja esse um elemento a «ter em conta para determinar se a escolha da lei resulta de forma clara». No quadro da Convenção de Roma, M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 3 ao art. 3.º, esclareciam já que «em certos casos ainda, a escolha do foro de um certo país pode revelar sem ambiguidade que as partes quiseram que o contrato fosse regulado pela lei do foro, na condição de que isso seja compatível com as outras disposições do contrato ou com o conjunto das circunstâncias da causa». Cfr., sobre esta questão, S. FRANCO, «Le règlement “Rome I”...», *Journal du Droit International*, p. 53, e CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», pp. 65 a 67. Não passou para a versão final do Regulamento a presunção, inicialmente estabelecida no art. 3.º, n.º 1, 2.º §, 2.ª parte, da Proposta de regulamento da Comissão (COM(2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005), de que a escolha do tribunal implicava a escolha da respectiva lei («[se] as partes tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir de quaisquer litígios que tenham surgido ou possam surgir relativamente ao contrato, presume-se que as partes escolheram igualmente a lei deste Estado-Membro»).

¹⁷¹ Como escreve o Prof. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 272, «não é suficiente uma representação concordante das partes sobre o Direito aplicável, porque sem vontade não há uma escolha».

¹⁷² V. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, p. 156, e *Direito Internacional Privado*, vol. III, p. 237.

¹⁷³ I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, pp. 155-156.

¹⁷⁴ Na Convenção de Roma é-se ainda mais exigente: tácita é a escolha que resulta de *modo inequívoco* das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Note-se porém que a versão portuguesa do Regulamento não corresponde exactamente às versões em outras línguas («[the] choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case»; «[le] choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause»; «[die] Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben»). Chamando a atenção para este ponto, v. L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», p. 421, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 274, e S. FRANCO, «Le règlement “Rome I”...», *Journal du Droit International*, p. 53.

A escolha é total quando abrange a totalidade dos aspectos contratuais do contrato e parcial quando abrange somente parte deles. Admite-se com isto o desmembramento ou fraccionamento (*dépeçage*) da disciplina jurídica do contrato.

A doutrina é unânime em recusar o *dépeçage subjectivo* do contrato, isto é, a convenção pela qual as partes declaram aplicável a uma delas uma lei e à outra uma outra lei¹⁷⁵.

O *dépeçage* a que se refere o preceito é, pois, o *dépeçage objectifo*. Neste domínio tem-se defendido que o fraccionamento é possível se respeitar a questões *separáveis* do contrato, sendo que separáveis são as questões que são pelo legislador tratadas separadamente¹⁷⁶ ou correspondem «à regulamentação de um interesse tipicamente protegido por lei»¹⁷⁷. Por exemplo, não há obstáculo de princípio a que se sujeite a questão da cessação do contrato de seguro a uma lei diferente da que se há-de aplicar ao resto do contrato, ou a que se escolha para reger a formação e celebração do contrato uma outra lei que não a aplicável à sua execução.

A escolha parcial só é então de admitir se a aplicação das *leis* reguladoras do contrato não conduzir a soluções incompatíveis, isto é, se o *dépeçage* for coerente¹⁷⁸. Há que comparar os Direitos materiais aplicáveis e verificar se a sua aplicação cumulativa não leva a resultados inconciliáveis. Sendo esse o caso, a escolha é ineficaz.

Nos casos em que a escolha é parcial, o resto do contrato rege-se pela lei também escolhida pelas partes para esse efeito ou, não havendo escolha, pela lei designada nos termos das regras de conflitos supletivas (v.g., art. 4.º).

É discutível se as partes podem escolher mais do que uma lei para regular o contrato ou se, pelo contrário, só podem escolher uma lei relativamente a uma questão parcelar, deixando a regulação dos demais aspectos do contrato à lei aplicável na falta de escolha. Por exemplo, poderão as partes escolher para regular várias questões separáveis do contrato as leis dos países A, B e C? Ou poderão simplesmente escolher, para certa questão parcelar, a lei do país A, aplicando-se supletivamente, quanto ao resto do contrato, a lei B? No art. 3.º, n.º 1, 2.ª parte, da Convenção de Roma diz-se que as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou *apenas a uma parte* do contrato. Certa doutrina interpretava esta passagem no sentido de que está vedada mais do que uma escolha parcial¹⁷⁹. Ora, no Regulamento Roma I não se fala de *uma parte* do contrato, mas da designação da lei aplicável *a parte* do contrato. Será esta alteração da redacção relevante? Não parece, porque não tem paralelo noutras versões do Regulamento. Pelo menos nas versões francesa, inglesa, alemã e italiana, a letra do art. 3.º, n.º 1, 3.ª parte, do Regulamento é igual à do preceito correspondente na Convenção. Mas a teleologia do princípio da autonomia da vontade obriga a considerar a escolha que for mais consentânea com os interesses das partes. A melhor forma de tutelar as suas expectativas é, com efeito, respeitando a sua vontade. Essencial é que o *dépeçage* seja coerente, que «o fraccionamento do contrato respeite a lógica jurídica dos conjuntos normativos e não rompa o equilíbrio contratual», que as partes do contrato sejam «autenticamente separáveis» e a sua sujeição a leis diferentes não implique «a perda de coerência ou do sentido lógico-jurídico que tenha o contrato»¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Já neste sentido, quanto ao contrato de compra e venda internacional e à luz do Direito Internacional Privado então vigente, v. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, p. 128. V. ainda *Direito Internacional Privado*, vol. III, pp. 228 e 229.

¹⁷⁶ Cfr. L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», p. 423, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 276.

¹⁷⁷ I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda...*, p. 130. V. igualmente, *Direito Internacional Privado*, vol. III, p. 229.

¹⁷⁸ «Em caso de *dépeçage*, escreviam M. GIULIANO e P. LAGARDE, a escolha deve ser coerente, isto é, respeitar aos elementos do contrato que podem ser regulados por leis diferentes sem dar lugar a resultados contraditórios. [...] Se as leis escolhidas não se podem combinar de uma maneira coerente, deve recorrer-se ao art. 4.º da Convenção» («Rapport...», anotação n.º 4 ao art. 3.º).

¹⁷⁹ Cfr. MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos...», p. 168, e «A Convenção de Roma...», pp. 231-232. Algumas versões estrangeiras do texto da Convenção de Roma seriam igualmente concludentes: «les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à *une partie seulement* de leur contrat»; «the parties can select the law applicable to the whole or *a part only* of the contract»; «le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a *una parte soltanto* di esso»; «die Parteien können die Rechtswahl für ihren ganzen Vertrag oder *nur für einen Teil* desselben treffen».

¹⁸⁰ CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», p. 76.

61. A escolha de lei pode ser *anterior, contemporânea ou posterior* à celebração do contrato.

A escolha posterior altera a lei aplicável ao contrato. Como expressamente resulta do art. 3.º, n.º 2, 1.ª parte, do Regulamento, esta lei tanto pode ser a lei anteriormente escolhida pelas partes como a lei que era supletivamente aplicável. Em qualquer caso, se as partes atribuírem eficácia retroactiva à escolha¹⁸¹, ficam ressalvados os direitos de terceiros e a validade formal do contrato (não vá a escolha de lei posterior tornar inválido formalmente o contrato válido ao abrigo da lei anterior).

A escolha posterior pode ser total ou parcial, nos termos referidos, e pode ser expressa ou tácita. Para ser tácita tem de decorrer de forma clara das circunstâncias do caso, nos termos do art. 3.º, n.º 1, 2.ª parte, *in fine*. Assim, as partes contratantes são livres de acordar expressamente, no decurso de acção a correr em tribunal português, na aplicação de lei diferente da que inicialmente regulava o contrato, lei que o juiz deverá observar. Mas a escolha posterior também pode ser tácita¹⁸². Se, por exemplo, o contrato se rege por lei estrangeira e, em tribunal, as partes contratantes fundarem os seus pedidos na lei portuguesa, sem fazerem referência à lei estrangeira competente, *é possível* que se forme acordo tácito quanto à aplicação do Direito português, em princípio com eficácia retroactiva.

Cumprido, no entanto, sublinhar dois aspectos: primeiro, como bem ensina o Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, só é admissível falar de escolha de lei no processo se da conduta processual das partes «se puder inferir uma vontade real das partes nesse sentido»¹⁸³. Segundo, se as partes agirem processualmente representadas por mandatário judicial, a admissibilidade de alteração da lei aplicável ao contrato depende da extensão dos poderes conferidos ao mandatário. Sendo o mandato regulado pelo Direito português, afigura-se que, nos poderes forenses conferidos, vai incluído o de alterar a lei inicialmente competente, mesmo que tivesse sido escolhida pelo patrocinado¹⁸⁴.

62. A escolha de lei só é válida se recair sobre a lei de um *Estado*. É entendimento unânime o de que as partes não podem escolher, para reger o contrato, um ordenamento jurídico não estadual (*v.g.*, a *lex mercatoria*, os Princípios de Direito Europeu dos Contratos, os Princípios do UNIDROIT sobre os contratos comerciais internacionais, etc.)¹⁸⁵. Todavia, diz-se no considerando 14 do Regulamento, as partes podem *incorporar* no contrato um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional.

¹⁸¹ Como sublinha o Prof. L. DE LIMA PINHEIRO, as partes são livres de determinar se a escolha posterior produz ou não efeitos *ex tunc* (*Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 275). Se nada disserem ou havendo dúvidas, deve presumir-se que lhe atribuíram eficácia retroactiva, de maneira a preservar a unidade do estatuto contratual (neste sentido, *v. CALVO CARAVACA*, «El Reglamento Roma I...», p. 84, que invoca a solução contida no art. 116, n.º 3, 2.ª parte, da Lei Federal sobre o Direito Internacional Privado suíça de 18 de Dezembro de 1987).

¹⁸² *V. CALVO CARAVACA*, «El Reglamento Roma I...», p. 83.

¹⁸³ «O novo regulamento comunitário...», p. 422, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 275.

¹⁸⁴ Defendendo que a facultade de o mandatário alterar o Direito competente está implícita no dever de defender os interesses do cliente, *v. CALVO CARAVACA*, «El Reglamento Roma I...», p. 83, nota 184.

¹⁸⁵ Já no âmbito do Regulamento Roma I, *v. A. BONOMI*, «The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations. Some General Remarks», *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, p. 170, *F. MARELLA*, «The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What has Changed?», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 19-1, 2008, p. 89, *R. WAGNER*, «Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung). Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung», *IPRax*, 5, 2008, pp. 379 e 380, *O. LANDO* e *P. NIELSEN*, «The Rome I Regulation», pp. 1694 ss., *P. LAGARDE* e *A. TENENBAUM*, «De la convention de Rome...», p. 736, *L. DE LIMA PINHEIRO*, «O novo regulamento comunitário...», pp. 418 e 419, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 270, *H. KENFACK*, «Le règlement (CE) n° 593/2008...», pp. 12 e 13, *S. FRANCO*, «Le règlement “Rome I”...», *Journal du Droit International*, p. 51, *CALVO CARAVACA*, «El Reglamento Roma I...», p. 69, *H. HEISS*, «Party Autonomy», em *F. FERRARI* e *S. LEIBLE* (coord.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munique, Sellier, 2009, p. 2, *S. SYMEONIDES*, «Party Autonomy in Rome I and II From a Comparative Perspective», em *BOELE-WOELKI*, *T. EINHORN*, *D. GIRSBERGER* e *S. SYMEONIDES* (coord.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurique, Schulthess, 2010, pp. 539 e 540, e *U. MAGNUS*, «Die Rom-I Verordnung», *IPRax*, 1, 2010, p. 33. A Comissão ainda propôs que as partes pudessem «igualmente escolher como lei aplicável os princípios e regras de direito material dos contratos, reconhecidos a nível internacional ou comunitário» (cfr. art. 3.º, n.º 2, da Proposta de regulamento da Comissão, COM(2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005), de maneira a, segundo se dizia na Exposição de Motivos, «autorizar, nomeadamente, a escolha dos princípios UNIDROIT, dos *Principles of European Contract Law* ou de um eventual futuro instrumento comunitário opcional, proibindo, ao mesmo tempo, a escolha da *lex mercatoria*, insuficientemente precisa, ou de codificações privadas não suficientemente reconhecidas pela comunidade internacional». Mas a proposta acabou por cair. Sobre este ponto, *v. o excelente estudo do Professor CALVO CARAVACA*, «El Reglamento Roma I...», pp. 69 ss.

Ou seja, os contratantes estão autorizados a fazer a esse corpo legislativo ou a essa convenção uma referência material — e então as normas visadas valem somente como cláusulas contratuais e devem respeitar as normas imperativas da lei estadual competente¹⁸⁶.

À semelhança do que sucede com a Convenção de Roma, a lei escolhida pode ser a de qualquer Estado (comunitário ou não), independentemente de qualquer conexão do contrato ou das partes com o respectivo ordenamento e da aferição da existência de interesse sério das partes na aplicação da correspondente lei¹⁸⁷. Por exemplo, é válida a escolha da lei brasileira para regular contrato de seguro celebrado entre comerciante português com residência habitual em Portugal e seguradora com sede na França cujo risco se situa na Argentina.

63. Os problemas levantados pelo art. 3.º, n.ºs 3 a 5, do Regulamento ultrapassam o escopo do presente texto.

Apenas se sublinha, dadas as dificuldades de interpretação que as disposições equivalentes da Convenção de Roma têm suscitado, que o n.º 3 se reporta, consoante as opiniões, ao caso de contrato interno com escolha de lei estrangeira (v.g., contrato de resseguro celebrado, em Portugal, por seguradora com sede em Portugal e tomador com residência habitual em Portugal para cobrir riscos situados em Portugal e em que é escolhida a lei espanhola)¹⁸⁸ ou de contrato estrangeiro com escolha da lei do foro ou de outra lei estrangeira (v.g., contrato de resseguro celebrado, na Espanha, por seguradora com sede na Espanha e tomador com residência habitual nesse país para cobrir riscos situados na Espanha e em que é escolhida a lei portuguesa)¹⁸⁹. Se algum dos elementos relevantes do contrato tiver conexão com mais de um Estado, já não se aplica o art. 3.º, n.º 3. O art. 3.º, n.º 4, por seu turno, aplicar-se-á às situações em que o contrato de resseguro é interno ou tem apenas contactos com ordenamentos jurídicos comunitários e é escolhida uma lei de um Estado não membro¹⁹⁰.

64. *Se não tiver sido escolhida a lei aplicável ao contrato de seguro não abrangido pelo art. 7.º ou a escolha for ineficaz*, o Direito material competente é o referido no art. 4.º do Regulamento Roma I. O art. 3.º e o art. 4.º do Regulamento formam, pois, uma conexão singular subsidiária.

O princípio geral subjacente ao art. 4.º é o da aplicação da lei do Estado com o qual o contrato apresenta uma conexão mais estreita. Neste particular —mas só nele—, não há diferença com o preceito correspondente da Convenção de Roma.

O art. 4.º do Regulamento articula-se da seguinte forma.

¹⁸⁶ V. U. MAGNUS, «Die Rom-I Verordnung», p. 33.

¹⁸⁷ Neste sentido, claramente dominante na doutrina, v., em Portugal, FERRER CORREIA, «Algumas considerações acerca da Convenção de Roma...», p. 363, MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos...», p. 167, e «A Convenção de Roma...», p. 234, e L. DE LIMA PINHEIRO, «Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet», p. 18, «Direito aplicável às operações bancárias internacionais», em *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 242-243, «O novo regulamento comunitário...», pp. 415-416, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 265. No estrangeiro, v. F. MARELLA, «The New (Rome I) European Regulation...», p. 89, CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», p. 79, H. HEISS, «Party Autonomy», p. 2, e S. SYMEONIDES, «Party Autonomy...», pp. 526 e 527. Em Portugal pronunciou-se contrariamente, a propósito do equivalente art. 3.º da Convenção de Roma, D. MOURA VICENTE, «Lei aplicável à responsabilidade pela utilização ilícita de obras disponíveis em redes digitais», em *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 163 e 164, e *Problemática internacional da sociedade da informação*, p. 232, para quem a escolha é válida unicamente se assentar em interesse sério que a justifique, «à luz da ideia de que todo o direito se encontra restringido, no seu exercício, pelo seu fim, função social ou fundamento axiológico».

¹⁸⁸ Esta é a opinião maioritária (v. M. GIULIANO e P. LAGARDE, «Rapport...», anotação n.º 8 ao art. 3.º, e, em Portugal, FERRER CORREIA, «Algumas considerações acerca da Convenção de Roma...», pp. 363 e 364, MOURA RAMOS, «Da lei aplicável ao contrato de trabalho...», pp. 450 a 452, nota 140, e MARQUES DOS SANTOS, «A Convenção de Roma...», pp. 229 e 235).

¹⁸⁹ Esta opinião é minoritária. Em Portugal é seguida por F. DE ALMEIDA PIRES, «Da lei aplicável ao contrato de seguro», pp. 271 ss., e L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», pp. 417 e 418, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 268 ss.

¹⁹⁰ Sobre o novo n.º 4 do art. 3.º, v. A. BONOMI, «The Rome I Regulation...», pp. 172 e 173, H. HEISS, «Party Autonomy», pp. 4 e ss., e U. MAGNUS, «Die Rom-I Verordnung», pp. 33 e 34.

No n.º 1 determina-se qual a lei aplicável a certos tipos de contratos através de elementos de conexão de conteúdo determinado¹⁹¹. É outra, como se viu¹⁹², a solução da Convenção de Roma, que, depois de enunciado o princípio da aplicação da lei do Estado mais estreitamente conectado com a situação, se limita a estabelecer presunções ilidíveis, de ordem geral e especial, sobre a lei com que, em concreto, se verifica a conexão mais estreita. O n.º 1 do art. 4.º do Regulamento não prevê presunções, mas antes regras de conflitos rígidas, embora sujeitas ao prescrito no n.º 3.

No n.º 2 prevê-se uma regra subsidiária aplicável aos contratos não referidos no n.º 1 e aos contratos mistos, sempre que neles seja possível individualizar a prestação característica. Em tais hipóteses, a lei competente é a do país onde o contraente que deve efectuar essa prestação tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual¹⁹³. Note-se que se trata de elemento de conexão pessoal: não é competente a lei do país onde deva ser efectuada a prestação característica, mas sim a do país em que tem residência habitual o devedor dessa prestação.

O n.º 4 prescreve uma segunda regra de conflitos subsidiária (em relação ao n.º 1 e ao n.º 2). Vale para os contratos não contemplados no n.º 1 e nos quais é impossível individualizar uma prestação característica (por exemplo, o contrato de permuta). A lei aplicável é, em tais espécies, a lei do país com o qual o contrato tem uma conexão mais estreita.

Finalmente, no n.º 3 do art. 4.º adopta-se uma cláusula de excepção, cuja intervenção deve ser limitadíssima e que apenas vale, como é óbvio, para as situações previstas nos n.ºs 1 e 2¹⁹⁴. Cabendo a situação no n.º 4, a lei reguladora do contrato é, logo à partida, a lei do Estado da conexão mais estreita.¹⁹⁵

65. Os contratos de seguro e de resseguro não estão abrangidos por nenhuma das alíneas do n.º 1 do art. 4.^o¹⁹⁶, mas neles consegue identificar-se o devedor que fornece a prestação característica. Esse devedor é o *segurador*¹⁹⁷.

Assim, a lei aplicável ao contrato de seguro não abrangido pelo art. 7.º ou ao contrato de resseguro é, na falta de escolha de lei, a lei da residência habitual do segurador no momento da celebração do contrato (art. 4.º, n.º 2)¹⁹⁸. Dado que, na maioria dos casos (ou em todos), os seguradores serão pessoas colectivas, a lei competente será então a da administração central da seguradora no momento da celebração. Por exemplo, num contrato de seguro celebrado na Espanha entre seguradora com sede em Portugal e um tomador com residência habitual na Espanha, cujo risco se situa no Brasil, a lei competente é a lei portuguesa.

Por força da cláusula de excepção prevista no n.º 3 do art. 4.º, o contrato de seguro ou de resseguro deve sujeitar-se a outra lei que não a da administração central da seguradora se resultar *claramente* do conjunto das circunstâncias que apresenta, com essa outra lei, conexão *manifestamente* mais estreita

¹⁹¹ Que não são todos concretização do critério tirado da prestação característica do contrato (v. A. BONOMI, «The Rome I Regulation...», p. 174, MIGUEL ASENSIO, «Applicable Law in the Absence of Choice to Contracts relating to Intellectual or Industrial Property Rights», *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, pp. 205 e 206, ZHENG TANG, «Law Applicable in the Absence of Choice – The New Article 4 of the Rome I Regulation», *The Modern Law Review*, 71-5, 2008, pp. 787 ss., FRANCO FERRARI, «Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art. 4 du règlement Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, 3, 2009, p. 476, e U. MAGNUS, «Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice», em FRANCO FERRARI e S. LEIBLE (coord.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munique, Sellier, 2009, pp. 33-34).

¹⁹² *Supra* n.º 17.

¹⁹³ Relembre-se que o conceito de residência habitual e o momento relevante para efeitos da sua concretização vêm definidos no art. 19.º do Regulamento. Sobre o n.º 2 do art. 4.º, v. O. LANDO e P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», pp. 1703 e 1704, e, criticamente, ZHENG TANG, «Law Applicable...», pp. 792 ss.

¹⁹⁴ Nos termos do considerando 20, 2.ª parte, do Regulamento, para encontrar o país com o qual o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita «deverá ser tido em conta, nomeadamente, se o contrato em questão está estreitamente ligado a outro contrato ou a uma série de contratos». Para uma crítica à imprecisão do considerando, v. H. KENFACK, «Le règlement (CE) n.º 593/2008...», p. 29, e ZHENG TANG, «Law Applicable...», pp. 798 ss.

¹⁹⁵ Sobre a interpretação do art. 4.º, n.º 3, v. ZHENG TANG, «Law Applicable...», pp. 797 ss.

¹⁹⁶ R. MERKIN, «The Rome I Regulation and reinsurance», p. 74, considera, no entanto, que a lei aplicável ao contrato de resseguro é a lei da residência habitual do ressegurador enquanto prestador de serviços, nos termos do art. 4.º, n.º 1, al. b).

¹⁹⁷ *V. supra* n.º 17 e nota 44.

¹⁹⁸ V. U. MAGNUS, «Die Rom-I Verordnung», p. 40.

(v.g., um contrato celebrado, no Brasil, entre seguradora com sede em Portugal e tomador brasileiro com residência habitual no Brasil, para cobrir riscos situados no Brasil, deve regular-se pela lei brasileira e não pela lei portuguesa).

66. A doutrina encontra-se já dividida sobre a *admissibilidade da aplicação do art. 6.º do Regulamento aos contratos de seguro*¹⁹⁹ não abrangidos pelo art. 7.º²⁰⁰.

No sentido de que é de admitir a aplicação do art. 6.º pronunciaram-se, por exemplo, HELMUT HEISS²⁰¹, GARCIMARTÍN ALFÉREZ²⁰², STÉPHANIE FRANCO²⁰³, PAUL LAGARDE e ALINE TENENBAUM²⁰⁴, CELIA CAMIÑA DOMÍNGUEZ²⁰⁵, LOUISE MERRETT²⁰⁶, STEFAN PERNER²⁰⁷ e ULRICH MAGNUS^{208, 209}. Com efeito, enquanto o art. 5.º da Convenção de Roma restringia a protecção do consumidor aos contratos que tivessem por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou serviços, o art. 6.º do Regulamento não faz qualquer restrição em função do objecto do contrato e aplica-se a grande parte dos contratos internacionais celebrados entre um comerciante ou profissional e um consumidor²¹⁰.

Em sentido inverso pronunciou-se o Prof. LUÍS DE LIMA PINHEIRO²¹¹, com fundamento no estatuído no considerando 32, *in fine*.

Parece-nos que é de aplicar o art. 6.º. O considerando 32 do Regulamento, ao dizer que o art. 6.º não se deve aplicar no contexto dos contratos de seguro, reporta-se simplesmente aos contratos de seguro incluídos na previsão do art. 7.º²¹². Com efeito, aquele considerando visa somente justificar a aprovação das «disposições específicas» contidas no art. 7.º (e no art. 5.º) e, como tal, auxiliar a sua interpretação com vista à determinação do regime aplicável aos contratos de seguro por ele abrangidos. Quanto aos restantes, não-de valer as outras regras do Regulamento. Por outro lado, a única razão para se não aplicar o art. 6.º aos contratos de seguro previstos no art. 7.º e para sobre aquele prevalecer este reside em que este último foi aprovado com o preciso e declarado objectivo de assegurar um nível adequado de protecção para os tomadores de seguro (cfr. considerando 32). Ora, sempre que não for viável tal protecção por via da aplicação do art. 7.º há-de admitir-se o regresso ao art. 6.º.

¹⁹⁹ Não se vê como pode o art. 6.º aplicar-se a contratos de resseguro, dada a definição de consumidor: pessoa singular que celebra contrato para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade comercial ou profissional (à face da Convenção de Roma, v. L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 56). De resto, é porque não merece protecção o tomador do resseguro que também o art. 7.º se não aplica aos contratos de resseguro (n.º 1, *in fine*).

²⁰⁰ Quanto aos contratos de seguro incluídos na previsão do art. 7.º não subsiste a menor dúvida de que se lhes não aplica o art. 6.º, ainda que sejam celebrados com consumidores (cfr. art. 6.º, n.º 1). V. OLIVERA BOSKOVIC, «La protection de la partie faible...», p. 2176, O. LANDO e P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», p. 1710, e L. MERRETT, «Choice of law in insurance contracts...», p. 58.

²⁰¹ «Insurance Contracts...», pp. 265, 279 e 280.

²⁰² «The Rome I Regulation...», pp. 74-75.

²⁰³ «Le règlement “Rome I”...», *Journal du Droit International*, p. 60.

²⁰⁴ «De la convention de Rome...», p. 776.

²⁰⁵ «Los contratos de seguro...», p. 33.

²⁰⁶ «Choice of law in insurance contracts...», p. 59.

²⁰⁷ «Das Internationale...», pp. 219 e 220.

²⁰⁸ «Die Rom-I Verordnung», pp. 39 e 40.

²⁰⁹ O Prof. P. LAGARDE («Remarques sur la proposition de règlement...», p. 340) e o MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW («Comments...», p. 279) admitiam também a aplicação aos contratos de seguro do art. 5.º, n.º 2, da Proposta de regulamento da Comissão (COM(2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005), cuja definição de contrato celebrado com consumidores equivalia à que consta do art. 6.º, n.º 1, do Regulamento.

²¹⁰ Sublinhando este ponto, v. OLIVERA BOSKOVIC, «La protection de la partie faible...», p. 2176, L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», pp. 437-438, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., pp. 289-290, e CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», p. 95, e, em face do art. 5.º da Proposta de regulamento da Comissão (COM(2005) 650 final, de 15 de Dezembro de 2005), P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement...», p. 340, e MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, «Comments...», pp. 269 e 271.

²¹¹ «O novo regulamento comunitário...», p. 453, e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª ed., p. 318.

²¹² Daí que a não aplicação do art. 6.º aos contratos de seguro abrangidos pelo art. 7.º apareça depois expressamente referida no início do próprio art. 6.º, n.º 1.

67. Tratando-se então de contrato de seguro celebrado com consumidor e estando reunidos os requisitos referidos no n.º 1 do art. 6.^º²¹³, das duas uma: ou as partes escolhem a lei aplicável ao contrato ou não.

Tendo havido escolha, que é perfeitamente admissível, a lei competente é a escolhida (art. 6.^º, n.º 2). Todavia, o juiz, oficiosamente, tem de comparar a solução fornecida pelas disposições dessa lei com a dada pelas da lei da residência habitual do tomador consumidor²¹⁴. Se a lei da residência habitual contiver normas (internamente) imperativas mais favoráveis ao consumidor, não-de aplicar-se essas normas e não as da lei escolhida, embora estas possam continuar-se a aplicar a outras concretas questões contratuais. É por isso que se diz que, nestes casos, a lei da residência habitual do consumidor fornece um padrão mínimo de protecção do consumidor²¹⁵.

Não havendo escolha, a lei chamada à regulação é a lei da residência habitual do consumidor e não a determinada nos termos do art. 4.^º (que seria, em princípio, a do Estado da administração central da seguradora) — art. 6.^º, n.º 1.

68. A definição do estatuto contratual dos contratos de seguro abrangidos pelo Regulamento Roma I obriga o intérprete a ter ainda presentes, designadamente, os arts. 9.^º, 10.^º, 11.^º, 12.^º, 13.^º, 20.^º, 21.^º e 22.^º, cujo teor põe problemas que se não compadecem com o âmbito do presente estudo.

²¹³ Quanto a estes requisitos, v., por exemplo, P. LAGARDE e A. TENENBAUM, «De la convention de Rome...», pp. 743 ss., L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo regulamento comunitário...», pp. 440 ss., e *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.^a ed., pp. 292 ss., e CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», pp. 98 ss. São também importantes os considerandos 24 e 25 do Regulamento.

²¹⁴ Quanto aos termos e âmbito da comparação, v. H. BRITO, *A representação...*, pp. 698 ss., L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.^a ed., pp. 294-295, e E. DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 245 ss.

²¹⁵ L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.^a ed., p. 295.

PACIENTES EN LA UNIÓN EUROPEA: LIBERTAD RESTRINGIDA Y VIGILADA

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 28.07.2011 / Aceptado: 05.08.2011

Resumen: El 9 de marzo de 2011 se aprobaba la Directiva sobre derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, finalizando así un proceso no exento de problemas y discusiones entre los Estados y las instituciones europeas. Los pacientes europeos ven ahora garantizado su derecho, en la línea de lo defendido por el Tribunal de Justicia desde hace años, a recibir tratamiento sanitario en otro Estado miembro, pero los Estados también se han blindado contra los riesgos financieros que una aceptación amplia de esta prerrogativa pudiera haberles supuesto. La Directiva aprobada también supone un avance considerable en otras cuestiones que facilitarán la prestación sanitaria de los ciudadanos cuando se desplacen a otros Estados de la UE.

Palabras clave: asistencia transfronteriza, libre circulación de pacientes, pacientes en la UE, turismo sanitario, Directiva 2001/24/UE.

Abstract: On March 9, 2011, the Directive about patient's rights on cross-border health care was approved, concluding a process not exempted of problems and discussions between the States and the European institutions. The European patients' right to receive health treatments in other Member State has been therefore recognized, as the European Court of Justice had defended for years, but the States have also armoured against the financial risks that a wide acceptance of this prerogative could have supposed them. The approved text is also a considerable advance in other questions that will facilitate the health care of the citizens when they move to other Member States.

Key words: cross-border health care, free movement of patients, patients in the European Unión, health tourism, Directive 2001/24/EU.

Sumario: I. Introducción. II. Se abre la veda: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. III. Se intenta poner orden: el Proyecto de Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza de 2008. 1. De la iniciativa que no convenció a los Estados... 2. A la que terminaron por imponer. IV. A la segunda va la vencida: la Directiva de 9 de marzo de 2011. V. ¿Victoria para los Estados o para los pacientes? VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. El reconocimiento de la libre circulación de personas y trabajadores en la Unión Europea permitió que sus ciudadanos viajaran, estudiaran o trabajaran con gran facilidad en los Estados miembros, pero conforme estos derechos se iban asentando se abrió también la puerta a problemas que *a priori* nunca se pensó que podrían originarse. Cuando los ciudadanos europeos fueron conscientes de los derechos

que su nueva condición les ofrecía, se abrió un universo de posibilidades inexploradas, entre ellas, la de buscar asistencia sanitaria más allá de las fronteras del Estado de su nacionalidad.

Cuando un enfermo necesita ser atendido, lo usual es que acuda al lugar más cercano posible a su domicilio habitual, pero en un mundo globalizado y bien comunicado es cada vez más frecuente apartarse de este planteamiento tradicional, sobre todo por dos razones: una, muchos ciudadanos se han dado cuenta de lo ventajoso de recibir en otro lugar tratamientos que no existen en su país o que se prestan de manera más satisfactoria y dos, algunos deciden trasladar su residencia a otro Estado y deben por tanto cambiar el sistema de salud que en origen les pertenecía. En la Unión Europea este tipo de cambios de conducta de los pacientes ha originado problemas concretos que son los que este artículo pretende abordar.

Si los supuestos de prestación sanitaria por desplazamientos turísticos, laborales o estudiantiles fueron el paradigma en los primeros momentos, los europeos se aventuraron a barajar la posibilidad de recibir asistencia en otro país no sólo porque se encontraran allí ocasionalmente, sino porque se desplazaran con el fin exclusivo de buscar un tratamiento determinado o incluso para eludir las listas de espera interminables existentes en su propio país. Los conflictos con los sistemas sanitarios a los que estaban afiliados y de los que pretendían obtener la compensación por los gastos del tratamiento recibido en otro país comunitario no tardaron en surgir.

2. El acceso a la asistencia sanitaria en otros Estados miembros se basó durante muchos años en el Reglamento CEE nº 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad y el Reglamento de aplicación nº 574/729¹. Claramente insuficientes, al reglamento CE 883/2004 (29 de abril de 2004) sobre coordinación de los sistemas de seguridad social le correspondería derogar años más tarde esa normativa y clarificar sus disposiciones².

3. Antes de la aprobación de este Reglamento, el marco jurídico se limitaba, por tanto, al de 1971, que no contemplaba muchas cuestiones que en aquellos años empezaban a surgir. Los ciudadanos que se aventuraron a buscar asistencia sanitaria en otros Estados miembros y exigir luego que sus Estados (en los que estaban afiliados) les reembolsaran los gastos ocasionados se encontraron con no pocos problemas y hubo de ser el TJ quien comenzara a rellenar las lagunas jurídicas existentes en la materia.

En 1998 se enfrentó a los primeros casos, los asuntos Kholll y Decker³, interpuestos por dos ciudadanos luxemburgueses que, tras recibir diferentes prestaciones sanitarias en otros Estados miembros no obtuvieron el reembolso posterior de los gastos originados, y que fueron los que abrieron una lista que en pocos años aumentó considerablemente.

4. Si bien buscar asistencia en otros Estados de la Unión Europea no es algo que se planteen habitualmente los ciudadanos, las cifras indican que es una realidad que se ha ido incrementando. En mayo de 2007, el Eurobarómetro sobre servicios sanitarios transfronterizos reflejó que aunque más de un 30% de europeos desconocen que tienen derecho a asistencia sanitaria fuera de sus países de origen, más de la mitad (un 54%) se declararon abiertos a la posibilidad de hacerlo y un 4% la había recibido en los doce meses anteriores a la publicación del documento⁴. Algunos Estados comenzaron a ser conscientes

¹ DO L 149, de 5 de julio de 1971, p. 2 y DO L 74 de 27 de marzo de 1972, p. 1, respectivamente. El Reglamento ha sido modificado en numerosas ocasiones.

² En realidad, la derogación comenzó a tener efectos desde la entrada en vigor del Reglamento de aplicación (Reglamento 987/2009 de 16 de septiembre de 2009, DO L 284/1, 30 de octubre de 2009), lo que ocurrió el 1 de mayo de 2010. El Reglamento 998/2009 del PE y el Consejo de 16 de septiembre de 2009 modificó a su vez el anterior reglamento (DO L 284, 30 de octubre de 2009). El Reglamento 883/2004 es la normativa que se aplica en el caso de los jubilados europeos que residen en otro Estado miembro, estableciendo su artículo 17 que, en lo que se refiere a prestaciones de enfermedad, el asegurado que reside en otro Estado disfrutará de las prestaciones que preste la institución el lugar de residencia.

³ STJC 28 de abril de 1998, asuntos C 120/95 y C 158/96.

⁴ Con Luxemburgo a la cabeza (*Flash Eurobarometer*, nº 210, Cross-border health services in the EU, The Gallup Organization, Hungría, June 2007 p. 5). No hay datos oficiales de origen europeo más recientes sobre esta cuestión.

de que, de incrementarse estas cifras, el trasiego sanitario complicaría aún más tanto los costes que soportaban sus sistemas nacionales de salud como la planificación y gestión eficaz de hospitales y centros sanitarios. La cuestión era, además, de indudable interés para España, uno de los destinos prioritarios del denominado turismo sanitario, no tanto por el número de quienes buscan en él un tratamiento específico (que pese a existir no son tantos como a veces se ha proclamado) cuanto por el de europeos que la eligen como lugar de residencia tras su jubilación⁵.

5. Después de que el TJ favoreciera, como veremos, en varias de sus sentencias la libre circulación de pacientes, en algunos casos entendida además de manera notablemente amplia, la Comisión se decidía a regular la cuestión y aprobaba el 2 de julio de 2008 una propuesta de Directiva sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en materia de asistencia sanitaria transfronteriza⁶. Los recelos de los Estados, el rechazo a algunos de sus contenidos, la complejidad de la cuestión y las implicaciones económicas han dado sobrada cuenta de la dificultad de conciliar la libre circulación de los pacientes y los intereses de los Estados Miembros en la Unión Europea, pero finalmente el 9 de marzo de 2011 se aprobaba la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza⁷.

II. Se abre la veda: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

6. En 1998 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se enfrentó, como apuntaba, a los dos primeros casos relacionados con la asistencia sanitaria prestada a ciudadanos de la Unión en un país diferente al de su nacionalidad. Hasta esa fecha, el marco de la prestación sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea se ajustaba al principio de libre circulación de personas en el seno de la misma. Además, de acuerdo con el Reglamento CEE n° 1408/71 (y el Reglamento de aplicación n° 574/729⁸) entonces vigente, eran dos las circunstancias bajo las que un ciudadano de la Unión podía solicitar asistencia sanitaria en otro Estado miembro. La primera de ellas tenía lugar cuando el desplazamiento obedecía a razones laborales, de estudio o de turismo, en cuyo caso el europeo tenía derecho a las mismas prestaciones que los pacientes asegurados en el Estado al que se hubiera desplazado, siendo el único requisito formal la presentación del formulario E-111 (hoy tarjeta sanitaria europea)⁹, y debiendo reembolsar los pagos efectuados en el país del asegurado según las tarifas vigentes en el Estado miembro en el que se prestó la asistencia. La segunda de ellas contemplaba la posibilidad de que un ciudadano de un Estado miembro se trasladara a otro Estado con el fin único y exclusivo de buscar un tratamiento concreto (por no prestarse en su país de origen, por existir listas de espera excesivas, por buscar un especialista de renombre,...), en cuyo caso los costes tenían también garantizada su cobertura, pero se exige una autorización previa del Estado del asegurado (tramitada a través del denominado formulario E-112, hoy sustituido por el S2).

7. Cuando los Sres. Kroll y Decker demandaron a su país (Luxemburgo) ante el TJ no se limitaron a invocar la normativa anteriormente citada, sino que acudieron también, y como argumento principal, a la libre circulación de bienes y servicios que el TCE garantizaba, pretendiendo encontrar en ellas argumentos que las lagunas existentes en la legislación específica respecto de la cuestión les impedía esgrimir.

⁵ Según ABC (19 de enero de 2011), 2,5 millones de extranjeros han fijado su residencia en España, de los cuales más de 500.000 son mayores de 55 años.

⁶ Doc. COM (2008), 414 final, 2 de julio de 2008, 2008/0142 (COD).

⁷ DOUE L 88 de 4 de abril de 2011, p. 45.

⁸ DO L 49, de 5 de julio de 1971 y DO L 74 de 27 de marzo de 1972, respectivamente. Sufrió varias modificaciones hasta que fue derogado por el Reglamento CEE 883/2003 del PE y del Consejo de 29 de abril de 2004 (DO L 166, 30 de abril de 2004), aunque sigue vigente para determinados (y muy contados) actos.

⁹ La tarjeta sustituyó al formulario E-111 en 2004, con el fin de simplificar el proceso de asistencia sanitaria.

Los demandantes se habían trasladado a otros Estados (Alemania y Bélgica, respectivamente) para (en el caso del hijo del primero) obtener un tratamiento de ortodoncia y (en el caso del segundo) unas gafas previamente recetadas por su médico en Luxemburgo. Ninguno de los dos logró que se le reembolsaran las cantidades pertinentes: al Sr. Kholz se le denegó con la excusa de que el tratamiento dental no era urgente y que podía prestársele en su país y al Sr. Decker con el argumento de que no había solicitado la autorización previa¹⁰. El primero basó su pretensión en que la autorización previa restringía la libre prestación de servicios (artículos 49 y 50 del TCE, hoy artículos 56 y 57 del TFUE) y el segundo en que era contrario a la libre circulación de bienes (arts. 28 y 29 del TCE, hoy artículos 34 y 35 del TFUE). El Tribunal, ante la sorpresa de más de un Estado, sobre todo del luxemburgués, que había alegado la no pertinencia de esas disposiciones por tratarse de normas económicas no aplicables a cuestiones de seguridad social, dio la razón a los demandantes aceptando sin mayores problemas el nuevo marco jurídico que estos proponían.

El Tribunal abría así nuevas vías que sin duda otros se animarían a experimentar y los Estados comenzaron a temerse lo peor. Luxemburgo¹¹ había empleado entre otros argumentos para fundamentar su negativa al reembolso la necesidad de asegurar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, de proteger la salud pública de la población (sin autorización previa no habría manera de asegurar la cualidad de los bienes y servicios sanitarios prestados en otros países) y de permitir que un servicio médico y hospitalario estable a todos los asegurados, que se pondría en peligro si los ciudadanos buscaran de manera masiva tratamiento en el extranjero. Ninguno convenció al TJ, que entendió que en cuanto los demandantes sólo querían el reembolso hasta el límite que se les hubiera concedido en el territorio en el que estaban afiliados, ningún problema financiero acechaba al sistema, y que la exigencia de autorización previa que marcaba el Estado luxemburgués era, por tanto, contraria al libre movimiento de bienes y servicios. Aunque el Gobierno luxemburgués no había hecho más que incorporar a su legislación el Reglamento 1408/71, el Tribunal consideró que el TCE debía primar sobre aquel, con lo que parecía abrir un sistema doble: por un lado, se apoyaba el procedimiento E-112 que imponía el Reglamento 1408/71, según el cual los pacientes que hubieran recibido autorización previa de su sistema de seguridad social podían buscar prestaciones en otro sistema ajustándose a lo establecido en éste (costes, límites...), pero por otro se creaba un procedimiento alternativo, basado en el TCE, según el cual los pacientes podían elegir de manera libre una prestación en el extranjero sin pedir autorización previa solicitando el reembolso hasta el límite que su propio sistema de salud (el de su país de afiliación) hubiera previsto.

Varias dudas y problemas planteaba el razonamiento del tribunal, sobre todo si sus conclusiones se entendían aplicables también a tratamientos hospitalarios (recordemos que no fueron esos los servicios prestados a los Sres. Kholz y Decker) y a cualquier tipo de sistema sanitario (no sólo a los de reembolso). Y aunque no era *a priori* lógico que así ocurriera (de lo contrario desaparecería, de un lado, el argumento del TJ de que no había peligro para la planificación y gestión sanitaria ni para las finanzas de los sistemas de seguridad social y, de otro, porque por su diseño parecía una solución a medida sólo para sistemas basados en el reembolso), había que estar preparado y contemplar todas las posibilidades.

8. La sentencia precipitó, a la vista de las demandas planteadas en los años posteriores, que los ciudadanos europeos se atrevieran a recibir tratamientos en otros Estados sin obtener autorización previa y que, cuando no recibieran el reembolso de los gastos, acudieran al TJ.

El 12 de julio de 2001 el Tribunal dictaba dos sentencias sobre la misma cuestión, en los asuntos Smits y Peerbooms y Vanbraekel¹². En la primera, la Sra. Smits, enferma de Parkinson, decidió acudir a una clínica experimental alemana en busca de un tratamiento. Hizo frente ella misma a los costes y luego solicitó a la Caja de Enfermedad holandesa el reintegro de los gastos, que fue rechazado alegando

¹⁰ Al respecto puede consultarse M^a. M. GRAU PINEDA, «La incidencia de las sentencias Decker y Kholz sobre el reembolso de los gastos médicos producidos en otro estado miembro en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Ciencias Jurídicas*, 1999, 4, pp. 151-173.

¹¹ Sobre esta sentencia y otras sobre la misma cuestión, E. MOSSIALOS Y W. PALM, «The European Court of Justice and the free movement of patients in the European Union», *International Social Security Review*, vol. 56, 2, 2003, pp. 3-29.

¹² STJCE, 12 de Julio de 2001 (B.S.M. Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekering), asunto C-157/99.

que el tratamiento holandés para la enfermedad era adecuado y que el alemán no había demostrado tener ventajas adicionales. Por su parte, el Sr. Peerbooms, en coma por accidente de tráfico, fue trasladado por su familia a una clínica austríaca para una terapia que en Holanda era sólo experimental y no se aceptaba para mayores de 25 años, negándosele el reembolso alegando que se le podría haber dado un tratamiento adecuado en Holanda.

Los temores a que la jurisprudencia Kroll y Decker se terminara aplicando a la asistencia hospitalaria se hacían así realidad. El Tribunal declaró que aunque los Estados son libres de organizar sus sistemas de seguridad social debían tener presente la necesidad de cumplir el Derecho Comunitario. Para el Tribunal, la asistencia prestada por los servicios médicos era en general parte del ámbito de la libre prestación de servicios y no era posible por tanto distinguir entre asistencia hospitalaria o no hospitalaria¹³. El tratamiento hospitalario había sido remunerado por ambos demandantes, con lo que debía considerarse un servicio en el sentido del TCE y, por tanto, la autorización previa supondría poner un obstáculo a la libre prestación de servicios. Ahora bien, se admitía que los Estados pudieran restringir esta aunque sólo por razones de política, seguridad y salud públicas; en concreto, cuando se pusiera en peligro el equilibrio del sistema de seguridad social o cuando peligrara la gestión y prevención sanitaria¹⁴.

9. El mismo día, 12 de julio de 2001, otra sentencia (asunto Vanbraekel y otros)¹⁵ volvía a ocuparse de la cuestión de la prestación sanitaria en otros países. En este caso, la Sra. Deschamps, de nacionalidad belga, había solicitado una autorización para ser intervenida en Francia. Pese a denegársela, fue operada y solicitó posteriormente el reembolso. En sede belga, los tribunales de ese país entendieron que la autorización fue indebidamente rechazada, puesto que el tratamiento, de acuerdo con lo que establecía la ley belga, sí iba a prestarse mejor en Francia, pero plantearon una cuestión prejudicial al TJ porque no supieron determinar si el reembolso debía ajustarse a la tarifa francesa (según el sistema E-112) o belga (según sentencias Kohll y Decker). El Tribunal entendió que si a una persona se le niega de manera indebida el tratamiento hospitalario en otro Estado miembro, deberá ser reembolsada con la cantidad que determinen las normas del Estado en el que se le dio el tratamiento, según establecía el art. 22.1.c del Reglamento 1408/71¹⁶. Una vez más surgían diferencias entre el tratamiento hospitalario y no hospitalario: para aquél era posible exigir autorización y si luego se determinara que la autorización fue indebidamente rechazada, los costes que habría que abonar serían los del Estado del tratamiento. Para la asistencia no hospitalaria no es exigible autorización previa y los costes en este caso sólo cubrirían la cantidad que para tratamiento igual o similar hubiera previsto el Estado de afiliación.

10. Nuevos casos seguirían matizando la cuestión: el turno para los Estados que no pertenecían al sistema de reembolso llegó de la mano de los asuntos Müller-Faure y Van Riet¹⁷, que fueron los primeros en implicar a Estados en sistemas de concertación. Los Estados pertenecientes a este sistema intervinieron en masa en el proceso para defender el sistema de autorización previa, pero el Tribunal no se dejó amedrentar y sus conclusiones siguieron la línea de las anteriores. Es más, aportó matices que inquietaron aún más a los Estados, pues en el asunto Van Riet, el TJ daba entrada a la posibilidad de solicitar asistencia en otro Estado cuando las listas de espera del Estado de afiliación del paciente pusieran en peligro su salud o le exigieran esfuerzos o sufrimientos excesivos.

¹³ Párr. 53 del asunto.

¹⁴ *Vid.* párr. 76. También, párr. 81.

¹⁵ STJCE, 12 de julio de 2001, Abdón Vanbraekel y otros contra Alliance Nationale des mutualités chrétiennes, asunto C-368/98

¹⁶ Párr. 33 de la sentencia. El Tribunal especifica que «si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en un Estado miembro de estancia, conforme a las normas vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia. (*vid. párr. 1 in fine* de la sentencia).

¹⁷ STJCE 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99.

11. Conforme a estas resoluciones y otras posteriores¹⁸, el derecho a la asistencia sanitaria en la Unión Europea quedaría así conformado:

- Cualquier nacional de un Estado miembro puede buscar asistencia no hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, con la garantía de que le serán reembolsados los gastos en el nivel previsto en su propio régimen. De hecho, si media la autorización previa, el paciente podrá exigir el pago de la factura más elevada y si no es así sólo se cubrirá lo que el Estado de afiliación hubiera previsto, sin derecho a reembolsos adicionales (que sí existen cuando media la autorización previa).
- Cualquier ciudadano europeo puede buscar en otro Estado toda asistencia hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, siendo exigible la autorización previa sólo si compromete la viabilidad financiera y organizativa del sistema receptor. Si su régimen no le ofrece la asistencia en un plazo aceptable, está obligado a conceder esa autorización.

12. La sentencia *Watts* (2006) supuso una nueva vuelta de tuerca¹⁹, al confirmar que entre las razones válidas para solicitar el reembolso de gastos por una intervención en otro Estado miembro se incluye la existencia de listas de espera en el país de origen y que existe la obligación de reembolsar los costes de tratamientos hospitalarios prestados en otro país miembro incluso aunque el país del asegurado tenga un sistema que preste el servicio gratuitamente (algunos Estados entendían que la gratuidad de la prestación impedía hablar de prestación de servicios)²⁰. Es más, ante la insistencia de varios Estados contrarios a esta posibilidad en argumentar que el entonces artículo 152.5 del TCE exigía respetar «plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitario y asistencia médica», el Tribunal precisó que esta disposición no excluía la posibilidad de que, en virtud de otras previstas por el Tratado (sobre libre prestación de servicios, por ejemplo) los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en su sistema nacional de seguridad social.

13. La línea jurisprudencial iniciada en 1998 por el TJ no fue, como cabía esperar, muy bien recibida por los Estados, pero el Tribunal, impertérrito ante las reticencias, continuó consolidándola. En 2007, la sentencia *Stamatelaki*²¹, que se enfrentó a la cuestión de la asistencia hospitalaria recibida en una clínica privada de otro Estado miembro, consideró contraria a la libre prestación de servicios la legislación griega que excluye el reembolso de los gastos de tratamiento de sus asegurados en clínicas privadas extranjeras, sobre todo porque sí permite, incongruentemente, dentro de su territorio a los asegurados recibir tal asistencia en clínicas privadas sin abonar gasto alguno, en caso de existir el acuerdo correspondiente²².

¹⁸ Asunto *Inizan*, 23 de octubre de 2003 (C-56/01), que complementa al *Müller Fauré*; *Leichtle*, 18 de marzo de 2004 (asunto C-8/02) y *Keller*, 12 de abril de 2005, asunto C-145/03 (que, por primera vez trató de la asistencia prestada en otro Estado miembro que a su vez reenvía al paciente a un Estado tercer no miembro de la UE). Al respecto, M. I. ROFES Y PUJOL, «Los regímenes nacionales de la Seguridad Social y la libre prestación de servicios sanitarios en la Comunidad: el estado de la cuestión. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas en los asuntos *Decker*, *Kholl*, *Vanbraeckel* y *Smits* y *Peerbooms*. El asunto *Müller-Fauré*», *Noticias de la Unión Europea*, nº 222, 2003, pp. 65-75. Véase también E. MOSSIALOS Y W. PALM, «The European...», *óp. cit.*,

¹⁹ Sentencia de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04. La Sra. *Watts* pidió en 2002 autorización para recibir tratamiento en otro Estado miembro por su osteoartritis, pues en el Estado donde estaba asegurada, Reino Unido, la lista de espera era casi un año. Se le denegó, pese a lo cual en 2003 se operó en Francia y al recurso que ya había interpuesto por la primera denegación añadió un reembolso de los costes. La *High Court* británica volvió a rechazar su pretensión en octubre 2003 pero el TJ le dio finalmente la razón.

²⁰ En el caso concreto, referido como sabemos a listas de espera, se afirmó que si un paciente solicita al *National Health Service* del Reino Unido autorización para recibir tratamiento hospitalario en el extranjero en razón del tiempo de espera existente para dicho tratamiento en el país donde está asegurado, no se le puede denegar salvo que se demuestre que el tiempo de espera es médicamente aceptable teniendo en cuenta el estado del paciente y las necesidades clínicas.

²¹ De 19 de abril de 2007, asunto C-444/05.

²² Según la normativa griega, si un paciente afiliado en Grecia a un organismo asegurador recibe tratamiento en una clínica estatal o en una clínica privada concertada situada en dicho Estado miembro, no debe realizar ningún desembolso cuando la mencionada clínica está concertada con las autoridades nacionales. No ocurre lo mismo cuando el paciente es ingresado en una clínica privada situada en otro Estado miembro, ya que el interesado debe correr con los gastos de hospitalización sin gozar de

No fueron las últimas sentencias en la materia, pero sí las que catalizaron la redacción de la propuesta de directiva que centra el apartado siguiente.

14. El 15 de junio de 2010, también en plena vorágine de replanteamiento de la cuestión, el TJ resolvía un problema relacionado con la asistencia transfronteriza pero esta vez en el marco de un recurso de incumplimiento planteado por la Comisión contra España²³. La demanda, interpuesta en mayo de 2008 seguramente inspiró la enconada lucha de nuestro Gobierno por conseguir un texto de la Directiva que le fuera más favorable.

La Comisión interponía el 20 de mayo de 2008 un recurso (asunto C-211/08) con el fin de declarar el incumplimiento por parte de nuestro país de las obligaciones que le incumben en virtud del entonces artículo 49 del TCE, «al denegar a los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud español el reembolso de los gastos médicos incurridos por ellos en otro Estado miembro en caso de tratamiento hospitalario recibido conforme al artículo 22, apartado 1, letra a), inciso i), del Reglamento (CEE) n° 1408/71, de 14 de junio de 1971 (...) en la medida en que el nivel de cobertura aplicable en el Estado miembro en que se dispensa dicho tratamiento es inferior al previsto en la legislación española». El recurso alegaba que la legislación española en materia de seguridad social sólo admite el reembolso de gastos originados por asistencia hospitalaria en otro Estado miembro cuando se trata de una «asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital». Es más, cuando el nivel de cobertura de los gastos hospitalarios aplicable según la normativa de otro Estado miembro es menos favorable que el previsto en la legislación española, las autoridades españolas suelen negarse a rembolsar la diferencia, lo que según la Comisión podía ser un freno para viajar a otros Estados y una restricción a la libre prestación de servicios de manera no justificada con arreglo al Derecho Comunitaria. Las referidas restricciones, afirmaba la Comisión en su demanda, a la libre prestación de servicios no están justificadas con arreglo al Tratado²⁴.

El asunto recogía una denunciada planteada ante la Comisión por un ciudadano francés residente en España y afiliado al sistema de Seguridad Social español. Tras ser hospitalizado durante una estancia en Francia, bajo el formulario E-111, España le denegó el reembolso de determinados gastos hospitalarios que Francia le había obligado a pagar conforme a su legislación. Tras solicitar la Comisión a España información, por escrito de 13 de febrero de 2005, respondió que su normativa «no contemplaba la posibilidad de que un afiliado al sistema nacional de salud obtuviera de la institución competente el reembolso de gastos médicos generados fuera de dicho sistema, salvo circunstancias excepcionales entonces previstas en el artículo 5 del Real Decreto n° 63/1995». Por un nuevo escrito (18 de octubre de 2006), la Comisión remitió al Reino de España un requerimiento sobre la incompatibilidad de la normativa con el artículo 49 TCE, ya que la misma excluye, salvo excepciones, el reembolso al afiliado al sistema español de salud de gastos hospitalarios en otro Estado miembro si hay una diferencia positiva entre los niveles de cobertura aplicables respectivamente en España y en ese otro Estado miembro. España no se mostró conforme con la ilegalidad que la Comisión defendía y, además, proclamaba que de otra manera se pondría en peligro el equilibrio financiero de su sistema nacional de salud. No logró sin embargo convencer a la Comisión que la instó a poner fin a la infracción, pues consideró en sus alegaciones sobre el fondo (párrs. 41 y 42) que el artículo 22.1, a) del Reglamento 1408/71 se aplica a la asistencia necesaria durante una estancia temporal de otro Estado (*vid.* párr. 41 de la resolución) como consecuencia de la degradación de la salud del asegurado. Para la institución europea, la normativa española podría incentivar a los afiliados al sistema español en esa situación optar por adelantar el regreso a España y recibir el tratamiento en ese país cuando el nivel de cobertura aplicable en el Estado en el que se encuentra (Francia, en este caso) sea menos favorable que el aplicado en España. Así, (párr. 42) los asegurados de edad avanzada o con enfermedades crónicas pueden animarse menos a desplazarse a

la posibilidad de reembolso. La única excepción la constituyen los niños menores de 14 años. El TJ estimó (párr. 28) que «una normativa de ese carácter desincentiva, incluso impide, que los afiliados acudan a los prestadores de servicios hospitalarios establecidos en Estados miembros distintos del Estado miembro de afiliación y constituye una restricción a la libre prestación de servicios tanto para los asegurados como para los prestadores».

²³ Asunto Comisión c. España, C-211/2008. A España la apoyaron Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Reino Unido.

²⁴ En concreto, se afirmaba que las autoridades españolas no habían acreditado que dichas restricciones fueran necesarias para evitar un perjuicio grave al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud español.

un Estado miembro en el que las condiciones de cobertura sean menos ventajosas que en España. Este obstáculo, según la Comisión, no tenía justificación alguna, sobre todo porque no pensaba que pudiera afectar al equilibrio financiero del sistema nacional de salud «habida cuenta de que el coste para dicho sistema de un tratamiento hospitalario prestado en otro Estado miembro a uno de sus afiliados no podría en ningún caso superar el coste que habría supuesto un tratamiento equivalente en España» (párr. 43).

15. En la sentencia destacan fundamentalmente las reflexiones sobre el Reglamento 1408/71 y lo que se denomina asistencia hospitalaria planificada y no planificada (párrs. 58 y ss.):

- Respecto de la asistencia hospitalaria planificada en otro Estado miembro, es necesario evaluar la falta de disponibilidad en el Estado de afiliación del tratamiento o de un tratamiento con un grado de eficacia similar en un plazo aceptable desde el punto de vista médico (lo que se afirmó, como sabemos, en la sentencia *Watts*²⁵). El Estado de afiliación debe garantizar al asegurado un nivel de cobertura tan ventajoso como el que habría concedido al interesado si él mismo hubiera prestado esa asistencia (lo que se dijo en el asunto *Vanbraekel*, por ejemplo). Lo usual, afirma el TJ, es que el asegurado pueda obtener una estimación del coste del tratamiento (un presupuesto) para comparar los niveles de cobertura aplicables. Si el Estado de afiliación no garantiza el reembolso de la posible diferencia positiva entre el nivel de cobertura aplicable entre los dos Estados, es posible que el asegurado decida renunciar al tratamiento, lo que supondría un obstáculo a la libre prestación de servicios.
- La asistencia no planificada (con motivo de un visita turística o un viaje de estudios) es distinta, pues incluye razones (de urgencia, por ejemplo) que prácticamente obligan a prestar la asistencia en el otro Estado. Por eso el interesado tiene derecho (párr. 67) a obtener tratamiento en condiciones tan favorables como las que tienen los ciudadanos del Estado que presta esa asistencia. Es cierto que el número de casos de este tipo, por la creciente movilidad de los ciudadanos en el interior de la Unión, por motivos turísticos o educativos, puede multiplicarse y que haya casos en que la carga económica de sustentar la asistencia prestada en otro Estado sea grande (por ser esa prestación más cara en el país de asistencia que en el de afiliación), pero entiende el TJ que esto se compensa (párr. 78) globalmente con los casos en los que sucede lo contrario (cuando el tratamiento es más barato en el Estado de prestación de asistencia que en el de afiliación).

16. Para sorpresa de muchos²⁶, el TJ desestimó el recurso de la Comisión al considerar que cada Estado tiene el derecho a organizar su sistema de salud pública y de seguridad social y, por tanto, puede dictar medidas «con el fin de reducir el número de autorizaciones que ha de expedir» para tratamientos planificados en otro Estado miembro, Pero si, como en el caso, se produce una asistencia hospitalaria no planificada (lo que es cada vez más frecuente por la movilidad de los europeos), el Estado de afiliación debe

«asumir una carga económica más elevada que la que habría soportado si dicha asistencia se hubiera prestado en uno de sus establecimientos se compensan globalmente con los casos en los que, por el contrario, la aplicación de la normativa del Estado miembro de estancia tiene como resultado una carga financiera sobre el Estado miembro de afiliación menos elevada que la que habría derivado de la aplicación de su propia normativa por el tratamiento hospitalario de que se trata»

Considera por tanto el Tribunal (párr. 79) que

«el hecho de imponer a un Estado miembro la obligación de garantizar a sus propios afiliados un reembolso adicional por parte de la institución competente cada vez que el nivel de cobertura aplicable en el Estado miembro de estancia de los gastos hospitalarios imprevistos de que se trate sea inferior al aplicable en virtud de su propia norma-

²⁵ Párrs. 57 y 59.

²⁶ La mía propia, he de confesar, pues yo misma había afirmado, en un artículo elaborado cuando sólo había constancia de la interposición del recurso, que la condena para España estaba cantada (véase CERVELL HORTAL, M^a. J., «Libre circulación de pacientes en la Unión Europea: ¿desideratum o realidad?», *Revista General de Derecho Europeo*, n^o 18, 2009, pp. 1-12).

tiva supondría quebrantar la estructura del sistema introducido por el Reglamento nº 1408/71. En efecto, en cualquier supuesto relacionado con tratamientos de ese tipo, la institución competente del Estado miembro de afiliación se vería sistemáticamente expuesta a la carga financiera más elevada, ya sea —conforme al artículo 22, apartado 1, letra a), del citado Reglamento— con arreglo a la normativa del Estado miembro de estancia que establece un nivel de cobertura superior al previsto por la normativa del Estado miembro de afiliación o, en caso contrario, como consecuencia de la aplicación de esta última normativa»

No fue esta la última cuestión relacionada con el tema a la que el TJ se ha tenido que enfrentar, pero reservo su análisis para un apartado posterior, ya que las fechas, más cercanas a los diferentes trámites procedimentales y, por tanto, a las modificaciones que sufrió la Directiva, así lo aconsejan.

III. Se intenta imponer orden: el proyecto de Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza de 2008

17. El 2 de julio de 2008 la Comisión salía al paso de la cuestión y aprobaba una propuesta de Directiva sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en materia de asistencia sanitaria transfronteriza²⁷ con el objetivo de otorgar un mínimo de seguridad jurídica en un asunto que, sobre todo desde que se abordara por el TJ, había demostrado ser de gran complejidad.

En realidad, los primeros pasos se habían dado unos años antes. Ante la falta de un criterio único aplicable a la cuestión y la inseguridad que supone apoyar una serie de derechos *únicamente* en la jurisprudencia comunitaria, las instituciones empezaron a mover la cuestión. En diciembre de 2001, bajo la presidencia belga del Consejo, se organizó una conferencia acerca del impacto del Derecho de la Unión sobre las cuestiones sanitarias²⁸. El debate, que continuó bajo la presidencia española en el primer semestre de 2002, culminó con la petición del Consejo de Ministros en junio de ese mismo año de la creación de un proceso de reflexión de alto nivel sobre la movilidad de pacientes y los desarrollos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea y con un acuerdo sobre la necesidad de reforzar la cooperación en movilidad de pacientes, pero intentando salvaguardar, tal y como los Estados defendían, el equilibrio financiero de los sistemas nacionales de salud²⁹. La Comisión, ante la invitación del Consejo, adoptó en 2003 un *Proceso de Alto Nivel sobre reflexión acerca de la movilidad de los pacientes y los progresos en asistencia sanitaria en la Unión Europea* y estableció un Grupo de alto nivel sobre servicios de salud y atención médica, que inició sus trabajos en 2004³⁰. También el Parlamento, en su informe de 2005 sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea, instó a la Comisión a abordar la cuestión y promover una mayor cooperación entre los sistemas sanitarios³¹. Por su parte, en la reunión del Consejo de 1 de junio de 2006, los Ministros de Sanidad adoptaron una declaración sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de Europa en la que se subraya la importancia de «proteger los valores y principios en los que se basan los sistemas sanitarios de la UE» y se promueven las iniciativas «destinadas a ofrecer información clara sobre los derechos de los ciudadanos europeos cuando se desplacen entre Estados miembros y que consagren los citados valores y principios en un marco jurídico con el fin de garantizar la seguridad jurídica»³².

²⁷ Doc. COM (2008) 414 final. 2008/0142 (COD), 2 de julio de 2008.

²⁸ Al respecto, R. BAETEN, M. MCKEE y E. MOSSIALOS, e. (ed), *The impact of EU Law on health care systems, Work and society Series*, vol. 39, Peter Lang, Brussels, 2002.

²⁹ Doc. 10090/02 (Presse 182), 2449 Council Meeting, Health, Luxemburgo, 26 de junio de 2002.

³⁰ El conjunto de recomendaciones que se aprobó en diciembre de 2003 (doc. HLPR/2003/16, 9 de diciembre de 2003) es la base de las que a su vez la Comisión hacía públicas en abril del año siguiente (Seguimiento de proceso de reflexión de alto nivel sobre movilidad de los pacientes y progresos de prestación sanitaria en la Unión Europea, doc. COM [2004] 301 final). El Informe final del Grupo se publicó en octubre de 2006, doc. HLG/2006/8 FINAL. Sobre la cuestión en general puede consultarse M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, «La protección de la salud pública en la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 11, 2, 2006, pp. 95-116.

³¹ La Comisión se comprometió, en su estrategia política anual para 2007, a ofrecer información clara y exacta sobre la aplicación del Derecho comunitario a los servicios de salud y de atención sanitaria. Véase Comunicación de la Comisión. Consulta sobre la acción comunitaria en materia de servicios de salud, 26 de septiembre de 2006, doc. SEC (2006) 1195/4.

³² Conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la UE, sesión nº 2733 del Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, Luxemburgo, 1 y 2 de junio de 2006

18. Aunque durante mucho tiempo se abogó porque la asistencia sanitaria, en tanto en cuanto era considerada por el TJ como un servicio, se incluyera en la Directiva de servicios generales aprobada en 2006³³, el rechazo de varios Estados a esa posibilidad³⁴ y la petición de Consejo y Parlamento de abordar estas cuestiones en instrumento aparte³⁵ forzó su salida del texto.

1. De la iniciativa que no convenció a los Estados...

19. La Directiva nacía para proporcionar un «marco claro y transparente para la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza en Europa», en el cual «no debe haber obstáculos injustificados»³⁶. No pretendía, por otro lado, aparcarse el marco existente en aquel momento del Reglamento 1480/71, sino crear un mecanismo alternativo, basado en el principio de libre circulación y que reflejara la jurisprudencia del TJ³⁷. En líneas generales, la propuesta clarificaba lo que el Tribunal venía defendiendo desde 1998: la libre prestación de servicios incluye el tratamiento médico, aun cuando el paciente se haya desplazado expresamente a otro Estado miembro para que se le dispense³⁸, pues sería considerada una restricción del antiguo artículo 49 del TCE toda legislación del Estado de afiliación que no garantice al paciente un nivel de reembolso equivalente al que hubiera tenido derecho si hubiera recibido atención sanitaria en su Estado de origen³⁹. El reembolso de los costes de asistencia no hospitalaria no podía supeditarse a una autorización previa si esa asistencia, en caso de dispensarse en su territorio, hubiera sido sufragada por su sistema de seguridad social. La propuesta normativa resolvería también el concepto de asistencia hospitalaria, al definirla como aquella que se aplicaba a tratamientos que precisen al menos de una noche de estancia en un hospital o clínica o, en el caso de exigir menos de una noche de estancia, cuando debieran emplearse infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos o que entrañaran riesgo particular para el paciente o la población. La primera parte de la definición ponía parcialmente fin a las interpretaciones divergentes de los Estados miembros al respecto y que no pocas dudas y polémicas había suscitado, pero lo cierto es que la segunda dejaba bastantes dudas en el aire (qué es sumamente especializado o costoso, qué es riesgo particular...), pues corría el riesgo de que se convirtiera en la vía perfecta para que los más reacios escaparan finalmente a la aplicación efectiva de la Directiva. La distinción entre ambos tipos de asistencia no se llevó, sin embargo, al proyecto final con esa claridad⁴⁰.

20. La primera propuesta establecía (art. 6.1) la obligación del Estado de afiliación de velar porque las personas desplazadas a otro Estado miembro para recibir allí asistencia pudieran hacerlo «cuando el tratamiento en cuestión se encuentre entre las prestaciones contempladas por la legislación del Estado miembro de afiliación a las que tenga derecho la persona asegurada». El Estado de afiliación estaría obligado a reembolsar a la persona asegurada los costes que se hubieran abonado por la prestación de la misma o similar asistencia en su territorio. El reembolso sería, como indicaba el apartado 2 del citado artículo, «hasta

³³ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27.12.2006, más conocida como Directiva Bolkestein).

³⁴ España, sin ir más lejos, había defendido que la atención sanitaria en nuestro sistema de salud es universal y se financia con los presupuestos generales vía impuestos, con lo que es un servicio público (Movilidad de pacientes y asistencia sanitaria en la UE, Informes estratégicos, La UE y el SSPA, nº 3, 2005, Consejería de Salud, Escuela Andaluza de Salud Pública, disponible en <http://www.easp.es/web/documentos/InformesOSE/00009952documento.pdf>. La sentencia Watts, como sabemos, confirmaría precisamente lo contrario.

³⁵ Press Release IP/08/1080, 2 de julio de 2008.

³⁶ Así rezaba la exposición de motivos del texto propuesto en 2008 por la Comisión (doc. COM [2008], 414 final, *óp. cit.*).

³⁷ Un análisis de la situación existente previa a la Directiva, basada en la consulta que la Comisión inició en otoño de 2006 sobre los servicios de salud en la Unión, puede encontrarse en SENN, A.: «Healthcare services in Europe in 2007: what is at stake?», *European Issues*, Fondation Robert Schuman, nº 72, September 2007.

³⁸ Es decir, lo que se afirmaba en el asunto Kroll, párrs. 35-36.

³⁹ Arts. 6 y ss. (doc. doc. COM [2008], 414 final, *óp. cit.*). Se plasmaba así lo recogido por el asunto Vanbraekel, párr. 45.

⁴⁰ El artículo 7 de la iniciativa originaria se dedicaba expresamente a la asistencia no hospitalaria y el artículo 8 a la hospitalaria y especializada. Aunque el espíritu de la distinción persiste en el texto finalmente adoptado, no existe un artículo expresamente para cada una de ellas.

el nivel que se habría asumido de haberse prestado la misma asistencia sanitaria u otra similar en el propio Estado miembro de afiliación». De esta manera, la propuesta de Directiva restringía lo previsto por el TJ, que en el caso de sistemas de reembolso abría la puerta a que el paciente exigiera el pago de la factura más elevada (que podía ser la del Estado donde recibió el tratamiento) si había obtenido la autorización previa del Estado de afiliación. Los Estados ganaban así la primera partida, pues esta previsión les favorecía más que lo establecido por la jurisprudencia y, de hecho, la previsión se respetó en el texto final (en concreto, en su artículo 7.4). Pero de esta manera podrían tener fundamento los temores que siempre han guiado a la Comisión en su diseño de la cuestión: el paciente, consciente de que sólo se le reembolsará el coste de un tratamiento igual o similar en su país puede optar por no arriesgarse a un desembolso monetario extra y elegir la asistencia que se le brinda en su propio país y esto, obviamente, tiene una doble cara. La negativa, que impediría que quienes busquen un tratamiento que les interese más en otro Estado lo hagan por temor a que a ellos corresponde abonar la diferencia. La positiva, que ha sido la que ha pesado, que se evite la picaresca de aquel que sin una justificación real acude a otro Estado para recibir tratamiento médico. La Comisión compensó aún más a los Estados e intentó calmar sus peores temores.

21. En el caso de asistencia hospitalaria el Estado de afiliación podía establecer un sistema de autorización previa (art. 8.3) para reembolsar los gastos que se efectúen en otro Estado miembro cuando la asistencia prestada habría sido asumida por el sistema de seguridad social del Estado miembro en cuestión, teniendo en cuenta que este sistema debe tener en cuenta, para establecer las restricciones a la autorización, el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, la planificación y racionalización en el sector hospitalario para evitar el exceso de la capacidad hospitalaria, el desequilibrio en la prestación de asistencia hospitalaria y el derroche financiero y logístico, así como el mantenimiento de un servicio médico y hospitalario universal equilibrio o el mantenimiento e la capacidad de tratamiento o la competencia médica en el territorio del Estado miembro de que se trate.

Se busca así basar la negativa a conceder la autorización previa en unas razones justas y que no se convierta en una discriminación arbitraria, razón por la cual es necesario hacer pública toda la información pertinente (art. 8.4).

22. La Directiva acogía en gran medida lo que el TJ llevaba algunos años defendiendo, pero restringía ciertos aspectos y era menos osada que las primeras versiones, en las que se eliminaba en cualquier circunstancia la autorización previa tanto en asistencia no hospitalaria como hospitalaria, y que la propia jurisprudencia del Tribunal en las cuestiones del reembolso de gastos. La Comisión, sabedora de que una propuesta en tal sentido, tan temida por los Estados miembros, no conseguiría el apoyo suficiente del Parlamento o del Consejo, dio finalmente marcha atrás y suavizó de manera considerable el sistema

2. A la que terminaron por imponer

23. Pese a haber hecho algunas concesiones a los Estados, la propuesta de Directiva se enfrentó bien pronto a los primeros recelos: la reunión de Ministros de Sanidad de la UE que se celebró el 16 de diciembre de 2008 reflejó la complejidad del tema y la desconfianza que inspiraba, sobre todo ante la posible pérdida de competencias en este sector a favor de la Unión y por los peligros financieros⁴¹ que podría acarrear a los sistemas de salud. Especialmente criticados fueron los tres primeros capítulos de la propuesta, entre los que se encontraba, claro está, el espinoso tema de la autorización previa para recibir tratamiento y el reembolso de los gastos

El Comité Económico y Social emitió su dictamen el 4 de diciembre de 2008⁴² con algunas propuestas de interés por su sensatez y espíritu práctico, aunque no todos han sido finalmente atendidas:

⁴¹ [Http://www.euractiv.com/en/health/ministers-divided-eu-patient-rights/article-178149](http://www.euractiv.com/en/health/ministers-divided-eu-patient-rights/article-178149). En general, los Estados siguen siendo reacios a conceder la autorización previa (véase A. RAMÍREZ DE ARELLANO, «La movilidad de pacientes en el contexto internacional, europeo y español», *Economía de la Salud*, vol. 5, 1, 2006, pp. 32-36 (p. 34).

⁴² Doc. SOC/322 - CESE 1927/2008.

implantación de una cartilla de salud personal desde el nacimiento, creación del expediente médico europeo, formulación común de protocolos de atención, prácticas coordinadas en materia de emisión de recetas y generalización del uso del nombre de la molécula en lugar de su denominación comercial, sistema de acreditación de los equipos hospitalarios⁴³... El Comité de las Regiones hacía lo propio el 12 de febrero de 2009⁴⁴.

24. Los avatares que desde esa fecha sufrió la iniciativa hasta que fue finalmente aprobada por el Parlamento Europeo en segunda lectura el 19 de enero de 2011, fueron numerosos⁴⁵. La propuesta se empezó a renegociar bajo la Presidencia francesa (segundo semestre de 2008) y checa (primero de 2009), presentándose en marzo de 2009 un texto que en principio no contaba con tanta oposición, pero para el que se anunciaban enmiendas inevitables. La Presidencia presentó una segunda versión el 14 de mayo de 2009, pero tampoco la Comisión se mostró muy conforme⁴⁶: el régimen de autorización previa no respetaba la jurisprudencia, sobre todo porque se había ampliado y se había reducido la cooperación entre Estados.

25. Mientras tanto, el 23 de abril de 2009, el Parlamento Europeo continuaba en paralelo con la maquinaria puesta en marcha y aprobaba en primera lectura pero con enmiendas (y nada menos que 122) la propuesta de Directiva⁴⁷. El PE ajustaba el ámbito de aplicación de la propuesta inicial, que era acaso demasiado abierto (art. 2: «la presente Directiva se aplicará a la prestación de asistencia sanitaria con independencia de la manera en que esta se organice, se suministre y se financie o de que sea pública o privada»), precisando que la directiva se aplicaría a la prestación de asistencia sanitaria «transfronteriza» y que quedarían excluidos los servicios de salud «cuyo principal objetivo es la asistencia a largo plazo, incluidos aquellos servicios que se prestan durante un largo período de tiempo y cuya finalidad es ayudar a personas que requieren asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y diarias», así como los trasplantes de órganos.

Entre las puntualizaciones del PE destacaban las siguientes por su novedad y por la consideración de los intereses de los pacientes:

- Se incluye el derecho de acceso a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro y al reembolso de los gastos a los pacientes aquejados de enfermedades raras incluso si el tratamiento no está previsto por el Estado de afiliación. En la asistencia hospitalaria se eximía de la autorización previa a los pacientes con enfermedades raras⁴⁸. La solución final para estas enfermedades se ha situado en un punto intermedio, como veremos (*infra* apartado IV).
- Se incrementaba, en general, la información que debe prestarse al ciudadano respecto de los derechos a recibir la asistencia transfronteriza. De esta manera, un ciudadano podría saber antes de recibir el servicio cuánto habría de desembolsar y si el coste total se cubriría⁴⁹.
- Se creaba la figura del Defensor del Paciente Europeo, en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de la Directiva, para examinar las reclamaciones relativas a la autorización previa y reembolso de gastos, aunque sólo es posible acudir a él una vez que se han agotado las vías de reclamación internas previstas en cada Estado⁵⁰. La propuesta ha desaparecido del texto aprobado en marzo de 2011.

⁴³ El Consejo mostraba también su preocupación por la distinción que se hacía de asistencia hospitalaria y no hospitalaria, basada a su entender más en aspectos financieros que en la realidad y organización de los Estados. La Directiva no contemplaba de manera adecuada el carácter complejo de los sistemas de seguridad social de los distintos Estados, y el sistema de reembolso previsto podía originar desigualdades.

⁴⁴ Doc. CdR 348/2008 fin - DEVE-IV-032

⁴⁵ Un resumen puede verse en el documento 2008/0142 (COD), de 3 e junio de 2009

⁴⁶ *Vid.* información al respecto en doc. 2008/0142 (COD), párr. 9

⁴⁷ Doc. 8903/09. DO C 184 5/368, 8 de julio de 2010.

⁴⁸ Véase el párrafo que se añade al artículo 6 y el artículo 9, respectivamente

⁴⁹ Véase párr. 15 del documento y el artículo 10 (notificación previa) que se propone.

⁵⁰ En lo que sería el nuevo artículo 11.

26. Sin embargo, el proyecto inicial de directiva fracasaba definitivamente⁵¹ al no alcanzarse acuerdo político al respecto en el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores (EPS-CO), Bruselas celebrado el 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009. La propuesta fue bloqueada por España, Portugal, Polonia, Grecia y Rumanía, que se negaron a aceptar el reembolso de gastos hasta que no se dieran límites estrictos y definidos y a que (como había propuesto la Presidencia sueca) se incluyeran a los proveedores de asistencia privada sin contrato con la asistencia sanitaria del país receptor.

27. A la Presidencia española pasaba (primer semestre de 2010) el testigo de la asistencia transfronteriza con el reto añadido de que, tras la entrada en vigor del Reglamento de aplicación del Reglamento 883/2004 a finales de 2009, el marco jurídico de partida variaba en cierta medida. España pretendía también acometer dos temas que también originado alguna discusión: el fundamento de la Directiva y la sanidad electrónica.

El 28 de mayo de 2010 se hacía pública la nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza⁵² que, como ella misma señalaba, incluía salidas para los dos aspectos culpables de haber retrasado su viabilidad: el reembolso y autorización previa respecto de prestadores de asistencia sanitaria no contractuales y cuál era la situación del Estado miembro de afiliación en el caso de los jubilados que optaran por residir en el extranjero.

IV. A la segunda va la vencida: la Directiva de 9 de marzo de 2011

28. El 8 de junio de 2010 el Consejo, no sin complicaciones de última hora y ajenas a su voluntad, llegaba a un acuerdo político sobre la cuestión⁵³. El Diario Oficial de la Unión Europea publicaba el 12 de octubre la Posición nº 14/2010 del Consejo en primera lectura que había sido finalmente adoptada por el Consejo el 13 de septiembre de 2010⁵⁴. La propuesta respetaba la esencia de la jurisprudencia del TJ pero introducía novedades significativas que finalmente ha pasado a ser parte de la Directiva 2011/24/UE sobre asistencia sanitaria transfronteriza.

29. La Posición del Consejo en primera lectura fue aprobada el 13 de septiembre de 2010. De acuerdo con la Comisión contenía algunos elementos que se alejaban bastante de su propuesta y creaban cierta inseguridad jurídica, pero la Comisión aceptó no oponerse para no obstaculizar el proceso⁵⁵. Sí estuvo la Comisión de acuerdo con otros de los cambios sufridos:

- No aplicar la directiva a la dependencia o cuidados de larga duración, como ya proponía el PE. Se mostraba además de acuerdo con la exclusión de las enfermedades raras (que el PE sí quería incluir), pero se compromete a buscar soluciones alternativas (como, de hecho, se hizo finalmente).
- En cuanto a trasplantes de órganos, la Posición del Consejo excluía el acceso y atribución de los mismos, mientras que el PE defendía una exclusión general, con la que la Comisión no

⁵¹ Véase el Comunicado de Prensa de la sesión nº 2980 del Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, Bruselas, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009, doc. 16611/1/09 REV 1 (presse 348). También, Europa al día, mayo de 2010, nº 321, disponible en la web del Consejo general de Colegios Médicos www.cgcom.es.

⁵² Doc 9948/10, 2008/0142 (COD), 28 de mayo de 2010.

⁵³ En realidad, la propuesta había sido presentada en abril por España y debería haberse discutido en esas fechas, en el Consejo previsto a tal efecto, por la erupción del volcán islandés sólo permitió la presencia en Bruselas de los representantes de España, Francia, Portugal y Países Bajos (información de Europapress, 22 de abril de 2010).

⁵⁴ Doc. 2010/C 275 E/01.

⁵⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 294.6 del Tratado e Funcionamiento de la UE acerca de la Posición del Consejo en primera lectura (doc. 2008/0142 [COD]), párr. 3.1. Ahora bien, como la propia Comisión dejó claro, se reserva el derecho de apoyar las enmiendas del PE en segunda lectura si mejoraban la Posición del Consejo en primera lectura.

- está de acuerdo pues los trasplantes son en sí mismo un servicio médico amparado por tanto por la libre prestación de servicios.
- La Comisión se muestra de acuerdo con las normas previstas sobre calidad y seguridad de la prestación sanitaria (información sobre seguridad y claridad de la misma, posibilidad de que un Estado deniegue la autorización previa si la asistencia que se presta suscita dudas de calidad y seguridad, cooperación e intercambio de información entre Estados miembros)
 - El Consejo aceptó el concepto de puntos nacional de contacto y la cooperación entre ellos, pero no la competencia para ayudar a los pacientes en caso de sufrir daños por la asistencia sanitaria y suprimió la potestad de la Comisión de adoptar medidas relacionadas con el funcionamiento de esos puntos.
 - El PE y el Consejo dan competencia para facilitar información sobre la calidad y la seguridad de la asistencia al punto de contacto del Estado miembro del tratamiento, pero la Comisión cree que sería más oportuno que fuera el Estado de afiliación, pues así se facilitan las cosas al paciente.
 - Respecto de la propuesta del PE del sistema de notificación previa que proponía, según el cual el paciente debía recibir confirmación por escrito indicando el importe máximo que se le reembolsaría, la Comisión lo acepta, pero siempre y cuando se distinga claramente del sistema de autorización previa ya previsto. Sin embargo, el Consejo no incluyó esta cuestión en su Posición en primera lectura.
 - Respecto del Defensor del Paciente Europeo propuesto por el PE, cuestión que el Consejo no incluyó en primera lectura, la Comisión tampoco se muestra de acuerdo, entendiendo que las competencias de la Unión en el campo de la protección de la salud son limitadas y que sería más oportuno crear una red entre los defensores del pueblo nacionales⁵⁶.

30. El texto aprobado en primera lectura perdió parte de su contenido en la segunda, pero esta logró a cambio el acuerdo de todos los implicados en algunas de las cuestiones clave⁵⁷:

- a) Base jurídica. El Consejo había logrado resolver la controversia sobre cuál debía la base jurídica de la cuestión y que en realidad existía desde que el TJ había respaldado la posibilidad de que se fundamentara en los artículos que versaban sobre la libre prestación de servicios. En realidad, cuando la Directiva relativa a esta cuestión (Directiva 2006/123/CE del PE y del Consejo de 12 de diciembre de 2006) se redactó los Estados se negaron en rotundo a aceptar que fuera incluida en ella la libre circulación de pacientes, convencidos de que merecía una regulación aparte por su especificidad. La directiva finalmente aprobada optaba por una base doble: el artículo 114 del TFUE, sobre medidas de armonización en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores y el artículo 168, sobre salud pública. Se consolidaba así la desvinculación, al menos formal, con la libre circulación de servicios que recogen los artículos 56 y ss. del TFUE. Y sin embargo, en los considerandos (en concreto, en el segundo), se deja clara que con la Directiva se mejora el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías. Es decir, estos conceptos continúan en el fondo de la cuestión, pero se han preferido otros más directamente relacionados con la salud para basar el proyecto. De esta manera se cumple un doble objetivo: no apartarse del todo de la jurisprudencia del TJ pero buscar un apoyo más lógico para la protección de la salud que aquel que ofrecía la libre prestación de servicios. La Directiva, en realidad, pretende mucho más que la mera búsqueda de un «servicio» sanitario en otro Estado, lo que queda claramente patente en el esfuerzo desarrollado en el capítulo IV (cooperación en materia de asistencia sanitaria).

⁵⁶ Doc. 2008/0142, *óp. cit.*, p. 5.

⁵⁷ Para una explicación del contenido principal de la misma, véase BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P., «Asistencia sanitaria transfronteriza: algunas pinceladas a la luz de la Directiva comunitaria», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, vol. 24, 2001, pp. 1-17.

b) Autorización previa. Se confirma formalmente, y como no podía ser menos, el derecho de los europeos a solicitar asistencia sanitaria en un Estado miembro distinto al Estado de afiliación y el derecho a recuperar los importes que hubieran desembolsado hasta el nivel de reembolso aplicable en sus sistemas nacionales en tratamientos iguales o similares si a ellos tenían derecho en sus países de afiliación. Aunque aparentemente se acoge el principio de la no necesidad de autorización previa para poder solicitar el reembolso (art. 7), la Directiva admite en el artículo 8 un conjunto tan amplio y abstracto de excepciones a este principio general que en realidad el contenido real puede llegar a desvirtuarse en gran medida, y es que aunque la redacción puede hacernos pensar que la autorización previa es lo excepcional («la asistencia sanitaria que puede requerir autorización previa se limitará a aquella que...»), art. 8.2), en realidad son no pocos los casos en los que un Estado puede terminar exigiéndola:

- Cuando la asistencia sanitaria requiera necesidades de planificación con el fin de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar despilfarros de los recursos financieros, técnicos y humanos y suponga que el paciente deba pernoctar en el hospital al menos una noche o exija el uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos.
- Cuando la asistencia entrañe tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población o pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados.
- Cuando la asistencia la proporcione un prestador que pueda suscitar motivos graves de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados.

Los matices ya los recogía el proyecto inicial pero el añadido final (el de la letra c del artículo) no hace sino ampliar la potestad de los Estados a la hora de conceder la autorización, aunque con la excusa de la protección del paciente. Con todo, es cierto que la segunda lectura del Parlamento intentó, como señalé, limitar arbitrariedades en la denegación de la autorización (art. 8.1 *in fine*, inexistente en su última frase en la versión anterior). Es más, en el caso de autorización contemplada en la letra a), se pide al Estado la notificación de las categorías que entiende incluidas en la misma, con lo que parece que la lista de casos estará cerrada, entiendo, de antemano, aunque tampoco se deja suficientemente claro (art. 8.2 *in fine*). Quizás por si sucumbían a las tentaciones de ampliar el abanico de la autorización previa, el artículo 4.3 precisa que este sistema deberá limitarse «a lo que sea necesario y proporcionado y no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria». Sólo la práctica permitirá en su caso fijar conceptos tan abstractamente formulados, con lo que parece que ni con la entrada en vigor de la Directiva el TJ descansará en lo que a libre circulación de pacientes se refiere.

La directiva establece también cuándo no podrá denegarse la autorización previa en una lista (art. 8.5): cuando el paciente tenga derecho a ella según el artículo 7 y cuando esa asistencia no pueda prestarse en su territorio en un plazo médicamente justificado teniendo en cuenta el estado de salud del interesado y la posible evolución de la enfermedad, su dolor o la naturaleza de la discapacidad. El apartado 6 establece, por su parte, que la denegación será posible en cuatro casos: cuando exista un grado razonable de certeza de que el paciente vaya a exponerse a un riesgo que no pueda considerarse aceptable; cuando exista un grado razonable de certeza de que la población en general pueda quedar expuesta a un riesgo sustancial, cuando la asistencia se proporcione por un prestador que suscite motivos graves y específicos de inquietud respecto de las normas y directrices relativas a la calidad y seguridad del paciente y cuando la atención pueda prestarse en su territorio en un plazo médicamente justificable, teniendo en cuenta el estado de salud de cada paciente y la evolución de su enfermedad. Estos criterios pueden crear, sin embargo, cierta inseguridad jurídica, pues no queda claro cómo determinar su existencia (por ejemplo, qué es «grado razonable de certeza»; «riesgo sustancial» para la población, «plazo médicamente justificable»...).

c) Reembolso. Se reembolsarán todos los gastos por las prestaciones a las que el asegurado hubiera tenido derecho en su propio sistema de afiliación y sólo hasta la cuantía que habría

asumido ese Estado si él mismo hubiera prestado la asistencia, sin exceder del coste real de la misma (art. 7.1 y 7.4). La balanza se inclinó también aquí del lado de los Estados, puesto que (art. 7.9) un Estado miembro de afiliación podrá limitar las normas de reembolso «por razones imperiosas de interés general, como el riesgo de suponer un grave perjuicio para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social o el objetivo de mantener un servicio hospitalario equilibrado y abierto a todos y a los prestadores que hayan suscrito un seguro de responsabilidad profesional, una garantía o un sistema similar establecido por el Estado de tratamiento»⁵⁸. La versión final ha resultado sin embargo más beneficiosa para el paciente, puesto que contempla (art. 7.4) que los Estados de afiliación pueden decidir reembolsar el coste total de la asistencia prestada, incluso si excediera la cuantía de lo que hubiera supuesto el prestarla en su territorio y permite también que el Estado de afiliación reembolse, si así lo desea, los gastos de alojamiento y viaje u otros. Se ha abierto así una opción nueva, pero queda por ver si los Estados harán uso de ella.

En el caso de los jubilados que residan en otro Estado miembro se produce una pequeña novedad. En principio, y según el Reglamento CE 883/2004, es el Estado de residencia quien reembolsa el coste de la asistencia que se les presta⁵⁹, pero la Directiva establece (art. 7.2.a) que en el supuesto de que regresen a su país de origen para obtener algún tratamiento, será este quien correrá con los gastos. La modificación, por la que España abogaba, ha servido para acallar los temores de los Estados europeos que más jubilados eligen para pasar sus *días dorados* y que provocaban ciertos desajustes y desequilibrios por los costes sanitarios que generaban.

Se excluyen además de la directiva a las personas que necesitan cuidados de larga duración⁶⁰ y al acceso a órganos y su asignación para realizar trasplantes (considerando 15 y art. 1.3 b) y programas de vacunación pública, así como el derecho de reembolso de gastos de pacientes con enfermedades raras que recogió en su día el Parlamento Europeo⁶¹. Se excluyen también del ámbito de aplicación de la directiva los medicamentos o aparatos médicos a través de Internet (considerando 17).

d) El sistema de cooperación entre Estados miembros en cuestiones de salud ha mejorado notablemente, así como la información en manos del paciente, algo que ya contemplaba la Directiva originaria, pero que ahora termina de consolidarse:

- Intercambio de información de normas en materia de calidad y seguridad y sobre clarificación de facturas (art. 10).
- Reconocimiento de recetas extendidas en otro Estado miembro (art. 11). Así, si un Estado autoriza la comercialización de un producto en su territorio, debe garantizar que las recetas para dicho producto en otro Estado puedan dispensarse de acuerdo con la legislación nacional. De hecho, el reembolso incluye la asistencia sanitaria pero también la receta y los productos médicos si estos se han originado a consecuencia de un servicio sanitario.
- Apoyo al desarrollo de redes europeas de referencia entre los prestadores de asistencia sanitaria y los centros de referencia de los Estados miembros (art. 12). La participación

⁵⁸ En realidad, eran cuestiones que ya contempló la propuesta primera (*vid.* art. 8.3 de la redacción inicial).

⁵⁹ El reembolso supone la cantidad total del tratamiento que esté cubierta según la legislación del Estado que lo presta. Sobre el Reglamento, véase A. GARCÍA CORTÁZAR Y NEBREA, «El campo de aplicación del Reglamento 883/2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 64, noviembre 2006, pp. 51-62 y J. GARCÍA VIÑA, Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 64, noviembre de 2006, pp. 63-74.

⁶⁰ Art. 1.2. a).

⁶¹ Aunque sí se prevé la creación de redes europeas de referencia (art. 12) entre prestadores de asistencia y centros especializados. Esta cuestión se contempla por tanto en la Directiva, pero dándole un enfoque específico que se aparta por tanto del régimen general, sobre todo porque el Reglamento CE 883/2004 para la remisión del paciente con enfermedades raras a otros Estados miembros la contempla de manera expresa. La Directiva contempla, además, de la creación de esas redes, la implicación directa de la Comisión en esta cuestión que, según el artículo 13, apoyará a los Estados miembros en el desarrollo de las capacidades de diagnóstico y tratamiento.

será voluntaria y se pretende con ella cooperar en el uso de tecnologías avanzadas, la mejora de diagnósticos, la investigación epidemiológica o la excelencia clínica.

- Sanidad electrónica: mejora en el historial compartido de los pacientes y medidas comunes de identificación (art. 15)
- Establecimiento de puntos de contacto nacionales (art. 6) en el Estado de afiliación. La Directiva inicial hacía recaer todo el peso en el Estado de afiliación, mientras que según la última propuesta se comparte entre esta y el Estado de tratamiento.

V. ¿Victoria para los Estados o para los pacientes?

31. Los Estados, como pudimos comprobar, lucharon enconadamente durante meses por un texto de directiva que les resultara más favorable y parecen haber logrado su propósito, al conseguir un incremento de los casos en los que se puede exigir autorización previa. En realidad, y como señalamos, una lectura precipitada pudiera hacernos pensar que no es tanto el cambio al respecto en la nueva versión, pero la introducción de elementos determinantes para la negación que se formulan de manera abstracta ofrecen, sin duda, un mayor margen de maniobra a los Estados, aunque también es cierto que la segunda lectura del Parlamento Europeo la ha limitado un tanto⁶².

32. No fue el único fantasma que lograron alejar: bajo la presidencia sueca se habían introducido los tratamientos prestados en consultas privadas sin concierto en otros Estados miembros, pero la nueva redacción exime al Estado de afiliación de pagar esos gastos, pudiendo exigir autorización previa en estos casos y denegarla por razones de que no está garantizada una calidad suficiente en la prestación del servicio.

España fue, de hecho, de los Estados más activos, y se opuso ferozmente a la directiva inicial, consciente como era de que el sistema español tenía problemas concretos que no existían en todos los demás. A nuestro Estado le preocupaba de manera especial la asistencia a pensionistas de otros Estados que han elegido nuestro país para pasar sus últimos años al sol. España, como Estado de residencia y según lo que establece el Reglamento 883/2004 es normalmente quien corre con los gastos de su asistencia sanitaria, con la paradoja de que, conforme al primer proyecto de la directiva, si regresaban a su país de origen para someterse a algún tratamiento debía reembolsar al ciudadano por la asistencia en ellos prestada. La entonces Ministra de Sanidad, Trinidad Jiménez, declaró en diciembre de 2009 (cuando se vetó la directiva original) que el coste de pagar esos gastos sería de 2.000 millones de euros anuales⁶³. A España le preocupaba también la obligación de reembolsar gastos sanitarios prestados en centros privados sin concierto de otro Estado miembro, pues entendía que de esta manera rompía el modelo sanitario de cohesión, justicia y solidaridad, puesto que se mantenía el sistema público gratuito y universal pero al mismo tiempo se obligaba al Estado a reembolsar los gastos de pacientes (con elevado nivel adquisitivo y que, por tanto, pudieran adelantar los costes) en centros privados en otros Estados miembros.

España puede apuntarse dos tantos, pues ha logrado imponer sus intereses en ambos aspectos. Con la nueva directiva se lograba, o eso defendía la Presidencia española, el equilibrio entre los derechos de los pacientes a buscar asistencia transfronteriza y los de los Estados a organizar sus sistemas de asistencia sanitaria. Pero, ¿ha sido realmente así? ¿Puede sentirse satisfecho el paciente con lo hasta ahora aprobado o los envites de los Estados a la propuesta de la Comisión han restringido su libertad como pacientes en la UE?

⁶² «El sistema de autorización previa, incluidos los criterios y la aplicación de los mismos, así como las decisiones individuales de denegación de la autorización previa, se restringirá a lo que sea necesario y proporcionado al objetivo que se pretende, y no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria ni un obstáculo injustificado a la libre circulación de los pacientes».

⁶³ Según recogía El País, 2 de diciembre de 2009. Por los residentes europeos que viven en España, el Gobierno ingresa unas cantidades por cada uno. La cantidad es distinta según se trate de un trabajador o pensionista. En 2008, la cifra alcanzó 438 millones de euros (www.rtve.es, 24 de septiembre de 2009). Pagó 6,4 por los españoles que viven en otros países de la UE. Sin embargo, las cuentas realmente no benefician a España, sobre todo si tenemos en cuenta que hay Comunidades cuyo gasto en asistencia sanitaria a europeos duplican y triplican a las de otras. Sindicatos y asociaciones médicas que en realidad nunca se recupera todo el dinero que nos cuesta.

33. En realidad, aunque se haya retrocedido respecto del planteamiento inicial, la directiva ha logrado un equilibrio bastante aceptable entre las necesidades de los Estados y las de los pacientes. Las apuestas iniciales de la Comisión eran claramente más favorecedoras a estos, pero de ser razonables hemos de reconocer que suponían serios sacrificios, sobre todo para algunos Estados (entre ellos el nuestro) que quizás no en este momento, pero sí quizás en un futuro, pudieran poner en compromiso el sistema de seguridad social.

34. Una de las últimas cuestiones prejudiciales del TJ sobre este tema, cuya resolución se dictó apenas tres semanas después de que el Consejo adoptara en primera lectura el proyecto de Directiva, demuestra que esas dos instituciones (TJ y Comisión) no están tan lejos respecto de la cuestión⁶⁴. La sentencia de 5 de octubre de 2010 se ocupaba del caso de un nacional búlgaro, el Sr. Elchinov, que solicitó a su sistema de salud, mediante el procedimiento E-112 la autorización para recibir en Alemania un tratamiento de última generación que no se prestaba en su país. Su precaria salud le obligó a seguirlo antes de obtener respuesta, pero la Administración búlgara se lo denegó al entender que no lo contemplaba la legislación estatal. El TJ confirmó una vez más su ya consolidada jurisprudencia: los Estados miembros deben respetar el derecho de libre prestación de servicios y, por tanto, no establecer restricciones injustificadas en el ámbito de la asistencia sanitaria (párr. 40), pero al mismo tiempo reconocía que, entre las razones que pueden justificar restringir la libre prestación de asistencia sanitaria puede figurar el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, la necesidad de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos y el mantener una capacidad de asistencia o de competencia médica en el territorio nacional⁶⁵, lo que es, ni más ni menos, lo que ya había afirmado en ocasiones anteriores y lo que se recoge también por el proyecto de Directiva.

35. Es necesario, afirmaba el TJ (párr. 44), que los requisitos para conceder la autorización se justifiquen «a la luz de las razones imperiosas antes referidas, que no vayan más allá de lo objetivamente necesario para conseguir su propósito y que no pueda conseguirse el mismo resultado mediante normas menos rigurosas. Asimismo, tal sistema debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano». Una lectura del artículo 8 de la Directiva nos dará buena cuenta de las proximidades que hay entre el razonamiento del TJ y su texto⁶⁶. Asimismo, el TJ aclaró cuándo no debería denegarse la autorización⁶⁷, en términos nuevamente muy similares a los de, en este caso, el artículo 8.5 del proyecto.

36. La tendencia a tener en cuenta no sólo las necesidades de los pacientes sino también de los Estados y la preservación de su equilibrio financiero ha seguido siendo una de las notas que han caracterizado las sentencias posteriores. Así, en el recurso emprendido por la Comisión contra Francia por el incumplimiento del artículo 49 del TCE, al entender aquella que esta había subordinado indebidamente a una autorización previa un tratamiento no hospitalario (para el que, en principio, entendía la Comisión, no era necesaria) pero que exigía un equipo particularmente costoso, el TJ dio la razón al Estado francés, pues entendió que de otra manera se pondrían en peligro la planificación de las autoridades nacionales

⁶⁴ En el considerando de la misma se observa un esfuerzo innegable y demostrado en las continuas referencias a la jurisprudencia del TJ por respetar lo que este ha declarado durante tantos años.

⁶⁵ Asunto C-173/09, 5 de octubre de 2010, párr. 43 y también sentencias Kohll, apartados 41, 50 y 51; Smits y Peerbooms, apartados 72 a 74; Müller-Fauré y van Riet, apartados 67 y 73, y Watts, apartados 103 a 105.

⁶⁶ En el caso concreto que comentamos, la normativa búlgara iba en contra de estas conclusiones, al restringir injustificadamente (párr. 47) la libre prestación de servicios. El TJ consideró que una normativa de un Estado (el búlgaro, en este caso) que se interpreta en el sentido de excluir en todo caso la cobertura de la asistencia hospitalaria sin autorización previa no es compatible con el Derecho de la Unión.

⁶⁷ En este caso, no debería existir tal negación si, cuando las prestaciones previstas por la legislación nacional son objeto de una lista que no menciona expresa y precisamente el método de tratamiento aplicado pero define los tipos de tratamiento cubiertos, se comprueba que el método corresponde a uno de los tipos de tratamiento incluidos en la lista y tampoco debería negarse si hay un tratamiento alternativo que tenga el mismo grado de eficacia pero que no puede dispensarse en tiempo útil en el Estado de nacionalidad del individuo.

y el equilibrio financiero⁶⁸. En la sentencia de 27 de enero de 2011⁶⁹, en la Comisión cargaba esta vez contra Luxemburgo por ciertas trabas en el reembolso de determinados análisis y pruebas hechos en otro Estado Miembro, el Tribunal siguió manejando como argumento determinante la existencia de un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de la seguridad social, si bien en este caso declaró el incumplimiento del artículo 49 TCE al no haberse probado la existencia de esa circunstancia.

37. Un nuevo caso más sobre la cuestión, esta vez con Portugal como Estado demandado, se resolverá en fecha próxima, por la legislación restringida que en ese país existe para el reconocimiento de la asistencia en el extranjero y la falta de claridad en los criterios para denegar la autorización previa. No hay, en las fechas en las que estas líneas se escriben, aún sentencia del TJ, pero las conclusiones de la Abogada General⁷⁰ indican que habrá una condena para el país luso, que en este caso no ha podido justificar, como sí hiciera Francia en la cuestión anteriormente comentada, la inclusión de esas restricciones por razones de equilibrio financiero.

38. Y es que, en realidad, en líneas generales el Consejo y el Parlamento han hecho verdaderos esfuerzos por equilibrar sus intereses y la jurisprudencia del Tribunal. Es cierto que, como señalé, la redacción de la Directiva en cuanto a exigencia de autorización y posibilidad de denegarla puede dar nuevas alas a los Estados. Pero si así ocurre, y los Estados se extralimitaran, siempre podemos confiar en que animosos ciudadanos acudan al TJ que, confiemos en que así sea, puede perfilar en su jurisprudencia esos difusos conceptos. O eso esperamos, porque también es necesario hacer notar que los últimos asuntos y especialmente el que enfrentó a la Comisión y España, parecen indicar que el Tribunal, tan comprensivo antaño con los derechos de los ciudadanos, ha empezado también a comprender la postura de los Estados y velar por el equilibrio financiero y de planificación de sus sistemas de seguridad social.

Los pacientes han visto en cierto modo restringida su libertad de circulación, pero a cambio han ganado en seguridad jurídica. Las negativas de autorización seguirán existiendo, pero tendrá información previa sobre cómo tramitar todo el procedimiento y sobre qué gastos se le reembolsarán, podrá acudir a puntos de información en su país, podrá hacer uso de sus recetas en cualquier Estado europeo, se mejorará la coordinación entre Estados... Aunque también es cierto que, en la otra cara de la moneda, están las amplias posibilidades de negativa de autorización previa, la no fijación de un tiempo para crear un organismo de información en cada Estado o la ausencia en el texto de un plazo para que los Estados reembolsen tratamientos a veces muy costosos y quizás no al alcance de todos los bolsillos. Con todo, el balance de resultados, analizado con frialdad, no resulta finalmente ser tan malo para los ciudadanos europeos. Sólo queda esperar al 25 de octubre de 2013, fecha tope de transposición de la Directiva, para ver cómo se van solventando los problemas.

VI. Conclusiones

39. El Estado del bienestar tiene límites y si queremos conservarlo habrá de ser a costa de pequeños sacrificios y concesiones. La Directiva limita en cierta medida la perspectiva del TJ en cuanto a la libre circulación de pacientes pero en líneas generales se ajusta a su jurisprudencia. Y aún así puede que el paciente siga siendo ganador: aunque se le mermen en cierta medida sus derechos, lo cierto es que se potencia (y mucho) el conocimiento público de las posibilidades que tiene de buscar fuera asistencia sanitaria, con lo que a la larga el sacrificio puede compensarle.

La Directiva, es cierto, ha ampliado las posibilidades de los Estados de denegar la autorización previa y ha introducido criterios para hacerlo que pueden fomentar cierta arbitrariedad, pero ha sido el tributo a pagar por conseguir que saliera adelante. La asistencia sanitaria transfronteriza no escapa,

⁶⁸ STJUE (Gran Sala), de 5 de octubre de 2010, asunto C-512/08, párrs. 40 y ss.

⁶⁹ STJUE (Sala Segunda), asunto C-490/09.

⁷⁰ Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, 14 de abril de 2011, asunto C-255/09, Comisión contra República de Portugal.

pues, al principio de subsidiariedad y los Estados siguen siendo responsables de las prestaciones y la organización de sus sistemas.

40. Por otro lado, se pone freno acertadamente, creo, a la picaresca de quienes buscaban tratamiento mejor y más barato en otros Estados, en tanto en cuanto ha cerrado la puerta a opciones peligrosas que asomaban en el horizonte y que hubiera supuesto desmanes que tampoco hubiera sido lógico aceptar. Los esfuerzos de los Estados en restringir esta Directiva se entienden mejor cuando nos ponemos en el lugar de aquellos que son tradicionales receptores de turistas y, sobre todo de animosos aunque a veces enfermos jubilados europeos que residen en nuestros pueblos costeros⁷¹.

41. Pese a que la Comisión había puesto de relieve la improbabilidad de que «los costes del tratamiento derivados de estas propuestas comprometan la sostenibilidad o la planificación general de los sistemas sanitarios (...) porque los ciudadanos sólo pueden ser reembolsados por la asistencia sanitaria a la que tenían derecho en su país, de modo que los Estados miembros sólo han de pagar los costes sanitarios que hubieran tenido que abonar de cualquier manera»⁷², estos han logrado finalmente cubrirse las espaldas y es que los miedos a las quiebras del sistema en los que más pacientes reciben eran demasiados⁷³. Y la Comisión se ha resignado a aceptarlo, pues prefirió aceptar una Directiva que pudiera realmente materializarse que más cortinas de humo e inseguridades en la regulación jurídica de la cuestión en unos tiempos en los que los europeos, más que nunca, recorren la geografía de los Estados miembros.

42. La aplicación real de la Directiva, en 27 Estados con sistemas bien diferentes entre sí, será otro cantar. Y es que pese a las buenas intenciones aún hay muchos aspectos difusos e insuficientemente definidos (quizás porque hacerlo, a la vista de la casuística existente, sería impracticable), que seguramente seguirán planteando problemas.

⁷¹ Se ha alegado que el turismo sanitario podría incrementarse en nuestro país, pues determinadas intervenciones (operaciones de cadera o partos, por ejemplo) tienen un coste menor que en la mayoría de estados europeos.

⁷² Comunicación de la Comisión. Marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, doc. COM (2008), 415 final, 2 de julio de 2008, p. 10.

⁷³ Y eso que los miedos forzaron a los Estados a ponerse las pilas en una cuestión que antes no les preocupaba tanto. Así, especialmente España, se han ido replanteando en los últimos años seriamente el problema y ha mejorado considerablemente los sistemas de cobro y control de pacientes nacionales de otros Estados miembros en nuestro país y ejercen ahora una mayor presión para que las compensaciones se ajusten a la realidad del gasto efectuado («España recupera una mínima parte de lo que otros países deberían pagarle por atender a sus ciudadanos. Entre las razones están el desconocer el número real de pacientes que se atiende y el no cumplir los trámites administrativos para hacer efectivo el cobro del servicio realizado») (Movilidad de pacientes y asistencia sanitaria en la UE, *cit.* nota 20). Sobre los problemas con los que los pacientes comunitarios se encuentran en España a la hora de recibir asistencia, véase M. ROSENMÖLLER y M. LLUCH, «Meeting the needs of long-term residents in Spain», en M. ROSENMÖLLER, M. MCKEE y R. BAETEN, R. (eds): *Patient Mobility ...*, *cit.*, pp. 59-78), dos puntos en los que la mayoría de técnicos de la Administración coinciden en que aún se podría funcionar mejor.

LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN EL MERCOSUR*

SARA LIDIA FELDSTEIN DE CÁRDENAS
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Buenos Aires - UBA

LUCIANE KLEIN VIEIRA
Asistente de Derecho Internacional Privado
Universidad de Buenos Aires - UBA

Recibido: 17.05.2011 / Aceptado: 25.05.2011

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo comparar la calificación legal de consumidor, presente en el derecho de fuente interna de los países miembros del Mercosur, para a partir de allí establecer las bases comunes y las potenciales diferencias que integran el concepto mencionado. Igualmente, busca precisar la definición legal de «consumidor», utilizada en los debates y negociaciones realizados en el ámbito del Mercosur, considerados como fuente convencional autónoma del derecho del bloque. Finalmente, se establecen conclusiones basadas en la posibilidad de armonización de los conceptos presentados por los distintos Estados, con el objeto de poder ofrecer al consumidor transfronterizo la protección legal adecuada.

Palabras clave: calificación, consumidor, Mercosur, armonización.

Abstract: This article aims to compare the legal qualification of consumers, present in the national Law of the Mercosur countries, to establish common ground and potential differences building that notion. It also clarifies the legal definition of «consumer», used in many debates and negotiations in the Mercosur's context and considered as a conventional source of Mercosur economic block's Law. Finally, conclusions are drawn based on the possibility of harmonization of concepts presented by many States, to offer the adequate legal protection for cross-border consumers.

Key words: qualification, consumer, Mercosur, harmonization.

Sumario: I. Introducción. II. El Concepto de Consumidor. III. El Concepto de Consumidor en el Derecho de Fuente Interna. 1. El concepto de consumidor en la Argentina. 2. El concepto de consumidor en Brasil. 3. El concepto de consumidor en Paraguay. 4. El concepto de consumidor en Uruguay. 5. El concepto de consumidor en Venezuela. IV. El Concepto de Consumidor en el Derecho de Fuente Convencional Autónoma. 1. La Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) n° 123/1996. 2. El Protocolo de Santa María. 3. El Proyecto de Protocolo o Reglamento Común de Defensa del Consumidor. 4. El Proyecto de Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) sobre Derecho Aplicable a los Contratos internacionales de Consumo. V. Algunas Propuestas. Conclusiones.

*Este trabajo se inserta dentro del marco del Proyecto UBACyT n° 20020090100048, sobre «El Derecho Aplicable en Materia de Contratación Electrónica con Consumidores: bases para la armonización legislativa en el Mercosur» (2010-2012), dirigido por la Dra. SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS.

I. Introducción

1. La defensa del débil en sentido jurídico es preocupación esencial del Derecho moderno¹, e inobjetablemente lo es para una de sus manifestaciones que no puede permanecer ajeno como es al Derecho Internacional Privado², en especial dentro del área de la contratación internacional³. Por este motivo nos vienen a cuento aquellas célebres palabras de BASTIAT cuando sostuvo, y el tiempo le dio la razón, que «si los bienes no cruzan las fronteras, lo harán los soldados»⁴. En este último aspecto, la asistencia de esta rama del Derecho en la búsqueda de soluciones es algo ineludible, ya que resulta común, que en una transacción internacional el proveedor y el consumidor residan en diferentes jurisdicciones, de modo tal que por lo menos dos derechos nacionales pueden potencialmente ser aplicados sobre protección del consumidor.

2. A tenor de este múltiple escenario, en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales que se desarrollan dentro de los espacios integrados, los esquemas de integración, precisamente, tienen como desafío armonizar el concepto de consumidor en el territorio de los países miembros, en razón de que la definición varía según las distintas normas y tradiciones jurídicas, para que de esta forma el consumidor transfronterizo no se quede sin el amparo de la protección estatal. Si bien es cierto que somos conscientes, tal como lo señala ATILIO ANÍBAL ALTERINI, cuando sostiene que la caracterización del consumidor es problemática⁵, no lo es menos que debemos asumir esta tarea. Hay que puntualizar, y ello cobra fundamental importancia, si la definición de consumidor debe ser o no realizada. En caso afirmativo, habrá que discernir acerca de la conveniencia de la adopción de una noción restrictiva o amplia, es decir lo suficientemente abarcativa como para comprender variadas situaciones. Al intentar definir, al calificar, se está procurando fijar el ámbito de aplicación normativo, y por ende, el alcance de la tutela, del régimen especial previsto.

3. Siendo así, el objetivo de este análisis es hacer un estudio comparativo sobre el concepto de consumidor en los cuatro Estados Partes del MERCOSUR, ampliando todavía el análisis incluyendo el derecho del consumidor en Venezuela, país candidato a entrar en el bloque como Miembro Pleno. Todo ello, sin dejar de tener en cuenta la calificación de consumidor dada por el esquema de integración en los diversos intentos de edición de normativas MERCOSUR sobre protección y defensa de la parte vulnerable del contrato de consumo. En la parte conclusiva de este trabajo, se pretende verificar si es pertinente y posible armonizar los conceptos de consumidor existentes en el bloque y de qué forma esto podrá ser logrado.

¹ Vid. L. JOSSE RAND, «La protección de los débiles por el Derecho», *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, n° 12, diciembre 1947, p. 313.

² En este sentido es interesante destacar que: «la protección del consumidor comenzó siendo una cuestión de derecho interno, limitándose al espacio territorial en que cada Estado ejerce su soberanía; sin embargo, el extraordinario desarrollo que el comercio internacional ha tenido en las últimas décadas ha puesto de manifiesto la necesidad de extender la tutela para más allá de las fronteras nacionales.» (Vid. D. HARGAIN/G. MIHALI, *Circulación de Bienes en el Mercosur*, BdeF, Buenos Aires, 1998, p. 504.)

³ Aunque la referencia a los contratos internacionales resulta ineludible, no puede ignorarse que puede hablarse de relación de consumo, que abarca todas las situaciones en las que el sujeto es protegido, antes de la contratación, durante ésta y después de celebrado el contrato si es dañado por un acto ilícito extracontractual sea que actúe individual o colectivamente.

⁴ Vid. A. A. ALTERINI, *Contratos Civiles, Comerciales, De Consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 159. El derecho de los consumidores en el derecho privado se refleja como un microsistema jurídico de protección del consumidor. En este sentido, LORENZETTI señala algunos puntos que evidencian la gestación del proceso de formación de los microsistemas: a) se instala un orden protectorio que deroga el principio general de la igualdad de los ciudadanos. El orden supletorio se torna imperativo, surgen las nulidades virtuales y se pretende el mantenimiento del propósito práctico perseguido por los contratantes, los módulos abiertos para la calificación de cláusulas contractuales abusivas, el listado de cláusulas negras y grises, el control administrativo previo, el desechamiento de algunas cláusulas manteniendo el negocio y rediseñándolo, aunque no son muy frecuentes en el Derecho Común; y b) existe un apartamiento del principio de efectos relativos de los contratos, al sugerir la imputación de daños al fabricante, al distribuidor, al mayorista, al titular de la marca que no han celebrado contrato alguno con el consumidor como ocurre en la ley brasileña 8078/90. Asimismo, prosigue el autor, se conceden acciones al consumidor, al usuario, a miembros del grupo familiar, a las asociaciones de consumidores, que tampoco han tenido vínculos convencionales previos. (Vid. R. LORENZETTI, «La Relación de Consumo. Ámbito de Aplicación del Estatuto de Defensa del Consumidor», en R. LORENZETTI/G. J. SCHÖTZ (Coords.), *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.)

⁵ Vid. A. A. ALTERINI, *op. cit.*, p. 152.

II. El Concepto de Consumidor

4. El concepto jurídico del consumidor aparece aproximadamente en la década de los cincuenta, en donde logra independizarse del clásico contratante del ámbito contractual y del damnificado del área de la responsabilidad extracontractual. La importancia es tal, que hay estados que tienen previsiones en sus constituciones nacionales⁶, tal el caso de la Argentina (artículos 42 y 43⁷), y de Brasil (artículos 5 y 170), entre otros.

5. Conforme advierte JAVIER H. WAJNTRAUB, el origen del término «consumidor» está relacionado a las ciencias económicas, aunque actualmente haga parte del mundo jurídico. Según el autor: «para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Lo que busca el consumidor es hacerse con el *valor de uso* de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios. En este sentido, participa de la última fase del proceso económico.» Así, al consumidor le interesa el valor de uso mientras que al empresario el valor de cambio. El consumidor es el último eslabón en la secuencia económica.⁸

Como se puede imaginar, sería fácil tomar el concepto económico de consumidor y trasladarlo a la ciencia jurídica, considerando, además, que el ordenamiento jurídico de los distintos Estados intenta resguardar, por sus leyes de protección al consumidor, el sujeto más débil de la relación de consumo. Empero, para merecer la protección asignada por la ley, no basta que aparezca la situación de debilidad estructural antes señalada. Es necesario, por ende, que la propia ley encuadre el sujeto que adquiere un bien o un servicio dentro de una determinada categoría jurídica o tipo legal, es decir, dentro de la calificación establecida por la ley a ser aplicada.

De esta forma, definir cómo se califica el «consumidor» es esencial a la hora de determinar cuáles son las relaciones jurídicas que podrán ser consideradas como relaciones de consumo y, por ende, cuáles son los sujetos que estarán protegidos por la ley. Como bien advierte DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, el «consumidor» es definido de maneras muy distintas en los diversos países. En este sentido, existen tres criterios principales que suelen ser empleados por las legislaciones en el Derecho Comparado, para determinar quien será abarcado por la relación de consumo. Tales criterios pueden surgir en el texto legal de forma individual o combinada y se refieren a lo siguiente: «in the first place, the type of person can be taken into account. Indeed, some legal orders exclusively reserve the description of consumer for physical persons, excluding juridical persons. Others, however, encompass both types. A sub-distinction can be employed for juridical persons: in certain countries, an association may be deemed to be a consumer, but not a corporation (civil or commercial), whereas in others, the description is not limited to a certain type of juridical person. In the second place, the behaviour of a person who purchases goods or services plays an important part in determining the application of protective rules. Following the example of EU law, many orders limit the application of consumer law to passive consumers, that is to say, to those

⁶ El concepto de consumidor fue independizado del concepto general de contratante en razón de su debilidad o hiposuficiencia. En este contexto, la fragilidad del consumidor fue lo que llevó a los Estados a adoptaren medidas y políticas públicas a favor de su protección, en donde podemos incluir la previsión constitucional como mecanismo imprescindible para el logro de los objetivos protectorios planteados. Como bien advierte Lopes: «o consumidor aparecia como uma figura frágil frente ao poderio econômico-financeiro dos grandes grupos, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial. Por conta desse flagrante desequilíbrio, emergiram no cenário mundial as regras jurídicas da proteção do consumidor, impingindo ao Estado adotar políticas visando adaptar disparidades por meio de políticas e programas governamentais.» (Vid. R. KFURI LOPES, «A maioria da Lei de Consumo no Brasil», *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, n° 19, febrero/marzo 2008, p. 156.)

⁷ También se encuentra protegido por constituciones provinciales como, por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Santa Cruz de 1957 (artículo 46); la Constitución de Jujuy de 1986, artículo 73; la Constitución de San Juan de 1986, artículo 69; la Constitución de Santiago del Estero de 1986, artículo 51; la Constitución de Córdoba de 1987, artículo 29; la Constitución de Catamarca de 1988; la Constitución de Río Negro de 1988, artículo 30; la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, artículo 22 y el artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (CPBA), entre otras constituciones.

⁸ Vid. J. H. WAJNTRAUB, «La Noción de Consumidor tras la Reforma de la Ley 24.240», en R. VÁZQUEZ FERREYRA (Coord.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 155.

who have not taken any particular steps to purchase the goods and/or to those who have been targeted by marketing and advertising campaigns. Finally, some laws consider the purpose for which goods have been purchased in order to determine the application of protective instruments within consumer law. This criterion allows for a flexible appreciation of the notional consumer. Purchases made for professional reasons are excluded from this area of application of consumer law. This element is sometimes combined with the purchaser's expertise: therefore a professional who purchases goods or services for professional reasons, but in an area of activity where he/she has no experience, may be deemed to be a consumer and may benefit from protective rules.»⁹

En este aspecto, resulta necesario resaltar que los elementos que pueden ser tomados en consideración son, por ejemplo, el destino final de los bienes (uso familiar, personal o doméstico), la naturaleza profesional de la actividad del consumidor que los introduce o no en el mercado, o bien la integración de los bienes al proceso productivo, destino final de la producción, entre otros.

6. Cuando se trata de definir al consumidor, según un destacado jurista argentino, se suelen distinguir claramente entre concepciones objetivas y concepciones subjetivas. Las concepciones *objetivas* suelen contener un componente positivo y otro negativo: el elemento positivo consiste en la exigencia de que el acto de intermediación sea realizado por un profesional del comercio, y el elemento negativo atañe al sujeto calificado como consumidor, que no debe actuar profesionalmente. En esta concepción, el *acto de consumo* «pone necesariamente en contacto a un consumidor con un profesional» que está «habitado a concluir un contrato semejante». En las definiciones *subjetivas* hay también un componente positivo: para ser considerado consumidor el sujeto debe destinar la adquisición a su uso personal o familiar; pero la calidad profesional del intermediario resulta indiferente. En esta concepción, se trata del «adquirente no profesional de bienes de consumo destinados a su uso personal»¹⁰. Aunque para ser sinceras, no podemos ignorar que hay legislaciones, instrumentos normativos, que combinan el uso personal con la naturaleza profesional o no profesional de la actividad desarrollada por el consumidor al concluir el contrato, tal el caso del artículo 120 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, cuando establece que: «habrá prestación corriente de consumo destinada a un uso personal o familiar del consumidor y que no tiene relación con la actividad profesional o comercial del mismo».

III. El Concepto de Consumidor en el Derecho de Fuente Interna

7. Para empezar el análisis al cual nos propusimos, el primer paso será buscar el concepto de consumidor establecido en el derecho interno de cada uno de los Estados que forman parte del MER-

⁹ Vid. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Consumer Protection in International Private Relations», en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO/J. A. MORENO RODRÍGUEZ (Coords.), *Consumer Protection in International Private Relationships – La Protection des Consommateurs dans les Relations Privées Internationales*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 671-672. En primer lugar, el tipo de persona puede ser llevado en consideración. De hecho, algunos ordenamientos jurídicos se reservan exclusivamente la descripción de los consumidores para las personas físicas, con exclusión de las personas jurídicas. Otros, sin embargo, abarcan los dos tipos. Una sub-distinción puede ser empleada para las personas jurídicas: en algunos países, una asociación puede ser considerada como un consumidor, pero no una sociedad (civil o mercantil), mientras que en otros, la descripción no se limita a un determinado tipo de persona jurídica. En segundo lugar, el comportamiento de una persona que compra bienes o servicios desempeña un papel importante en la determinación de la aplicación de las normas de protección. Siguiendo el ejemplo de la legislación de la UE, en muchos ordenamientos jurídicos se limita la aplicación del derecho del consumidor a los consumidores pasivos, es decir, a aquellos que no han tomado ninguna medida en particular para comprar los productos y/o para aquellos que han sido blanco de marketing y campañas de publicidad. Por último, algunas leyes llevan en consideración la finalidad según la cual los bienes hayan sido adquiridos con el fin de determinar la aplicación de los instrumentos de protección en el derecho del consumidor. Este criterio permite una apreciación flexible de la figura teórica del consumidor. Las compras realizadas por motivos profesionales se excluyen de esta zona de aplicación del derecho del consumidor. Este elemento se combina a veces con la experiencia del comprador: por lo tanto un profesional que compra bienes o servicios por razones profesionales, pero en un área de actividad en la que él/ella no tiene experiencia, puede ser considerado como un consumidor y puede beneficiarse de las normas de protección. (Traducción libre)

¹⁰ Cuando analicemos las legislaciones pertinentes procuraremos ubicarlas dentro de estas concepciones.

COSUR, incluyendo a Venezuela, para que así sea posible trazar un paralelo entre las calificaciones presentadas, de forma a verificar en cuáles de ellos se le confiere al consumidor una mayor protección jurídica.

1. El concepto de consumidor en la Argentina

8. El artículo 1° de la ley n° 24.240, ley de protección y defensa del consumidor, cuya redacción fue determinada por la reforma introducida por la ley n° 26.361, del 07 de abril de 2008, brinda la noción de usuarios¹¹ y consumidores en el territorio argentino, manteniendo, a grandes rasgos, la definición anteriormente empleada, empero, introduciendo algunos cambios importantes, los cuáles serán subrayados en este trabajo.

Conforme el artículo mencionado, se entiende por consumidor o usuario «a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social».

El primer comentario que se puede hacer a este precepto es que el mismo, con relación a la redacción anterior, conserva el criterio amplio de incluir en el concepto de consumidor tanto a la persona física como a la jurídica, lo que de cierta forma, está en armonía con las legislaciones vigentes en los demás países del MERCOSUR¹², cómo se verá en el trascurso de este estudio.

Además, es de subrayar que la nueva redacción dada al artículo 1° incluye como consumidor a aquél que adquiere o utiliza bienes o servicios de modo gratuito. De esta forma, conforme destacan ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA y DAMIÁN AVALLE, «quedan entonces comprendidas directamente dentro del ámbito de la ley, siéndoles por ende aplicables todos sus institutos (deber de información, carácter vinculante de la oferta, régimen de las garantías, etc.), las denominadas muestras gratis (antes contempladas en la reglamentación), la provisión de servicios sin costo con fines experimentales o publicitarios, en fin, toda contratación gratuita; así como también todos aquellos ‘accesorios’ gratuitos a una relación de consumo, tales como el servicio de playa de estacionamiento en supermercados y centros comerciales, etc.»¹³

Otra cuestión que surge de la lectura del mentado artículo 1° es que para que sea considerado consumidor, el sujeto debe actuar en el mercado como destinatario final de los bienes o servicios, ya que éstos deben ser empleados para uso privado, familiar o social. Es decir, por el texto de la ley, «el producto o servicio es retirado del mercado, no volviéndose a reinsertar en él mediante su incorporación a un nuevo proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios.»¹⁴ Siendo así, la reforma admitió que las personas jurídicas estén dentro de esta protección legal, cuando actúen fuera del ámbito de su

¹¹ El derecho argentino distingue entre el usuario y el consumidor, determinando que el primero se refiere a quien utiliza bienes o servicios sin ser parte del contrato de consumo. (Vid. C. A. HERNÁNDEZ, «La Noción de Consumidor y su Proyección sobre la Legitimación para Accionar», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo 2009-1, 2009, p. 270.)

¹² Vid. C. A. HERNÁNDEZ/S. A. FRUSTAGLI, «Primeras Consideraciones sobre los Alcances de la Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con Especial Referencia a la Materia Contractual», *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 67, julio/septiembre 2008, p. 246.

¹³ Vid. R. A. VÁZQUEZ FERREYRA/D. AVALLE, «Reformas a la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios», *La Ley*, Tomo 2008-D, p. 1064.

¹⁴ Vid. C. A. HERNÁNDEZ/S. A. FRUSTAGLI, *op. cit.*, p. 246. Respecto al tema, es interesante mencionar que el art. 2°, § 2° de la ley de defensa del consumidor, derogado por la reforma, decía expresamente que no tendrían el carácter de consumidores o usuarios quienes adquiriesen, almacenaren, utilizaran o consumieren bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Esto condujo a que un sector de la doctrina argentina sostuviera que sólo las personas jurídicas sin fines de lucro estaban en condiciones de ser calificadas como consumidores, entendiendo, por ende, que no se justificaba extender a las empresas la protección concedida a las personas físicas, sustentada en la carencia del suficiente discernimiento y en la hiposuficiencia, ya que éstas cuentan con conocimiento, experiencia de mercado y asistencia técnica. (Vid. G. STIGLIZ, «Interpretación del Contrato por Adhesión entre Empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)», *La Ley*, Tomo 1995-C, p. 18.) De la misma forma, el decreto reglamentario de la ley 24.240, por no distinguir «entre adquisiciones relacionadas de manera genérica o específica con la actividad profesional del adquirente, intentaba excluir de la tutela legal a las personas jurídicas de carácter lucrativo, toda vez que en tal caso, cualquier adquisición habría de relacionarse de algún modo con su actividad profesional». (Vid. C. A. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 269.)

actividad profesional¹⁵, confirmando la tendencia jurisprudencial¹⁶ y doctrinaria¹⁷ que pugnaba por una interpretación menos rigurosa¹⁸.

Además, el nuevo artículo 1º eliminó los tres incisos que antes tipificaban los contratos amparados por la ley de defensa del consumidor (adquisición o locación de cosas muebles, prestación de servicios, adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada). Por la nueva redacción, queda ahora comprendida toda la contratación inmobiliaria, antes limitada a los inmuebles nuevos destinados a la vivienda, exceptuados los negocios celebrados entre dos particulares, por estar ausente el requisito de profesionalidad que define el concepto de proveedor, conforme el artículo 2º de la ley 24.240¹⁹. La nueva redacción permite incluir en la noción de consumidor a todo aquél que celebre un contrato o negocio jurídico, sobre todo los relacionados a «la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines»²⁰.

Sin embargo, el cambio más significativo se refiere a la introducción del párrafo final al artículo 1º, según el cual: «se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.»

Por esta determinación, el legislador argentino consideró comprendidos en la tutela del régimen de consumo a los no contratantes, como bien señala Atilio Alterini²¹. De esta forma, están protegidos por la ley de defensa del consumidor los que se conocen como *bystander*; es decir, «aquellas personas que sin haber celebrado un contrato con el proveedor de bienes o servicios, sufren un perjuicio por la utilización o consumo de éstos»²².

En esta línea, por ende, es de subrayar la equiparación que se hace del consumidor con aquél sujeto que «de cualquier manera esté expuesto a la relación de consumo.» Según Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli, esta situación puede darse en las siguientes circunstancias: a) cuando se trata de potenciales consumidores, frente a campañas publicitarias, condiciones generales de contratación o prácticas comerciales indeterminadas en sus destinatarios, que puedan resultar lesivas a los intereses de aquellos y b) cuando se trata de la seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor²³.

¹⁵ Como se puede observar, la fórmula legal del derecho argentino conserva el criterio amplio de considerar como consumidores a las personas físicas y a las jurídicas, en la medida que actúen fuera del ámbito de sus actividades profesionales, que en el caso de las últimas supone obrar fuera de su objeto social o giro comercial específico. (Vid. C. A. Hernández, *op. cit.*, p. 269.)

¹⁶ Véase: «Defensa del Consumidor. Sujetos Comprendidos. Calificación de Consumidor. Protección Ley 24240 arts. 1 y 2. Destinatario Final del Bien. Exclusión: Fines Comerciales. Corresponde declarar aplicable la ley 24.240 respecto de una persona jurídica como consumidor protegido por tal norma legal, si —como en el sub lite— aquella adquirió a título oneroso un automotor cero kilómetro con la finalidad de utilizarlo en su propio beneficio, para satisfacer las necesidades de una empresa comercial: en particular la necesidad de traslado de su representante legal y del cuerpo de profesionales para la supervisión de las obras en ejecución. Es decir, como consumidor o destinatario final del bien, sin el propósito de disponer de éste, para a su vez integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros; este es el alcance protector que emana de la ley 24.240, 1 y 2 párrafos, que torna necesario armonizar la expresada finalidad con la calidad de destinatario final que ostenta la sociedad en cuestión, por esencia, el consumidor.» (CNA 21 noviembre 2000, *Artemis Construcciones S.A. c/ Dìyon S.A. y otro*, CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. PROSECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA, *Defensa del Consumidor. Fallos de 1ª y 2ª Instancia*, 2010, p. 76.)

¹⁷ Vid. R. Lorenzetti, *op. cit.*, p. 82; C. A. Gherzi/C. Weingarten, «Proyecto de Reforma a la Ley del Consumidor», *La Ley*, Tomo 2006-E, p. 1.144.

¹⁸ Esta consideración acerca la conveniencia de la aceptación de una noción amplia abarcativa tanto de las personas físicas como las personas jurídicas fue defendida por Victoria Basz y Sara L. Feldstein de Cárdenas, en ponencia ante la Comisión N° 7, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1990.

¹⁹ Vid. R. A. Vázquez Ferreyra/D. Avallé, *op. cit.*, p. 1064.

²⁰ Cabe destacar que estas figuras contractuales referentes a los tiempos compartidos, clubes de campo y cementerios privados tienen solamente carácter enunciativo. Como destaca Laura Pérez Bustamante: «tales menciones no eran necesarias, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia han estimado aplicable la ley de defensa del consumidor a estas contrataciones.» (Vid. L. Pérez Bustamante, «La Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor», en R. Vázquez Ferreyra (Coord.), *op. cit.*, p. 110.)

²¹ Vid. A. A. Alterini, «Las Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera Lectura, 20 Años Después», en R. Vázquez Ferreyra (Coord.), *op. cit.*, p. 6.

²² Vid. R. A. Vázquez Ferreyra/D. Avallé, *op. cit.*, p. 1065.

²³ Vid. C. A. Hernández/S. A. Frustagli, *op. cit.*, p. 248.

2. El concepto de consumidor en Brasil

9. El Código de Defensa del Consumidor, ley n° 8.078, del 11 de septiembre de 1990, en su artículo 2° define el consumidor como siendo «toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza producto o servicio como destinatario final.»

Como se verifica, el Código mencionado adoptó el concepto económico de consumidor, ya que se refiere al destinatario final del producto o servicio, elemento indispensable para la calificación de una persona física o jurídica como sujeto de la relación de consumo²⁴. De ser así, según la ley brasileña, para que el sujeto sea considerado consumidor deberá retirar el bien del mercado al adquirirlo o simplemente utilizarlo, poniendo fin en la cadena de producción, por no emplearlo profesionalmente²⁵. Así, aquel que adquiere o utiliza el bien, para seguir produciendo, no será calificado como consumidor final, pues estará transformando el bien, utilizándolo para ofrecer otro producto a su cliente²⁶, que sí es el verdadero consumidor²⁷, en la medida que éste no actúa con habitualidad y con conocimiento de mercado.

Esta interpretación es considerada por la doctrina mayoritaria como una definición de orden finalista, en la medida que restringe la figura del consumidor a aquel que adquiere el producto para su uso propio y de su familia, para tutelar especialmente a este grupo más vulnerable de la sociedad²⁸.

De esta forma, es necesario mencionar que la persona jurídica también podrá ser considerada «consumidor», pero, solamente cuando los bienes adquiridos fueren de consumo, y no de capital, debiendo ser demostrado que no serán empleados en otra actividad en el mundo de los negocios²⁹.

²⁴ Para CLAUDIA LIMA MARQUES: «Le CDC a préféré une définition large du consommateur, avec un élément objectif (la 'destination finale') sans mentionner l'utilisation des produits et des services contractés pour des besoins personnels ou familiaux (élément subjectif). La définition de l'article 2 permet l'inclusion des personnes morales sous son champ d'application.» (Vid. C. LIMA MARQUES, «Brésil», en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO/J. A. MORENO RODRÍGUEZ (Coords.), *op. cit.*, p. 55.) El CDC optó por una definición amplia de consumidor, con un elemento objetivo (el «destino»), mencionando el uso de productos y servicios contratados para las necesidades personales o familiares (elemento subjetivo). La definición del artículo 2 permite la inclusión de las personas jurídicas en virtud de su alcance. (Traducción libre)

²⁵ Vid. C. LIMA MARQUES/B. MIRAGEM/A. HERMAN BENJAMIM, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 83.

²⁶ Ésta, por ejemplo, es la misma interpretación empleada por la jurisprudencia brasileña, como se puede verificar del texto del fallo de segunda instancia, emitido por el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, según el cual: «O conceito de consumidor dado pelo artigo 2º da Lei 8.078 não compreende aqueles serviços prestados pelos fornecedores que tenham por escopo a sua utilização no exercício da atividade profissional de seu destinatário. Não há de se falar na existência de relação de consumo quando pessoa física ou jurídica não contratar o serviço na condição de destinatário final.» (TJRS 17 septiembre 2008, *Apelação Cível n° 70020636734*, Relator Des. Odone Sanguiné.)

²⁷ Vid. M. MORALES, *Un Estudio Comparativo de la Protección Legislativa del Consumidor en el Ámbito Interno de los Países del Mercosur*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, Renovar, 2006, p. 67.

²⁸ Vid. L. FEITEN WINGERT ODY, «O Conceito de Consumidor e Noção de Vulnerabilidade nos Países do Mercosul», *Revista de Direito do Consumidor*, n° 64, octubre/diciembre 2007, p. 86. Al contrario, la doctrina maximalista asevera que el concepto de consumidor se aplica también a las relaciones en donde el bien o el servicio adquiridos se destinan a la producción, es decir, a la satisfacción de las necesidades profesionales, lo que alarga enormemente la definición dada por la ley. Según CAROLINA CRUZ: «os maximalistas consideram como sendo consumidores aqueles sujeitos que são destinatários fáticos dos produtos ou serviços, independentemente de serem também seus destinatários econômicos. Defendem, pois, uma interpretação mais ampla da expressão 'destinatário final'.» (Vid. C. DIAS TAVARES GUERREIRO CRUZ, *Contratos Internacionais de Consumo. Lei Aplicável*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, p. 51.)

²⁹ Vid. L. FEITEN WINGERT ODY, *op. cit.*, p. 87. En este sentido es interesante destacar la interpretación dada por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, respecto a la inclusión de la persona jurídica en el concepto de consumidor. Para esta Corte: «uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica. - *Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo. A «paridade de armas» entre a*

Además, es necesario subrayar que el Código mencionado permite una extensión o un alargamiento del concepto en estudio, cuando se refiere a la equiparación de determinados sujetos a la figura tradicional del consumidor, en los artículos 2º, párrafo único, 17 y 29, prescindiendo del vínculo contractual generado en una típica relación de consumo con el proveedor. En esta línea de razonamiento, impone «verdaderos criterios extensivos en la materia, al permitir que personas físicas o jurídicas que no se encuadran específicamente en la definición de consumidor, gocen mediante la comprobación de su vulnerabilidad, de los beneficios de la aplicación de estas normas protectoras, mientras sean considerados como consumidores equiparados.»³⁰

De esta forma, son considerados como consumidores equiparados: la colectividad de personas, aunque indeterminable, que haya intervenido en las relaciones de consumo (artículo 2º, párrafo único); todas las víctimas de un daño ocasionado por defecto o inseguridad generado por el producto (artículo 17)³¹; y las personas que queden expuestas a las prácticas comerciales (artículo 29). Todas las hipótesis mencionadas constituyen el llamado *bystander* del derecho anglosajón³².

Por ende, es interesante destacar que el último artículo referido abre enormemente el abanico de situaciones en donde puede estar presente la figura del consumidor por equiparación. Así, conforme destaca MIRTA MORALES: «por el mismo ingresarán a la categoría de consumidores un sin número de personas que eventualmente se enfrenten a todo tipo de ‘prácticas comerciales’ como ofertas, publicidad, etc.³³, despertando enormes posibilidades en cuanto a la aplicación de las normas protectoras del CDC, al permitir que la propia sociedad dictamine en este caso que sujetos quedarán comprendidos.»³⁴

3. El concepto de consumidor en Paraguay

10. La ley n° 1.334, del 27 de octubre de 1998, Ley de Defensa del Consumidor y Usuario, trae en su artículo 4º, apartado «a» la definición de consumidor, en los siguientes términos: se entenderá por consumidor y usuario «a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza».

De esta forma, tal como vimos en relación a las leyes argentina y brasileña, la calidad de consumidor deviene de la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio como destinatario final³⁵, pudiendo ser considerado como tal tanto la persona física como la jurídica, siempre y cuando el bien o el servicio adquirido no sea empleado en la cadena profesional o de producción, lo que desvirtuaría el concepto.

Empero, para aclarar la amplitud de la definición es necesario tener presente lo que dispone el artículo 5º de la ley mencionada, con respecto a la relación de consumo. Según la disposición referida, «relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.» Es decir, a partir del juego del artículo 4º, apartado «a» con el artículo 5º, se verifica que solamente tendrá la protección conferida por la ley de defensa del consumidor aquél sujeto, persona física o jurídica, que haya estable-

empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não.» (STJ 20 agosto 2009, *Recurso ordinário em Mandado de Segurança n° 27512/BA*, Relatora Ministra Nancy Andrighi.)

³⁰ Vid. E. P. TINAJEROS ARCE, «La Protección del Consumidor Electrónico en los Países del Mercosur», *Revista de Direito do Consumidor*, n° 54, abril/junio 2005, p. 178.

³¹ El artículo mencionado se refiere a los accidentes de consumo, que no reclaman la existencia de un vínculo obligacional entre el proveedor y la persona afectada en su incolumidad física, psíquica o económica.

³² Vid. E. A. KLAUSNER, *Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*, 2ª Ed., Curitiba, Juruá, 2007, p. 88. Lisiane Ody todavía menciona que tal equiparación se verifica, por ejemplo, en la hipótesis de accidente aéreo, explosión de negocio de venta de fuegos artificiales o hasta en situaciones más sencillas como aquellas que involucran a los familiares del consumidor. (Vid. L. FEITEN WINGERT ODY, *op. cit.*, p. 88.)

³³ CLAUDIA LIMA MARQUES menciona además de la publicidad, la selección de foro desleal, el arbitraje o cláusulas penales obligatorias entre los ejemplos enumerados en el artículo 51 del CDC que constituyen prácticas comerciales abusivas. (Vid. C. LIMA MARQUES, «Brésil», *op. cit.*, p. 55.)

³⁴ Vid. M. MORALES, *op. cit.*, pp. 68-69.

³⁵ Vid. M. MORALES, *op. cit.*, p. 77.

cido una relación contractual a título oneroso, resultando excluidas, por lo tanto, todas las relaciones enabladadas de modo gratuito³⁶.

Además, es de subrayar que la ley mencionada tampoco se refiere a los *bystander*, como lo hacen la ley argentina y la brasileña, no existiendo la figura del consumidor equiparado para los casos de accidentes de consumo.

Empero, es posible sostener una interpretación extensiva de la calificación de consumidor, si se considera que el artículo 4º, apartado «a» también se refiere a aquellos que utilicen o disfruten de un bien o servicio. De esta forma, según MIRTA MORALES, será consumidor para el derecho paraguayo no solamente aquel que participa activamente de la relación de consumo, sino también «todo aquel que se vea involucrado en ocasión de utilizar y/o disfrutar el bien en cuestión», no siendo necesario que sea parte directa en la relación de consumo³⁷.

4. El concepto de consumidor en Uruguay

11. La Ley n° 17.250, del 11 de agosto de 2000, conocida como Ley de Defensa del Consumidor³⁸, en su artículo 2º, define el consumidor como «toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.»

Teniendo en cuenta las legislaciones ya estudiadas, cabe resaltar que el derecho uruguayo adopta el concepto económico de consumidor, en la medida que establece que el producto o el servicio deban ser retirados del mercado para ser considerados como adquiridos en el ámbito de una relación de consumo, de lo que se infiere que no podrán ser empleados para la producción u obtención de otros bienes o servicios. En este sentido, la parte final del artículo 2º añade al concepto anteriormente destacado que «no se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.»

No obstante, es de mencionar que la ley bajo análisis define la relación de consumo como siendo el vínculo oneroso realizado entre proveedor y consumidor. De esta forma, según ÉRIKA PATRICIA TINAJEROS ARCE, «el carácter oneroso debe estar presente en el vínculo proveedor-consumidor para que pueda calificarse como relación de consumo, admitiéndose la gratuidad solamente en aquellos casos en los que esté preparada una relación de consumo posterior. Por tanto, conforme el art. 4º, serán consideradas relaciones de consumo todas las promociones gratuitas de productos y servicios tendentes a concretar una adquisición onerosa de estos en el futuro.»³⁹

Por ende, cabe señalar que el derecho uruguayo no contempla la figura del consumidor equiparado⁴⁰, a diferencia de lo que hacen las legislaciones argentina y brasileña.

5. El concepto de consumidor en Venezuela⁴¹

12. En Venezuela, la ley n° 37.930, del 4 de mayo de 2004, trata de la Protección al Consumidor y Usuario y deroga la ley anterior de n° 4.898, del 17 de mayo de 1995.

Así, la nueva ley venezolana, en su artículo 3º, establece que todos los actos jurídicos celebrados entre proveedores de bienes o servicios y consumidores o usuarios, referentes a la adquisición y arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios públicos o privados y a cualquier otro negocio jurídico de interés económico para las partes serán regidos por las disposiciones contenidas en el texto legal en cuestión.

³⁶ En sentido contrario: *Vid.* E. A. KLAUSNER, *op. cit.* p. 94.

³⁷ *Vid.* M. MORALES, *op. cit.*, p. 79.

³⁸ De los cuatro países Miembros del Mercosur, Uruguay fue el último a consagrar una ley particular de defensa del consumidor. (*Vid.* M. MORALES, *op. cit.*, p. 72.)

³⁹ *Vid.* E. P. TINAJEROS ARCE, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁰ *Vid.* M. MORALES, *op. cit.*, p. 76.

⁴¹ Como ya se mencionó al comienzo de este artículo, será analizado el concepto de consumidor en Venezuela, en razón de que este Estado está en proceso de adhesión como Miembro pleno al bloque mercosureño.

El artículo 4º, a su vez, trae las calificaciones de consumidor y usuario, entre otras. Según el artículo referido, consumidor es «toda persona natural que adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza como destinatario final». No obstante, la misma disposición establece la noción de usuario como «toda persona natural o jurídica, que utilice o disfrute servicios de cualquier naturaleza como destinatario final.»

Es decir, el derecho venezolano, al igual que el derecho de los demás países ya mencionados, adopta el concepto económico de consumidor y usuario, cuando se refiere a éstos como destinatarios finales⁴². Empero, como se puede observar, en la noción particular de consumidor, excluye la posibilidad de que personas jurídicas sean consideradas como tales, lo que en mucho se aleja de la fórmula empleada por los demás países mercosureños.

Sin embargo, en la parte final del precepto nombrado, la ley venezolana exceptúa del concepto de consumidor y usuario a «las personas naturales y jurídicas que, sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación y comercialización», lo que viene al encuentro de la noción económica adoptada.

Por ende, el texto nada menciona respecto al concepto de consumidor equiparado o *bystander*.

IV. El Concepto de Consumidor en el Derecho de Fuente Convencional Autónoma

13. Una vez que ya fue vista la noción de consumidor en el derecho de fuente interna de los países mercosureños, conviene, ahora, analizar los intentos que se hicieron a nivel autónomo en el bloque, para el establecimiento de normas internacionales en materia de defensa del consumidor, en donde se insertan los esfuerzos realizados para calificar su noción y contenido.

Empero, cabe destacar que, hasta la fecha, no existe un convenio o tratado vigente que contenga la calificación de consumidor y, por ende, normas directamente relacionadas a su protección.

1. La Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) n° 123/1996

14. El 13 de diciembre de 1996, en Fortaleza, tuvo lugar la XXIV Reunión del Grupo del Mercado Común, en el ámbito MERCOSUR, en la cual fue aprobada la Resolución GMC n° 123/1996, que contempla, en su anexo, las definiciones de consumidor, proveedor, relación de consumo, producto y servicio.

De esta forma, según el apartado I del Anexo de la Resolución mencionada, «consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equipárense a consumidores a las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo⁴³. No se considera consumidor o usuario a aquel que sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.»

Es decir, la Resolución GMC n° 123/1996 tomó los elementos presentes en las definiciones del derecho interno de los países, para elaborar la calificación del consumidor a nivel convencional. Esto porque, como se pudo observar, existen elementos comunes en la estructura del concepto de consumidor en los Estados Miembros, tales como: a) se trata de una persona física o jurídica⁴⁴; b) que adquiere o utiliza productos o servicios; c) como destinatario final, en una relación de consumo o en función de ella⁴⁵.

Empero, como subraya EDUARDO ANTONIO KLAUSNER, en este concepto, el cual fue trasladado al Protocolo de Santa María, que será analizado en el ítem siguiente, está excluida la definición de consumidor por equiparación, que, por ejemplo, se encuentra presente en el derecho de fuente interna

⁴² Vid. L. FEITEN WINGERT ODY, *op. cit.*, p. 97.

⁴³ Es interesante mencionar que el texto de la Resolución mencionada, en portugués, se refiere a la colectividad de personas, expresión que fue excluida de la traducción al español. Conforme el texto original, redactado en portugués, la definición sería: «(...) Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas as relações de consumo. (...)»

⁴⁴ Acá se exceptúa el derecho venezolano, que no admite la persona jurídica como siendo «consumidor».

⁴⁵ Vid. C. A. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 262.

de Argentina y Brasil. No obstante, la norma incluye como consumidores a los entes colectivos y a las personas jurídicas⁴⁶.

Además, es necesario señalar que la Resolución mencionada no está vigente, porque su vigencia se condicionó a la aprobación del Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, el cual jamás fue aprobado⁴⁷.

2. El Protocolo de Santa María

15. El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, aprobado por la Decisión CMC n° 10, del 17 de diciembre de 1996, trae en su Anexo el concepto de consumidor, definiéndolo en los siguientes términos: «es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equipáranse a consumidores las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo. No se considera consumidor o usuario aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.»

En otras palabras, el Protocolo de Santa María utiliza la definición de consumidor constante de la Resolución GMC n° 123/1996, anteriormente analizada.

Así como la Resolución mencionada, el Protocolo referido jamás entró en vigencia, porque su artículo 18 condiciona su entrada en vigor a la aprobación del Reglamento Común de Defensa del Consumidor.

3. El Proyecto de Protocolo o Reglamento Común de Defensa del Consumidor

16. En las reuniones celebradas entre el 25 al 29 de noviembre de 1997 fue presentado por el Comité Técnico n° 7 el Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR. En términos generales, el texto referido, Recomendación n° 1/97⁴⁸ dirigida a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, fijaba pautas máximas y unificadas de protección al consumidor en los cuatro países del bloque.

Sin embargo, fue blanco de severas críticas, principalmente por parte del gobierno brasileño, para quien su aprobación representaría un retroceso en materia de protección a los consumidores brasileños, ya que derogarían una serie de artículos del Código de Defensa del Consumidor que, a su vez, ofrecen una protección mucho mayor que la norma mercosureña⁴⁹.

Por esta razón, durante la XXV Reunión de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, realizada en Montevideo, en los días 9 y 10 de diciembre de 1997, el Protocolo fue rechazado, lo que condujo a que tanto la Resolución GMC n° 123/1996 como el Protocolo de Santa María, antes analizados, perdiesen totalmente el valor jurídico, ya que su vigencia estaba condicionada a la aprobación del Reglamento Común referido.

No obstante, aunque el Protocolo haya sido refutado, es interesante observar el concepto traído en su artículo 3°, según el cual: «consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se

⁴⁶ Vid. E. A. KLAUSNER, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁷ En 1997, se presentó un Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor a nivel Mercosur, el cual establecía la unificación de las legislaciones de los países miembros del bloque. (Vid. A. PEREIRA GAIO JÚNIOR, *A Proteção do Consumidor no Mercosul*, São Paulo, LTr, 2003, p. 125.) En que pese el esfuerzo hecho, el Proyecto mencionado no fue aprobado, principalmente por el rechazo presentado por la delegación brasileña que consideró que su aprobación representaría un retroceso en materia de defensa del consumidor en el ámbito interno.

⁴⁸ Acta n° 8/97 del Comité Técnico n° 7 sobre Defensa del Consumidor, anexo III.

⁴⁹ Para Lima Marques, quien fue severamente contra el Proyecto de Reglamento, «os direitos do consumidor não são considerados pelos órgãos do Mercosul como direitos fundamentais de nenhum cidadão dos países membros, mas sim como barreiras ao comércio que prejudicam os fornecedores-nacionais e devem ser reduzidos ao máximo, inclusive em sua interpretação de norma já reducionista» (Vid. C. LIMA MARQUES, «Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul – Primeiras Observações sobre o Mercosul como Legislador da Proteção do Consumidor», *Revista de Direito do Consumidor*, n° 23-24, julio/diciembre 1997, p. 101.)

considera consumidor o usuario a aquél que sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.»

De acuerdo con CLAUDIA LIMA MARQUES, el concepto de consumidor, presentado en la primera parte del artículo mencionado, limita la definición al consumidor-contratante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º de este Proyecto⁵⁰. Según este artículo, se exige la existencia de un vínculo obligacional, clásico y bilateral, pues se menciona que la relación de consumo se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.

Por ende, según la autora mencionada, el artículo 5º trae como consecuencia la exclusión de las llamadas relaciones de consumo indirectas, como por ejemplo, la responsabilidad de los bancos de datos de crédito sobre las informaciones prestadas sobre el consumidor. Asimismo, excluye de la protección del Protocolo a los consumidores equiparados, que son terceros no contratantes, como por ejemplo el hijo del consumidor, la colectividad expuesta a una práctica abusiva y las víctimas de accidentes de consumo⁵¹.

Como se puede observar, el concepto de consumidor insertado en el texto del Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR, es menos abarcador que las definiciones presentadas por la Resolución GMC n° 123/1996 y por el Protocolo de Santa María y su adopción representaría una reducción en la protección de los consumidores argentinos y brasileños, sobre todo.

4. El Proyecto de Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) sobre Derecho Aplicable a los Contratos internacionales de Consumo

17. Como resultado de la LXIII Reunión Ordinaria del Comité Técnico n° 7 sobre «Defensa del Consumidor», ocurrida en Río de Janeiro, en los días 18 y 19 de agosto del 2010, se sancionó el Proyecto de Resolución sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo.

Según el Proyecto mencionado, existe la necesidad de brindar una adecuada protección al consumidor, de acuerdo con los postulados establecidos por la Resolución A/RES/39/248 de la Asamblea General de la ONU (Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, del 16 de abril de 1985), considerando que, en materia de negocios internacionales, la contratación es la expresión jurídica del comercio y éste es especialmente relevante para el proceso de integración.

En lo pertinente al objeto de nuestro análisis, conviene destacar que el artículo 1.1 del Proyecto mencionado define como consumidor «cualquier persona física que, frente a un profesional o proveedor de bienes y servicios actúe con fines personales, familiares o domésticos o que no pertenezca al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa».

Respecto al tema, solamente diremos que se trata de una calificación sumamente reduccionista, poco abarcadora, que desde nuestra mirada podría significar un verdadero como desafortunado retroceso, una vez que excluye del concepto de consumidor a las personas jurídicas, situación ya dada por sentada en el derecho de fuente interna de los Estados Miembros del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay).

V. Algunas propuestas. Conclusiones

18. Tras el análisis de los derechos de fuente interna y convencional, se verifica la pertinencia de establecerse una calificación de consumidor que abarque a todas las relaciones de consumo, sean ellas directas o indirectas, si el objetivo es tener, en el MERCOSUR, una norma común, aplicable a todos los Estados Partes. Empero, esta armonización legislativa no podrá ofrecer una protección menor que la ya asegurada por el derecho argentino y brasileño, que son los que brindan una mejor condición al consumidor nacional. Lo que se deberá buscar es una aproximación de las legislaciones, sin herir los derechos ya adquiridos y el status de protección ya alcanzado en cada uno de los países.

⁵⁰ Vid. C. LIMA MARQUES, «Mercosul como Legislador em Matéria de Direito do Consumidor – Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor», *Revista de Direito do Consumidor*, n° 26, abril/junio 1998, p. 74.

⁵¹ *Ibidem*, p. 74.

19. A partir del estudio comparado de distintas legislaciones, se advierte que hay elementos comunes que están presentes en todas ellas. Por ejemplo, todas las normas de fuente interna de los países mercosureños hablan del consumidor como una persona física o jurídica, a excepción de Venezuela que no considera esta última como consumidor, que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final. Todas, además, excluyen de la calificación referida a quienes adquieren, almacenan, utilizan o consumen un bien o servicio para que sea integrado en un proceso de producción o cadena productiva. Es decir, con relación a estos tres elementos, hay consenso en el bloque. Sin embargo, la cuestión se pone un poco más compleja cuando se trata del concepto de *bystander* o consumidor equiparado. Solamente Argentina y Brasil reconocen la posibilidad, en sus ordenamientos internos, de ofrecer protección jurídica al tercero no contratante, que se ve afectado por la relación de consumo. Ni siquiera los intentos de regulación del Derecho del Consumidor en el bloque, como la Resolución GMC n° 123/1996 y el Protocolo de Santa María, previeron la figura del consumidor por equiparación.

20. Por otro lado, es necesario reiterar que no existe, en la actualidad, una norma MERCOSUR vigente que establezca el concepto de consumidor. Además, la única norma que rige en el bloque en materia de Derecho del Consumidor es la Resolución GMC n° 126/94, que en su artículo 2° determina que hasta que no sea aprobado un Reglamento Común para el MERCOSUR, cada Estado aplicará su legislación para los productos y servicios comercializados en su territorio, lo que, en última instancia, significa la manutención de distintos grados de protección al consumidor en el bloque y la aplicación del concepto legal de consumidor que rige en cada espacio territorial⁵².

Esta postura del bloque lleva a que coexistan múltiples conceptos o calificaciones de consumidor en el espacio integrado, generando situaciones en donde una persona sea considerada como consumidor en Argentina y no lo sea en Uruguay, lo que crea una cierta dosis de desprotección e inestabilidad a los consumidores transfronterizos que cruzan las fronteras en la búsqueda de un objetivo concreto: el de consumir. Ello desde ya constituye un serio problema, porque esta ausencia obliga al operador jurídico a recurrir a los derechos de fuente interna, que tal como vimos dentro del MERCOSUR muestran algunas similitudes, pero también algunas divergencias. Estas asimetrías legislativas, de persistir, terminan por conspirar contra la consolidación y el fortalecimiento de un esquema de integración, por favorecer y/o estimular el *forum shopping* invitando y entusiasmando a las personas humanas y jurídicas a migrar en la búsqueda de niveles de protección distintos que unilateralmente favorezcan sus propios intereses.

21. A tenor del análisis realizado, habrá que discernir acerca de la conveniencia o no de introducir calificaciones autárquicas, autónomas de consumidor dentro del área. Para el supuesto de una respuesta afirmativa, parece imponerse la tendencia hacia la formulación en los instrumentos internacionales de una definición, una calificación que sea lo suficientemente abarcativa, como para permitir aumentar el ámbito de aplicación material de tal modo de favorecer, extender el abanico de posibilidades, el espectro de protección jurídica a un mayor número de personas tanto humanas como jurídicas atenuando el nivel de exposición, de vulnerabilidad de los mentados consumidores y usuarios.

22. Al legislador del MERCOSUR, conforme el compromiso asumido en el artículo 1° del Tratado de Asunción, le compete instar la armonización legislativa en las áreas pertinentes, de modo tal de evitar distorsiones entre los Estados miembros, y que la ignorancia de las reglas aplicables en países distintos al suyo lleve a los consumidores-usuarios a no realizar transacciones fuera de sus países.

Ello sin olvidar que cuando se asume el compromiso de armonización, puede hacérsela en base a la legislación más adelantada —como adoptando la forma más sencilla—, siguiendo un modelo intermedio o haciendo una nueva legislación para todos los miembros del bloque. Por supuesto, la forma ideal de armonizar está en adoptar y adaptarse al modelo superior más avanzado. En el caso MERCOSUR, la situación dada parecería indicar la conveniencia de un acercamiento a la legislación brasileña, ya que es la que tiende a la mayor protección del consumidor. Nivelar hacia abajo implicaría un retro-

⁵² Vid. E. A. KLAUSNER, *op. cit.*, p. 85.

ceso, tomando en cuenta también que habría dificultades internas para que Brasil pudiese descender el nivel de protección de sus consumidores.

23. El Derecho Internacional Privado mucho tiene que decir y así contribuir, aportando respuestas a los problemas planteados, para superar tales dicotomías (que pueden conducir a soluciones diferentes) hasta llegar a incluir protección en virtud de la existencia de una relación de consumo, haya o no contrato.

En el contexto de la sociedad de información, resulta incuestionable la imperiosidad de promover, de fomentar el desarrollo de políticas públicas encaminadas a armonizar las normas y los estándares a nivel regional, mediante la creación o adaptación de marcos legislativos que incentiven la confianza y la seguridad de las transacciones internacionales en general, y consecuentemente las que se despliegan en línea.

THE LAW APPLICABLE TO DIVORCE AND LEGAL SEPARATION UNDER REGULATION (EU) NO. 1259/2010 OF 20 DECEMBER 2010*

PIETRO FRANZINA

*Associate Professor of International Law
University of Ferrara*

Recibido: 08.09.2011 / Aceptado: 12.09.2011

Riassunto: Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010, spesso designato come regolamento «Roma III» nel dibattito politico e fra gli studiosi, reca una disciplina uniforme dei conflitti di leggi in materia di divorzio e separazione personale. Esso rappresenta il risultato della prima «cooperazione rafforzata» nella storia dell'Unione europea e troverà applicazione in quattordici Stati membri a partire dal 21 giugno 2012. Dopo aver ripercorso la vicenda che ha condotto all'adozione del Regolamento, l'articolo ne mette in luce le caratteristiche generali analizzando le scelte di fondo compiute a tale riguardo dagli autori del nuovo testo. L'articolo prosegue analizzando le varie disposizioni dettate dal Regolamento, cominciando da quelle che ne definiscono la sfera applicativa. Vengono quindi esaminate le norme che consentono ai coniugi di accordarsi in ordine alla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale —una delle innovazioni salienti della nuova disciplina— nonché quelle che presiedono all'identificazione di detta legge in mancanza di scelta. Sono poi analizzati i limiti al funzionamento delle predette norme di conflitto. Tali limiti rinviano in vario modo a considerazioni di ordine materiale e riflettono, ancor più di altre soluzioni del Regolamento, l'esistenza di marcate divergenze fra un ordinamento e l'altro quanto alla disciplina sostanziale della crisi matrimoniale. Una valutazione critica del Regolamento viene tentata nelle pagine finali del contributo. Da un lato, pur ammettendosi che la logica della «integrazione differenziata» rappresenti una minaccia all'unità e alla coerenza interna della normativa dell'Unione nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile, si osserva che tale minaccia può essere almeno in parte contrastata ricorrendo ai meccanismi istituzionali concepiti per accrescer la «qualità» applicativa del diritto dell'Unione europea, come la competenza in via pregiudiziale della Corte di giustizia o il contributo suscettibile di essere dato dalla Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale alla nascita e alla diffusione di una «cultura» della cooperazione fra gli Stati membri. Dall'altro, viene rilevato come alcune delle soluzioni accolte dal Regolamento non appaiano del tutto persuasive sul piano tecnico e che, pertanto, a tempo debito, andrebbe considerata l'opportunità di riconsiderare alcune delle nuove disposizioni, anche alla luce dell'esperienza applicativa che si sarà andata nel frattempo maturando in seno agli Stati membri partecipanti.

Parole chiave: divorzio, separazione personale, norme di conflitto, diritto internazionale privato dell'Unione europea, cooperazione rafforzata, promozione dell'integrazione sociale, tutela dell'identità culturale, scelta di legge ad opera delle parti, *lex patriae*, residenza abituale, ordine pubblico.

Abstract: Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010, often referred to in the political and scholarly debate as the «Rome III» Regulation, lays down uniform conflict-of-laws rules on divorce and legal separation. It represents the outcome of the first «enhanced cooperation» in the history of the European Union and will apply in fourteen Member States from 21 June 2012. After tracing the path that led to its adoption, the paper highlights the general features of the new piece of legislation. It goes on to

*I would like to thank ESTER DI NAPOLI, a Phd Candidate at the University of Padova, for her thoughtful comments on a draft of this paper and for sharing her views on some of the issues raised by the Regulation.

examine the different provisions of the new instrument, starting from those defining its scope of application. The rules allowing the spouses to agree on the law applicable to divorce and legal separation, one of the salient features of the new instrument, and the rules applicable in the absence of choice, are then illustrated and commented. The article further examines the limitations affecting the functioning of these rules due to substantive reasons, thus reflecting the significant differences existing in the area of family law between national legal systems. Finally, the paper provides a critical assessment of the new piece of legislation. On one side, while conceding that «differentiated integration» poses a threat to the unity and the internal consistency of the body of rules governing judicial cooperation in Europe, it submits that such threat may be countered to some extent through existing institutional devices designed to enhance the «quality» of the application of European Union law, such as the competence of the Court of Justice to decide references for preliminary rulings, or the work that might be done by the Judicial Network in Civil and Commercial Matters to promote a «culture» of cooperation among Member States. On the other side, it observes that, regrettably, some of the technical solutions adopted by the drafters of the Regulation are not entirely convincing and that the possibility should be considered, in due course, of amending the relevant provisions in light of the practical experience that will be developed over the next few years within the participating Member States.

Key words: divorce, legal separation, conflict-of-laws, private international law of the European Union, enhanced cooperation, integration, cultural identity, agreements as to the choice of law, *lex patriae*, habitual residence, public policy.

Contents: I. The path to Regulation No. 1259/2010, from the Green Paper to enhanced cooperation. II. Setting the context: the diversity of substantive and conflict-of-laws rules regarding divorce and legal separation in Europe. III. Some general features of the conflict-of-laws rules laid down by the Regulation. 1. The Regulation is a piece of uniform law. 2. The Regulation only addresses conflict-of-laws issues. 3. The Regulation is only concerned with the dissolution or loosening of matrimonial ties. 4. The Regulation is based on bilateral conflict-of-laws rules. 5. The Regulation aims at striking a fair balance between the goal of social integration and the idea that cultural identity of the individual should be preserved. 6. The Regulation aims at making divorce and legal separation easier to obtain for both spouses on an equal footing. 7. The Regulation's has a «universal» character and excludes the relevance of the conflict-of-laws rules of the designated law. IV. The scope of application of the Regulation. 1. The notions of «divorce» and «legal separation». 2. The transnational character of the situation. 3. Matters excluded from the scope of application of the Regulation. 4. The temporal scope of application of the Regulation. 5. The irrelevance of nationality and habitual residence of the spouses. V. The relationship between the Regulation and existing international conventions. VI. The agreement of the spouses as to the law applicable to divorce or legal separation. 1. The reasons explaining the favour of the Regulation towards autonomy. 2. The «conflictual», as opposed to substantive, nature of the autonomy of the spouses. 3. The possible content of the agreement. 4. The moment at which the agreement may be concluded. 5. Issues regarding consent and the material validity of the agreement. 6. The formal requirements of the agreement. VII. The law governing divorce and legal separation absent a choice of the spouses. VIII. Conflict-of-laws issues relating to the conversion of legal separation into divorce. IX. The designation of a law consisting of two or more legal systems. X. Limitations affecting the functioning of the rules of the Regulation due to substantive reasons. 1. The application of the *lex fori* for reasons relating to the substantive content of the designated law. 2. The public policy exception. 3. The possibility of disregarding the law designated by the Regulation whenever such law is at odds with the views of the *lex fori* as to the validity of the marriage in question. XI. The scope of the *lex divortii*. XII. Concluding remarks.

I. The path to Regulation No. 1259/2010, from the Green Paper to enhanced cooperation

1. Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010¹ lays down a comprehensive set of rules determining the law applicable to divorce and legal separation in situations featuring a foreign element. It will apply in full from 21 June 2012².

¹ O.J. L 343 of 29 December 2010, p. 10 *et seq.*

² See further *infra*, § 37.

The new instrument —often referred to as the «Rome III» Regulation, thus suggesting a close relationship with Regulation No. 593/2008 of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations («Rome I»)³ and Regulation No. 864/2007 of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations («Rome II»)⁴— represents the most recent addition to the body of rules enacted by the European Union in the field of «judicial cooperation in civil matters» (Article 81 of the Treaty on the Functioning of the European Union; hereinafter, TFEU)⁵. It will operate alongside Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility (hereinafter, the «Brussels II bis» Regulation)⁶, somehow complementing the latter's provisions.

The unification of the rules on the law applicable to divorce and legal separation and the unification of the rules governing jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in this area pursue, in the end, a common goal, that of ensuring a high degree of legal certainty as regards transnational family relationships in Europe. As a matter of fact, the combined operation of Regulation No. 2201/2003 and Regulation No. 1259/2010 should allow the spouses to: (i) determine on objective grounds the Member State where divorce or separation proceedings may be instituted; (ii) identify in advance the substantive law governing the merits (and reasonably predict, on that basis, the outcome thereof); (iii) rely on a European-wide recognition of relevant decisions.

At the same time, the introduction of a unified conflict-of-laws regime for divorce and legal separation is designed to prevent the risk that the rules on jurisdiction of the «Brussels II bis» Regulation might *de facto* encourage an abusive recourse to «forum shopping», *i.e.* the practice whereby the party who institutes the proceedings chooses where to bring the action based on which court is likely to provide the most favourable judgment⁷. There are actually circumstances where Regulation No. 2201/2003 grants the spouses the option of bringing matrimonial proceedings in two or more Member States⁸. Moreover, Article 19 of the latter Regulation provides that, where proceedings relating to divorce or legal separation between the same parties are brought before courts of different Member States, the court second seized shall stay its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seized is established⁹. This may result in a «rush to the courthouse» by each spouse, with a view to pre-empting a «parallel» initiative on the part of the other. To the extent that uniform rules are resorted to in different Member States to decide conflict-of-laws issues, forum shopping is practically less «appealing»: instituting proceedings in one Member State instead of another becomes immaterial, at least in that respect¹⁰.

³ O.J. L 177 of 4 July 2008, p. 6 *et seq.*

⁴ O.J. L 199 of 31 July 2007, p. 40 *et seq.* As a matter of fact, like the Rome Convention of 19 June 1980 on the law applicable to contractual obligations, all three regulations lay down uniform conflict-of-laws provisions for European States. It is nevertheless worth mentioning that, contrary to the «Rome I» and «Rome II» regulations, where the reference to «Rome» is part of the formal denomination of the act, Regulation No. 1259/2010 is not *officially* regarded as being part of the «Rome» series of regulations. In light of this, the expression «Rome III» will not be used in this paper.

⁵ See, recently, on the development of this body of rules, S. BARIATTI, *Cases and Materials on EU Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011 p. 1 *et seq.*

⁶ O.J. L 338 of 23 December 2003, p. 1 *et seq.*

⁷ See however A. BONOMI, «Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di regolamento comunitario», in S. BARIATTI / C. RICCI (eds.), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, Cedam, 2007, p. 92 *et seq.*, emphasising that in the framework of the «Brussels II bis» Regulation, forum shopping responds, to a certain extent, to a substantive objective pursued by the European lawmakers, *i.e.* avoiding the risk that the significant differences between the Member States in the field of family law might represent an obstacle to divorce in transnational cases.

⁸ See further on this subject C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Jurisdiction Rules in Matrimonial Matters under Regulation 'Brussels II bis'», in H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (eds.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005, p. 53 *ss.*

⁹ Cf. Recital 9 of the Regulation.

¹⁰ Of course, forum shopping may still be practically relevant as long as *other* differences exist as between Member States. These differences may relate both to the way in which proceedings are «managed» by national authorities (the procedural aspects of divorce and legal separation are governed by the law of the forum, and no harmonization exists at the European level; besides, the speed and the efficiency of these proceedings may vary considerably from one country to the other), and —to a certain extent— by the way in which divorce and legal separation are looked at by local substantive rules. As far as the latter aspect is concerned, it is worth considering that the functioning of unified conflict-of-laws rules, too, may be subject to limitations —under the public policy exception, for example— aimed at safeguarding certain substantive policies *of the forum*.

2. Despite the strong connection with the existing rules governing jurisdiction and the recognition of judgments in matrimonial matters, the path leading to Regulation No. 1259/2010 has proved to be a particularly difficult and long one¹¹.

In July 2006, following the publication of a Green Paper¹², the Commission adopted a Proposal for a regulation aimed to amend the «Brussels II *bis*» Regulation as regards jurisdiction and to introduce uniform rules on the law applicable to divorce and legal separation¹³. Unanimity was prescribed for the adoption of the proposed act. In 2008, after a heated debate within the European institutions and among scholars¹⁴, the Council concluded that, due to the objections raised by some Member States¹⁵, and notwithstanding the efforts of the Commission and the Presidencies to devise possible solutions, «insurmountable difficulties existed», making a decision requiring unanimity impossible to achieve, «now and in the foreseeable future»¹⁶.

By acknowledging the *impasse*, the Council in fact paved the way to «enhanced cooperation», *i.e.* the special procedure whereby —as a last resort, when it is established that the objectives of cooperation «cannot be attained within a reasonable period by the Union as a whole»— a certain number of Member States (at least nine of them) may be authorised to make use of the institutions of the Union and exercise the non-exclusive competences thereof in order to adopt measures that will be binding only upon themselves, the remaining Member States being entitled to join in at any moment, if they wish (Article 20 of the Treaty on European Union; hereinafter, TEU).

In July 2010, by an unprecedented decision (enhanced cooperation had never been put in practice before), the Council authorised Austria, Belgium, Bulgaria, France, Germany, Hungary, Italy, Latvia, Luxembourg, Malta, Portugal, Romania, Slovenia and Spain (hereinafter, the participating States) to establish between themselves an enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation¹⁷. Five months later, the fourteen participating Member States implemented the Council's authorisation by adopting Regulation No. 1259/2010¹⁸.

II. Setting the context: the diversity of substantive and conflict-of-laws rules regarding divorce and legal separation in Europe

3. Family law deals with sensitive issues. The answers these issues are given on the substantive law level vary considerably from one country to the other, depending on a combination of social, political, historical and sometimes religious factors.

Sharp differences exist within the European Union, too. Some core values —including the right to marry and found a family (Article 12 of the European Convention for the Protection of Human Rights

¹¹ Regarding the initiatives that have eventually resulted in the adoption Regulation, see generally, and for further references, K. BOELE-WOELKI, «To Be, Or Not to Be: Enhanced Cooperation in International Divorce Law within the European Union», *Victoria University of Wellington Law Review*, 2008, p. 780 *et seq.*

¹² COM (2005) 82 final, of 14 March 2005.

¹³ Proposal for a Regulation amending Regulation (EC) No. 2201/2003 as Regards Jurisdiction and Introducing Rules Concerning Applicable Law in Matrimonial Matters; COM (2006) 399 final, of 17 July 2006.

¹⁴ See *ex pluribus* A. FIORINI, «Rome III – Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2008, p. 178 *et seq.*; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III», *CDT*, 2009, p. 36 *et seq.*; O. LOPES PEGNA, «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici», *CDT*, 2010, p. 135 *et seq.*

¹⁵ Some Member States even questioned the competence of the European Union to legislate on the matter. A detailed account of the reasons behind the failure to reach unanimity on the Regulation is provided by N.A. BAARMSMA, «European Choice of Law on Divorce (Rome III): Where Did it Go Wrong?», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2009, p. 9 *et seq.*

¹⁶ Council meeting held in Luxembourg on 5 and 6 June 2008; doc. 9985/08, available at <http://register.consilium.europa.eu>.

¹⁷ Decision 2010/405/EU of 12 July 2010, O.J. L 189 of 22 July 2010, p. 12 *et seq.*

¹⁸ Regarding the institutional aspects of the Regulation, see S. PEERS, «Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation», *European Constitutional Law Review*, 2010, 339 *et seq.*; I. OTTAVIANO, «La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile alla separazioni e divorzi transnazionali», *Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 113 *et seq.*, especially at p. 125 *et seq.*; F. POCAR, «Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo», *RDIPP*, 2011, p. 297 *et seq.*

and Fundamental Freedoms; hereinafter, ECHR; Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union; hereinafter, CFRUE) and the equality of the spouses¹⁹— are common to all Member States. Yet, conflicting policies, such as the stability of family ties and the self-determination of the individual, are weighed one against the other in each country on the background of local traditions and prevailing social models, thus resulting in significant differences among national legislations.

This is particularly true for the rules relating to the breakdown of marriage. While respect for private and family life is guaranteed in all Member States under Article 8 of the ECHR and under Article 7 of the CFRUE, divorce law is traditionally regarded as an area in which European countries enjoy a wide margin of appreciation. In this respect, the European Court of Human Rights, after having conceded that «protection of private or family life may sometimes necessitate means whereby spouses can be relieved from the duty to live together», held in *Johnston v. Ireland*, back in 1986, that Article 8 of the ECHR cannot be regarded as implying an obligation on the part of contracting States to introduce measures permitting divorce and re-marriage²⁰.

Nowadays, divorce is allowed in all European countries. However, the rules establishing the possible grounds therefor (and other practically important aspects, such as prior separation requirements) tell of the different ways in which the institution is still dealt with across the continent. Some States²¹, like Finland and Sweden, do not require the spouses to give any reasons for having their marriage dissolved, and more generally ignore separation as an independent legal institution. Others follow a definitely stricter standard. Under Maltese law, for example, where the institution of divorce has been ignored until very recently, the dissolution of marriage is allowed subject to a four-year separation, provided *inter alia* that the court is satisfied that there is no reasonable prospect of reconciliation of the spouses²².

4. The rules of private international law regarding family relationships display a similar lack of uniformity. While it is frequently acknowledged that openness and intercultural dialogue play an important role among the strategies aimed at addressing the issues posed by the increasing mobility of individuals, national legal systems retain different views as to the way in which a fair balance should be struck between the promotion of cultural diversity and the safeguard of local traditional values.

Besides, in coping with this tension, account must be taken of the fact that the actual enjoyment of the fundamental rights of the individuals in the field of family law, largely relies on the existence of appropriate private international law rules. Thus, to a certain extent, safeguarding the expectations of the concerned individuals, protecting the weaker party and preventing the risk that «limping» situations may arise in this area, do not only obey a logic of «convenience» but rather correspond to a goal that States are *bound* to pursue in order to fully conform with the relevant international (and constitutional) provisions on human rights²³.

5. As far as divorce and legal separation are concerned, a significant number of States, while displaying a relatively liberal attitude towards the recognition of foreign decrees, tend to avoid, or to reduce to a minimum, the application of a law other than their own.

¹⁹ See further *infra*, § 22.

²⁰ European Court of Human Rights, judgment of 18 December 1986, *Johnston and others v. Ireland*; the text is available through the *Hudoc* database at <http://echr.coe.int>. See generally on this subject, *ex pluribus*, M. ANTOKOLSKAIA, «The 'Better Law' Approach and the Harmonisation of Family Law», in K. BOELE-WOELKI (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerp, Intersentia, 2003, p. 174 *et seq.*

²¹ The salient features of both the substantive and the conflict-of-laws provisions in force in the Member States of the European Union are illustrated in the Commission Staff Working Document accompanying the Commission's Proposal of 2006 aimed at amending the «Brussels II bis» regulation and introducing rules on the law applicable to divorce (hereinafter, Working Document); SEC (2006) 949. Unless otherwise specified, information regarding the mentioned domestic rules are taken from this Working Document.

²² *Civil Code (Amendment) Act*, 2011, in *Government Gazette of Malta* No. 18.784 of 29 July 2011, available at <http://www.doi.gov.mt>. The amended text shall be effective as of 1 October 2011.

²³ On this subject see, recently, P. KINSCH, «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law», in K. BOELE-WOELKI / T. EINHORN / D. GIRSBERGER / S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Eleven International Publishing, p. 259 *et seq.*

In Europe, two opposed models may actually be detected as regards the applicability of foreign law in this field. In England, for example, divorce is subject, as a rule, to the *lex fori*, no matter whether the situation features a transnational element or is purely domestic in nature²⁴. Hence, instituting divorce proceedings in England automatically triggers the application of English law to the merits. A similar approach may be found, with some variations (and some exceptions), in Sweden, Finland, Ireland and Cyprus.

On the contrary, in other Member States, issues regarding the law applicable to divorce and legal separation are dealt with through bilateral conflict-of-laws rules, *i.e.* rules that, according to the circumstances, may designate a law other than the law of the forum.

Differences exist, however, among these Member States as regards the most appropriate connecting factor(s) to be used in this area. While many refer to the common nationality of the spouses as the primary factor for divorce and legal separation (Italy, Poland and Spain, for example, are among these countries), others prescribe, at least in the first place, the application of the law of the country where the spouses are domiciled or are habitually resident (Lithuania and Estonia). From a different perspective, the autonomy of the spouses as to the law applicable to their divorce or legal separation is allowed to play a role in some European countries (Germany, Belgium and the Netherlands), but none in the others.

In any case, the frequency with which divorce and legal separation are actually governed by a foreign law further depends on the availability, and the actual use, of devices —such as the public policy exception— capable of altering the operation of the provisions in question especially with a view to protecting the substantive policies of the forum.

In light of the foregoing, Regulation No. 1259/2010 may be regarded as an attempt to reconcile and renew the diverse traditions of the Member States as to the way divorce and legal separation should be dealt with when a foreign element is present.

III. Some general features of the conflict-of-laws rules laid down by the Regulation

6. Before we turn to examining the provisions laid down by the Regulation in some detail, a few *general* features of the new piece of legislation should be mentioned.

1. The Regulation is a piece of uniform law

7. The rules set forth in Regulation No. 1259/2010 are uniform rules. Uniformity should therefore be ensured in their application: uniform interpretation actually allows uniform rules to achieve their goals, while guaranteeing the equality of the rights and obligations arising therefrom for the individuals concerned²⁵.

The fact that the Regulation has been adopted in the framework of enhanced cooperation and that its rules do not bind the whole of the Member States, does not exclude that uniformity is needed in respect of the Regulation, and does not affect the means by which uniformity may be achieved. While it is true that under Article 20, paragraph 4, of the TEU, acts adopted in the framework of enhanced cooperation «shall not be regarded as part of the *acquis* which has to be accepted by candidate States for accession to the Union», the aim of enhanced cooperation is still to «further the objectives of the Union, protect its interests and reinforce its integration process» (Article 20, paragraph 1, second sentence).

The teaching of the Court of Justice of the European Union, as developed in respect of other normative instruments regarding judicial cooperation in civil matters (and in respect of the «conventional» predecessor thereof, the Brussels Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Recognition of Judgments in Civil and Commercial Matters), shall therefore be regarded as equally relevant for the purpose of the new piece of legislation. In particular, the legal expressions employed in Regulation

²⁴ C.M.V. CLARKSON / J. HILL, *The Conflict of Laws*, 4th ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 428 *et seq.*

²⁵ Cf., *ex pluribus*, Court of Justice, judgment of 22 March 1983, *Martin Peters Bauunternehmung*, case 34/82, *EC Reports*, 1983, p. 987 *et seq.*, paragraph 9.

No. 1259/2010 should be treated as «autonomous» notions, and thus be interpreted independently from national legal systems.

In determining the scope and meaning of the said expressions, reference shall be made, as a rule, to the object and purpose of the Regulation and to the meaning ascribed to the corresponding expressions in other relevant instruments («inter-textual» interpretation)²⁶, be they rules belonging to the «secondary» legislation of the European Union (Regulation No. 2201/2003 shall be of particular importance in this respect)²⁷ or international conventions concluded by the Union itself (such as the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations; hereinafter, the Hague Protocol)²⁸.

8. In reality, Regulation No. 1259/2010 does not bring about *complete* uniformity within participating Member States as regards the rules governing conflict-of-laws issues in respect of divorce and legal separation. This lack of uniformity may be perceived from at least three different points of view.

In the first place, the Regulation does not (and actually could not, as we will see) prevent the participating Member States from applying, instead of the new rules, the rules provided for by the international conventions to which they were a party at the time when the Regulation was adopted (Article 19, paragraph 1)²⁹.

Secondly, the Regulation itself contemplates that some of its provisions may be supplemented by domestic rules. For example, under Article 7, paragraph 2, of the Regulation, the agreement of the spouses as to the law applicable to divorce and legal separation is subject to the additional formal requirements, if any, provided for by the law of the participating Member State where the spouses are habitually resident³⁰.

Thirdly, issues may arise in the application of the Regulation that are not (explicitly) dealt with by the latter. The situation, as we will see, may emerge for example whenever the public policy exception provided for by Article 12 of the Regulation prevents the application of the foreign law designated by the relevant conflict-of-laws provision, since the new piece of legislation does not specify which law should be applied instead³¹.

Generally speaking, whenever it appears that a gap in the uniform regime cannot be filled through interpretation or by analogy, *i.e.* from *within* the Regulation and/or European Union law at large, national courts should fall back on the law of the forum. They are allowed to do so as long as the domestic rules that are called upon to fill the gap do not compromise the «*effet utile*» of the Regulation, *i.e.* the latter's ability to attain its objectives³².

2. The Regulation only addresses conflict-of-laws issues

9. The purpose of Regulation No. 1259/2010 is to determine how conflict-of-laws issues must be decided. The Regulation does not purport to do more than that.

As a matter of fact, things could hardly be otherwise. On one side, in view of the competences attributed to the European Union, no measure may at present be adopted at a European level introducing *substantive* rules governing family relationships. On the other side, since Regulation No. 1259/2010 is an act adopted in the framework of enhanced cooperation, the rules provided therein must «comply with the Treaties and Union law» (Article 326 of the TFEU). This implies, *inter alia*, that the operation of the

²⁶ Concerning inter-textual interpretation, see recently, within the case law of the Court of Justice, the judgment of 15 March 2011, *Heiko Koelzsch*, case C-29/10, not yet published in the *EC Reports*, paragraph 33 *et seq.*

²⁷ See Recital 10.

²⁸ The text and status of the Protocol are available at <http://www.hcch.net>. The Protocol, by the way, is applicable in the Member States of the European Union (with the exception of the United Kingdom); see Decision 2009/941/EC of 30 November 2009 on the conclusion by the European Community of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, O.J. L 331 of 16 December 2009, p. 17 *et seq.*

²⁹ See further *infra*, § 41.

³⁰ See further *infra*, § 57.

³¹ See further *infra*, § 83.

³² P. FRANZINA, «Il coordinamento fra lex fori e norme uniformi nell'accertamento del titolo di giurisdizione secondo il regolamento (CE) n. 44/2001», *RDI*, 2004, p. 348 *et seq.*

«Brussels II *bis*» Regulation cannot be affected by the new rules. For the sake of clarity, this is stated explicitly in Article 2 of Regulation No. 1259/2010³³.

3. The Regulation is only concerned with the dissolution or loosening of matrimonial ties

10. The breakdown of marriage affects a number of situations of either a personal or economic nature³⁴. Under the relevant substantive rules, divorce and legal separation generally have a bearing, *inter alia*, on the name of the spouses, their matrimonial property regime and the rights and duties relating to the person or the property of their children.

Regulation No. 1259/2010 does not purport to deal with these other matters: its scope is confined to the dissolution or loosening of matrimonial ties. Issues upon which divorce and legal separation may be premised, such as the existence of a valid marriage, and issues whose decision logically depends upon divorce or legal separation being granted, such as the right of one spouse to keep using the surname of the other after the dissolution of marriage, fall outside the scope of the new piece of legislation³⁵.

The decision not to extend the scope of the new rules so as to cover situations *connected* to the dissolution or loosening of matrimonial ties is apparently grounded on practical considerations.

On one side, some of the issues at hand —namely maintenance and parental responsibility— are the object of uniform rules, *i.e.* the rules respectively set forth in the Hague Protocol, and the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, presently in force for the majority of the participating Member States³⁶.

On the other side, reaching a sufficiently wide consensus as to the possible design of rules regarding the remaining connected situations —presently governed by domestic rules or by international conventions in force for a minority of States³⁷— would have proved to be extremely difficult, both from a technical and a political point of view.

The question nevertheless remains as to whether, and how, a proper coordination may be ensured between the «core» issues of divorce and legal separation, and the «neighbouring» issues we have mentioned. Overlooking this need for «trans-sectorial» coordination may in fact result in a loss of legal certainty and bring about practical difficulties.

In its present stage of development, European private international law displays a significant degree of fragmentation and is far from being complete. The issue of coordination is therefore a particularly delicate one.

An «inter-textual» interpretation of the new rules may represent a solution to some of the said shortcomings³⁸. It should help avoiding, in particular, the risk that the scope of application of Regulation

³³ By the way, Regulation No. 2201/2003, too, states in a way that its operation is unaffected by the rules on the law applicable to divorce and legal separation. While, generally speaking, the recognition of judgments relating to matrimonial matters does not depend on the law applied to the merits of the proceedings, as may be designated by the relevant conflict-of-laws provisions in force in the country of origin, Article 25 of the «Brussels II *bis*» Regulation is explicit in saying that recognition «may not be refused because the law of the Member State in which such recognition is sought would not allow divorce [or] legal separation ... on the same facts».

³⁴ According to A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III», *CDT*, 2009, p. 40, «el divorcio comporta la disolución del vínculo matrimonial, pero produce una explosión paralela de efectos jurídicos en otras esferas jurídicas».

³⁵ See further *infra*, § 35 *et seq.*

³⁶ Convention of 19 October 1996 on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children (text and status available at <http://www.hcch.net>). See also Decision 2008/431/EC of 5 June 2008 authorising certain Member States to ratify the Convention, or accede to it, «in the interests» of the European Community, O.J. L 151 of 11 June 2008, p. 36 *et seq.*

³⁷ See, for instance, the Munich Convention of 5 September 1980 on the Law Applicable to Surnames and Forenames (text and status available at <http://www.ciecl.org>).

³⁸ See generally on this topic S. FRANCO, «Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique. En passant par la théorie générale...», in M. FALLON / P. LAGARDE / S. POILLOT-PERUZZETTO (eds.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé?*, Paris, Dalloz, 2009, p. 35 *et seq.*

No. 1259/2010 may overlap the scope of application of other European instruments regarding judicial cooperation in civil matters, or *vice versa*.

Apart from this, coordination may be difficult to achieve. As we will see, the drafters of the Regulation have apparently taken this problem into some account in allowing the spouses to choose the law applicable to divorce and legal separation³⁹, and in selecting the appropriate connecting factors to be employed in the absence of choice. In the latter respect, it is worth noting that, since habitual residence plays a key role both in Regulation No. 1259/2010 and in the legal instruments, either enacted or currently under elaboration, laying down uniform conflict-of-laws rules in family matters⁴⁰, it will not be unlikely for the different facets of one and the same relationship to be governed by one the same law⁴¹.

4. The Regulation is based on bilateral conflict-of-laws rules

11. The methodological opposition we have mentioned before, between the approach based on the systematic application of the *lex fori* and the approach involving the use of bilateral conflict-of-laws rules, has been resolved, in the Regulation, in favour of the latter.

To understand the reasons behind this choice, both options should be briefly examined and compared, so as to assess their respective ability to: (i) safeguard the substantive policies of the forum in the field of divorce and legal separation; (ii) ensure an efficient administration of justice in transnational divorce cases; (iii) coordinate the substantive and procedural dimensions of divorce and legal separation; (iv) take properly account of the coexistence, within an area of supranational integration, of marked difference among national legislations as regards family law; (v) promote the mobility of individuals across borders.

12 (i) The *lex fori* approach clearly allows, by its very nature, a thorough respect of the substantive policies of the forum. This may be seen as particularly important in an area such as family law, where fundamental and deeply rooted values are often at stake and national legal systems —as we have seen— tend to retain a marked identity.

For their part, however, bilateral conflict-of-laws rules, while possibly pursuing a wider range of policies, are not incapable of safeguarding, at least to a certain extent, the substantive values of the forum.

Firstly, within a bilateral conflict-of-laws regime the relevant rules may be designed with a view to ensuring that the application of the *lex fori* represents the most frequent outcome of their application. Apparently, this is what happened with Regulation No. 1259/2010. By deciding that the habitual residence of the spouses should play a primary role as regards both the *electio iuris* of the spouses (Article 5) and the designation of the applicable law absent a choice of the parties (Article 8), the drafters of the Regulation had apparently this objective, among others, in mind. As a matter of fact, since the «Brussels II bis» Regulation largely relies on habitual residence as a head of jurisdiction⁴², the combined operation of the two instruments should, in a significant number of cases, result in the court of a participating

³⁹ See *infra*, § 46.

⁴⁰ See, *inter alia*: Article 3 of the Hague Protocol; Article 16 of the Commission's Proposal for a Regulation on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Succession and the Creation of a European Certificate of Succession, of 14 October 2009, COM (2009) 154 final (hereinafter, Proposal on Successions); Article 17 of the Commission's Proposal for a Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes of 16 March 2011, COM (2011) 126 final (hereinafter, Proposal on Matrimonial Property Regimes).

⁴¹ Of course, the mere fact that habitual resident is employed by the different legal instruments at stake does not necessarily result in the same law being applied to the different situations they are respectively concerned with. Much depends, actually, on the design of the provisions in question, including, for example, the relevant moment under each provision for the purpose of determining habitual residence.

⁴² Under Article 3, paragraph 1, of the «Brussels II bis» Regulation, in matters relating to divorce and legal separation, jurisdiction shall lie, *inter alia*, with the courts of the Member State in whose territory the spouses are habitually resident, or the spouses were last habitually resident, insofar as one of them still resides there, or the respondent is habitually resident, or, in the event of a joint application, either of the spouses is habitually resident, or the applicant is habitually resident if he or she resided there for at least a year immediately before the application was made, or the applicant is habitually resident if he or she resided there for at least six months immediately before the application was made and is either a national of the Member State in question or, in the case of the United Kingdom and Ireland, has his or her 'domicile' there.

Member State being allowed to apply its own law as to the substance of the dispute. Regulation No. 1259/2010 further reinforces the chances of the *lex fori* being applied within divorce and legal separation proceedings by explicitly allowing the spouses to choose that law, and by envisaging the application of the law of the forum under the «objective» conflict-of-laws rule of Article 8.

Secondly, conflict-of-laws rules based on geographical connecting factors may embody (or be supplemented by) special devices designed to secure that a certain substantive outcome may be achieved *under the law of the forum*, whenever such result is precluded under the designated foreign law. Article 10 of Regulation No. 1259/2010, as we will see, employs precisely this technique, stating that, where the law applicable pursuant to Article 5 or Article 8 «makes no provision for divorce or does not grant one of the spouses equal access to divorce or legal separation on grounds of their sex», the *lex fori* shall apply.

Finally, the foreign law designated through bilateral conflict-of-laws rules shall not apply whenever such application would be incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum. Regulation No. 1259/2010 lays down a provision to this effect in Article 12. While it is generally accepted that recourse to public policy should be confined to exceptional situations, this device is clearly intended to safeguard the substantive policies of the participating Member States where divorce or legal separation proceedings take place.

13. (ii) Applying the law of the forum to divorce and legal separation is generally likely to accrue the speed of court proceedings and enhance the «quality» of the ensuing decisions, since the *lex fori* is, obviously, the law that the seized court is most familiar to.

These are indeed important goals, and deserve to be properly taken into account. According to a well-settled case law of the European Court of Human Rights, the fundamental procedural safeguards enshrined in Article 6 of the ECHR —*i.e.* the right to a fair hearing, and more particularly the right to obtain a decision on the merits within a reasonable time— should be understood as implying that «special diligence» is required «in cases relating to civil status and capacity»⁴³, including divorce and legal separation.

In reality, the systematic application of the *lex fori* is not necessarily the only means by which respect for the obligation in question may be ensured. Bilateral conflict-of-laws rules, as we have seen, may be designed so as to favour the application of the law of the forum. In any case, while it is certainly true that the application of foreign law may result in lengthier proceedings, this does not necessarily imply a violation of the right to a fair (and swift) hearing: the reasons of the delay must be assessed in light of the peculiar feature of each case, and the conclusion may be reached that a longer time was reasonably necessary in the circumstances in order to meet the needs of justice⁴⁴.

The argument regarding the «quality» of judgments based on foreign law cannot be overstated. Practical difficulties connected with the application of foreign law may of course arise in any field of private international law, and reasonably effective measures exist to cope with these difficulties. International cooperation, either through conventions (such as the London Convention of 7 June 1968 on Information on Foreign Law)⁴⁵, or through the European Judicial Network in Civil and Commercial Matters⁴⁶, may actually be of help.

⁴³ European Court of Human Rights, judgment of 29 March 1989, *Bock v. Germany*, paragraph 49; judgment of 27 February 1992, *Maciariello v. Italy*, paragraph 18; judgment of 18 February 1999, *Laino v. Italy*. All texts may be retrieved through the *Hudoc* database at <http://echr.coe.int>.

⁴⁴ Regarding the standards employed by the European Court of Human Rights to assess whether the right to a fair hearing has been violated, more particularly where the length of national proceedings is at stake, see generally, ex pluribus, C. GRABENWARTER, «Fundamental Judicial and Procedural Rights», in D. EHLERS (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, De Gruyter, 2007, p. 167 *et seq.*

⁴⁵ European Convention on Information on Foreign Law of 7 June 1968. Under Article 1, paragraph 1, of the Convention, «[t]he Contracting Parties undertake to supply one another, in accordance with the provisions of the present Convention, with information on their law and procedure in civil and commercial fields as well as on their judicial organization». The text of the Convention may be found at <http://www.conventions.coe.int>. The Convention is currently in force for more than forty States, including nearly all the Member States of the European Union. One Member State —Spain— is also a party to the Inter-American Convention on proof of and information on foreign law, of 5 August 1979, in force for several Central and South American countries.

⁴⁶ Network created by Decision 2001/470/EC of 28 May 2001, O.J. L 174 of 27 June 2001, p. 25 *et seq.*, amended by Decision 568/2009/EC of 18 June 2009 (in force from 1 January 2011; O.J. L 168 of 30 June 2009, p. 35 *et seq.*). Under Article

Rather, it must be conceded that the costs connected with the application of foreign law within court proceedings might sometimes prove to be considerable. Generally speaking it will be for the parties to bear those costs, and this might be regarded as particularly disgraceful in an area such as family law, where litigants are not always in a position to afford high costs. The (harmonized) rules governing legal aid in connection with transnational disputes in civil and commercial matters are only part of the answer to this problem⁴⁷.

14. (iii) The designation of the *lex fori* as the law applicable to divorce and legal separation results in the law of a single country being applicable to the merits of the dispute and to the procedural aspects thereof (the latter being always subject to the law of the forum: *lex fori regit processum*). This coincidence may prove to be particularly convenient in this area of law, in view of the close relationship existing between the rules that address the substance of family relationships and the procedural tools by which those rules may actually take effect. Under the majority of legal systems, the dissolution or loosening of matrimonial ties *necessarily* imply the intervention of a public authority, and the way in which this intervention takes place is determined by the seized authority's procedural rules. Thus, procedural and substantial rules regarding matrimonial matters may somehow be looked at as two sides of the same coin.

The risk of a dissociation between the substantial and the procedural aspects of divorce or legal separation may *de facto* be minimized by favouring, as we have already seen, the application of the law of the forum in a significant number of cases. Apart from this, whenever foreign law is applicable, experience shows that «adaptation» and «substitution» techniques, though sometimes difficult to implement, may significantly reduce the inconvenience of the described dissociation⁴⁸.

15. (iv) Within an area of supranational integration like Europe, comprising national legal systems with sharply different legislations in the field of family law, some further arguments may be put forward in favour of bilateral conflict-of-laws rules.

While the *lex fori* approach implies, by its nature, that only one point of view (the point of view of the forum) may be considered for the purpose of regulating matrimonial matters, the use of bilateral conflict-of-laws rules is premised on the assumption that different national points of view might deserve attention and that the option in favour of one of them, instead of any other, cannot be made once and forever, but rather depends on certain (pre-determined) features of the case at hand.

In a way, the approach based on bilateral conflict-of-laws rules builds upon some of the basic ideas that make integration possible, namely the principle whereby different legal systems (actually, those of the countries that take part to the integration process) should be put on an equal standing.

Of course, even within an area of supranational integration, a State's «openness» towards foreign legal systems is not without limits. Yet, as we have seen, the relevant bilateral rules may be designed in such a way as to accommodate different needs, including the protection of the substantive policies of the forum.

16. (v) Trans-border mobility of persons, as we shall see in greater detail in the following paragraph, is strongly promoted in Europe. The use of bilateral conflict-of-laws provisions may help reducing the obstacles possibly affecting such mobility.

3 of the Decision, as amended, the Network «shall be responsible for ... facilitating judicial cooperation between the Member States in civil and commercial matters, including devising, progressively establishing and updating an information system for the members of the Network» and for «facilitating judicial cooperation between the Member States in civil and commercial matters, including devising, progressively establishing and updating an information system for the members of the Network». In particular, under Article 5, paragraph 2, lit. c, of Decision 2001/470/EC, as amended, the national contact points of the Network shall «supply any information to facilitate the application of the law of another Member State that is applicable under a Community or international instrument».

⁴⁷ Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes; O.J. L 26 of 31 January 2003, p. 41 *et seq.*

⁴⁸ Regarding these techniques, see, *ex pluribus*, D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 2nd ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 506 *et seq.*

The interplay between rules on jurisdiction and rules dealing with conflict-of-laws issues plays an important part in this respect: the possibility of properly «managing» transnational situations may in fact depend, for the interested individuals, upon the design and coordination of those rules.

If all Member States were to subject matrimonial matters to the law of the forum, the issue of jurisdiction would become crucial in this area⁴⁹. Identifying the court possessing jurisdiction would in fact entail decisive, and almost inescapable, consequences on the conflict-of-laws plane, and hence on the substantive-law level. In a scenario like this, forum shopping would most likely be encouraged. Petitioners would seek to pre-determine the outcome of the proceedings by making use of the jurisdictional opportunities afforded by the relevant rules, so as to «move» litigation towards a more favourable forum. In the end, this might hinder the predictability of the court with jurisdiction and raise the costs of justice due to possibly parallel litigation.

Allowing domestic courts to apply foreign law in appropriate situations, might overcome some of these problems. The assumption, here, is that individuals would be less hesitant towards the prospect of crossing borders, if they knew that in the host country they would be granted access to local courts on objective and predictable grounds, and if they further knew that this would not necessarily result in the application of the substantive local rules as regards their family relationships.

In a way, mobility would be facilitated if the «original» personal status of the persons in question were allowed to «follow» the latter from one country to the other.

5. The Regulation aims at striking a fair balance between the goal of social integration and the idea that cultural identity of the individual should be preserved

17. The remarks made in the preceding paragraph show that, within an integrated supranational area, different (and possibly conflicting) policies might need to be accommodated, and that flexibility as to the law applicable to divorce and legal separation may represent an asset to that end. Two policies—both traditionally inherent to the private international law of personal status—play a central role as far as divorce and legal separation are concerned: promoting social integration and preserving the cultural identity of individuals⁵⁰.

18. The European Union has set itself the objective of creating and maintaining an «area of freedom, security and justice» without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured (Article 3 of the TEU). European citizens enjoy, as such, the right to move and reside freely within the territory of the Member States (Article 17, paragraph 2, lit. c, of the TFEU). Individuals possessing the nationality of a third country, as well as other persons (stateless persons, refugees etc.), may equally move, subject to certain conditions, from the territory of one Member State to the other for personal or economic reasons.

Fostering the integration of European citizens and other individuals within their host societies is one of the core concerns of the Union in this area, and private international law is one of the means by which the goal of integration may actually be pursued.

From a conflict-of-laws standpoint, the most direct means by which integration may be enhanced consists in using «habitual residence» as the (primary) connecting factor for determining the law applicable to the *statut personnel* of the concerned individual. The habitual residence of a person corresponds to the centre of this person's interests⁵¹. It is generally accepted that, under the relevant

⁴⁹ F. POCAR, «Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio», in S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 274.

⁵⁰ See, *ex pluribus*, A. BUCHER, «La famille en droit international privé», *RCADI*, 2000, vol. 283, p. 24 *et seq.*

⁵¹ See, *inter alia*, Court of First Instance, judgment of 25 October 2005, case T-298/02, *Anna Herrero Romeu, EC Reports*, 2005, p. II-4599 *et seq.*, paragraph 51, stating that «[t]he place of habitual residence is that in which the official concerned has established, with the intention that it should be of a lasting character, the permanent or habitual centre of his interests»; the judgment further states that, for the purpose of determining habitual residence, «all the factual circumstances which constitute such residence and, in particular, the actual residence of the [individual] concerned must be taken into account». See further, as regards the intentional element of the notion at hand, Court of Justice, judgment of 25 February 1999, case C-90/97, *Robin*

rules of European Union law, an individual cannot possess more than one habitual residence at the same time⁵².

Habitual residence should be regarded as an «autonomous» notion of European Union law. It must be determined *in concreto* by looking at objective indicia denoting a certain degree of integration of the individual in a given country. While a case-by-case approach is needed, account should generally be taken of the family situation of the person in question, as well as of the length, the reasons and the degree of continuity of his or her residence on the territory of a certain country etc. The intentions of the concerned individual, as they objectively appear from the circumstances, shall also be relevant⁵³.

By designating the law of the country where the person resides, conflict-of-laws rules actually guarantee that this person's rights and obligations in family and personal matters are subject to the same regime as the rights and obligations of anybody else residing in the country, regardless of their nationality and other factors. This way, the moral and legal ties between the person in question and the local community become stronger, thus supporting the feeling that that person is part of the larger social structure.

Regulation No. 1259/2010 pursues the goal of integration by referring to the habitual residence of the spouses in different respects: within the rule whereby the spouses may agree on the law applicable to divorce and legal separation (article 5); within the rules relating to the substantial and formal validity of such agreement (Article 6 and 7); within the rule determining the law governing divorce and legal separation in the absence of choice (Article 8).

19. While pursuing the goal of integration, the fact cannot be ignored that individuals involved in cross-border mobility phenomena usually retain meaningful relationships with their social, cultural and religious communities of origin. These relationships nurture the intrinsic cultural diversity of Europe, a value that the Treaties and the CFREU strive to safeguard in different respects⁵⁴.

Bilateral conflict-of-laws rules represent, by their very nature, a powerful tool for safeguarding diversity. Although an individual's cultural identity represents the combination of a wide range of factors —such as language, religious beliefs, philosophical convictions etc.— the view is often expressed that the use of nationality as a connecting factor represents a suitable means by which cultural identity may be preserved on the private international law plane. This view assumes that nationality is generally capable of expressing a sense of «belonging» in respect of an individual, based on historical, ethnic and cultural ties⁵⁵.

Submitting matters of personal status to the national law of the individual in question helps enhancing the «social visibility» of these ties may be enhanced: traditional values inherent to the individual's culture of origin are allowed to keep governing his or her life during his or her stay in the host society.

Swaddling, EC Reports, 1999, p. I-1075 *et seq.*, paragraph 30 *et seq.* See generally: A. RICHEL PONS, «La notion de 'résidence'», in H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (eds.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005, p. 139 *et seq.*; R. LAMONT, «Habitual Residence and Brussels II bis: Developing Concepts for European Private International Family Law», *Journal of Private International Law*, 2007, p. 261 *et seq.*; C. RICCI, «Habitual Residence in Matrimonial Disputes», in A. MALATESTA / S. BARIATTI / F. POCAR (eds.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padova, Cedam, 2008, p. 207 *ss.*; SHÜLLEABHAIN, *Cross-Border Divorce Law – Brussels II bis*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 36 *et seq.*; M. MELLONE, «La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 685 *et seq.* See also C. CAMPIGLIO, «Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) n° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane», *CDT*, 2010, p. 242 *et seq.*, showing *inter alia* that non negligible differences exist among Member States as to the way in which the notion of habitual residence is understood and applied in matrimonial matters.

⁵² See *e.g.* High Court of Justice, Family Division, 3 September 2007, *Marinos v. Marinos*, available through the database of the British and Irish Legal Information Institute, at <http://www.bailii.org>.

⁵³ See *supra*, footnote 51.

⁵⁴ Cf. Article 3, paragraph 3, of the TEU, whereby the Union «shall respect its rich cultural and linguistic diversity, and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced»), Article 167, paragraph 1, of the TFEU («The Union shall contribute to the flowering of the cultures of the Member States, while respecting their national and regional diversity and at the same time bringing the common cultural heritage to the fore»), and Article 22 of the Charter of fundamental rights of the European Union («The Union shall respect cultural, religious and linguistic diversity»).

⁵⁵ E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *RCADI*, 1996, vol. 251, in particular, p. 167 *et seq.*

Furthermore, as far as divorce and legal separation are concerned, the application of the national law of the spouse(s) may facilitate the recognition of divorce judgments in the country of origin of the individuals in question, namely in those countries (outside the European Union)⁵⁶ where the recognition of foreign judgments depends, *inter alia*, on the judgment being rendered in accordance with the substantive law of the requested State.

Regulation No. 1259/2010 appears to be sensitive to the need for preserving cultural identity. The nationality of the spouses, as we will see, is relevant both in the framework of Article 5 on choice of law agreements, and in the framework of Article 8, on the law applicable failing a choice by the spouses.

Unsurprisingly, the Regulation avoids defining nationality for the purpose of its rules. As a matter of fact, it appears to be beyond dispute that nationality must be determined in accordance with the rules of the State that appear to be «willing» to grant such status to the individual in question. This implies that, in order to ascertain the nationality of a person for conflict-of-laws purposes, an inquiry may be needed based on the relevant provisions of more than one legal system⁵⁷.

20. A tension, of course, exists between the goal of social integration, on one side, and the idea that cultural identity should be preserved, on the other.

Regulation No. 1259/2010 strives to manage this tension in various ways. The key role played by party autonomy in this context may be explained, *inter alia*, as an attempt to mitigate that opposition: promoting party autonomy, and at the same time confining it to a limited range of options (including the law of the country of habitual residence and the law of nationality) may actually be seen as a means to determine, in light of the peculiar circumstances of each situation and from the standpoint of the spouses, whether the weight of integration factors is stronger than the weight of cultural factors, or *vice versa*.

Absent a choice by the parties, the dialectics between integration and cultural identity has been dealt with by the drafters of the Regulation through a *combination* of connecting factors, as opposed to a drastic and «final» choice in favour of either of the two «polarities». Article 8 lays down a «ladder» of connecting factors, where different policies appear to be taken into account following certain priorities. Integration is given primary importance, since the law applicable in the absence of choice is stated to be, in the first place, the law of the State where the spouses are habitually resident at the time the court is seized, or, failing that, the law of the State where the spouses were last habitually resident, provided that certain conditions are met. Yet, cultural identity, too, plays a role as connecting factor, since it comes into play whenever the preceding factors are unavailable in the circumstances⁵⁸.

6. The Regulation aims at making divorce and legal separation easier to obtain for both spouses on an equal footing

21. European Union law, as we have mentioned, does not (and cannot) regulate divorce and legal separation at the substantive-law level. This does not exclude that the rules of private international law enacted by the European Union in this field might reflect, *inter alia*, substantive policies.

The «Brussels II *bis*» Regulation, just like its «predecessors» (the Convention of 28 May 1998 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters, and the «Brussels II» Regulation of 29 May 2000)⁵⁹, is designed to facilitate both the access to justice in matrimonial matters whenever a foreign element arises and the recognition of the ensuing judgments across Europe⁶⁰.

⁵⁶ As regards matrimonial proceedings, judgments rendered in one Member State are recognized in the other Member States according to Article 22 of the «Brussels II *bis*» Regulation. The substantive law applied in the country of origin does not have, as such, any bearing on the recognition itself. The Regulation underlines this by stating, in Article 25, that «[t]he recognition of a judgment may not be refused because the law of the Member State in which such recognition is sought would not allow divorce, legal separation or marriage annulment on the same facts».

⁵⁷ Regarding stateless persons and refugees, see *infra* § 50.

⁵⁸ See further *infra*, § 59 *et seq.*

⁵⁹ O.J. C 221 of 16 July 1998, p. 2 *et seq.*, and O.J. L 160 of 30 June 2000, p. 19 *et seq.*, respectively.

⁶⁰ See, *inter alia*, *Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters*, prepared by ALEGRIA BORRÁS; O.J. C 221 of 16 July 1998, p. 27 *et seq.*, paragraph 12.

Favor divortii is likewise a guiding principle of Regulation No. 1259/2010. The idea that the spouses should be allowed to divorce, albeit subject to substantive provisions that may vary considerably depending on the applicable law, is especially reflected in Article 10, whose purpose is to alter the functioning of the conflict-of-laws provisions laid down by the Regulation in the event that the law designated by the latter makes no provision for divorce.

22. From the standpoint of European Union law, the right to divorce should not only be guaranteed as such: divorce and legal separation should also be open to both spouses on an equal footing.

Discrimination in this field would actually be at odds with primary rules of European Union law, such as Article 21 of the CFREU, prohibiting discrimination on the ground, *inter alia*, of sex, racial or ethnic origin, and religious belief, and Article 19, paragraph 1, of the TFEU, whereby the Union is entitled to adopt measures aimed at combating discrimination.

It would be further at odds with the ECHR, which—pending the accession of the European Union—enshrine fundamental rights that already constitute general principles of European Union law (Article 6 of the TEU). In particular, under Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, «[t]he enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status». Besides, and more specifically, Article 5 of Protocol No. 7, provides that «[s]pouses shall enjoy equality of rights and responsibilities of a private law character between them, and in their relations with their children, as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution»⁶¹.

Regulation No. 1259/2010 aims at safeguarding the equality of the spouses in two respects: (i) on one side, it ensures that the design of the relevant conflict-of-laws provisions is not discriminatory *per se*; (ii) on the other side, it strives to avoid the risk that the application of the latter provisions might result in divorce or legal separation being subject to a substantive law placing granting one spouse a preeminent position.

23. (i) Privileging one spouse at the detriment of the other for the purpose of determining the law applicable to the dissolution of marriage (e.g. by providing that the nationality of the husband, not the nationality of the wife, shall be relevant), would represent a discrimination in itself, no matter whether in the circumstances the relevant conflict-of-laws provisions might result in the designation of a law being fully compliant, in its substantive content, with the principle of equality⁶².

This appears to be a firmly established principle in contemporary private international law, at least as far as the Member States of the European Union are concerned⁶³. It is not surprising that Regulation No. 1259/2010 conforms to this principle. On one hand, the new piece of legislation grants spouses an equal standing with regard to agreements determining the law applicable to divorce and legal separation: the formal requirements provided for by the Regulation are meant to ensure that the agreements in question are the result of the converging free will of both spouses⁶⁴. On the other hand,

⁶¹ At the international level, discrimination is further prohibited, *inter alia*, under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, adopted by the General Assembly of the United Nations on 18 December 1979 (text and status available at <http://treaties.un.org>).

⁶² See on this subject, *ex pluribus*, A.V.M STRUYCKEN, «Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law», *RCADI*, 2009, vol. 311, p. 243 *et seq.* Under a request for a preliminary ruling, the Court of Justice had been asked to state whether Community law, namely the prohibition of all discrimination on grounds of nationality, should be interpreted as precluding the application of a national conflict-of-laws rule that, in respect of divorce, refers to one of the spouses' nationality as a connecting factor. In its judgment of 10 June 1999, *Johannes*, case C-430/97, *EC Reports*, 1999, p. I-3475 *et seq.*, paragraph 37, the Court answered in the negative, asserting that (at that time) «[n]either the national provisions of private international law determining the substantive national law applicable to the effects of a divorce nor the national provisions of civil law substantively regulating those effects fall within the scope of the Treaty».

⁶³ Cf. H. GAUDEMET-TALLON, «La désunion du couple en droit international privé», *RCADI*, 1991, vol. 226, p. 72 *et seq.*

⁶⁴ See *infra*, § 56 *et seq.* The fact that the agreement of the spouses may designate the law of the country of which *either* spouse is a national is not as such inconsistent with the rules prohibiting discrimination: the will of each spouse has the same standing, and the agreement—in case of spouses possessing different nationalities—may equally privilege the nationality of the husband or the nationality of the wife.

the Regulation employs objective connecting factors that do not result *per se* in a privileged position of one spouse, but rather, whenever it is possible, in the designation of a country with which the matrimonial relationship —regarded objectively— is significantly connected, such as the country where *both* spouses habitually reside (or have last habitually resided) or the country of which *both* spouses are nationals (Article 8).

24. (ii) Non-discriminatory connecting factors may well designate a law whose substantive content is at odds with the principle of equality. This event is explicitly envisaged by Article 10 of Regulation No. 1259/2010. According to this rule, where the law applicable pursuant to the Regulation's conflict-of-laws provisions «does not grant one of the spouses equal access to divorce or legal separation on grounds of their sex», the latter law shall be disregarded and «the law of the forum shall apply»⁶⁵.

The risk that the designated law might discriminate between the spouses on other grounds may be countered through the public policy exception provided for by Article 12 of the Regulation⁶⁶.

7. The Regulation has a «universal» character and excludes the relevance of the conflict-of-laws rules of the designated law

25. The new piece of legislation lays down «universal» rules. According to Article 4, the law designated pursuant to the Regulation «shall apply whether or not it is the law of a participating Member State». The *erga omnes* approach followed by Regulation No. 1259/2010 is common to the «Rome I» and «Rome II» Regulations⁶⁷, as well as to the Hague Protocol⁶⁸ and to the acts currently under elaboration by the European Union laying down conflict-of-laws provisions⁶⁹.

The adoption of this approach allows participating Member States to convoy within one legal instrument the whole of the rules that national authorities might need to resort to when dealing with conflict-of-laws issues in the area of divorce and legal separation, no matter whether the situation at stake is connected with countries bound by the same rules, or not.

26. Since the Regulation may designate the law of a State other than a participating Member State, the question arises as to whether the (possibly non-harmonized) conflict-of-laws rules in force in the State in question should be relevant, in the circumstances, to the determination of the law applicable to divorce and legal separation.

The question must be answered in the negative. Under Article 11, where Regulation No. 1259/2010 provides for the application of the law of a State, «it refers to the rules of law in force in that State other than its rules of private international law». Once the Regulation has designated the applicable law, no further inquiry shall be carried out to determine whether the designated law «wants» to apply in the circumstances, or whether, on the contrary, it designates through its own conflict-of-laws provisions the law of a different country, be it the law of the forum (*renvoi au premier degré*, *Rückverweisung*, *rinvio indietro*) or the law of another State (*renvoi au second degré*, *Weiterverweisung*, *rinvio oltre*).

The solution is in line with the corresponding provisions established in the «Rome I» and «Rome II» Regulations, and in the legal instruments currently negotiated within the European institutions⁷⁰.

⁶⁵ See *infra*, § 73 *et seq.*

⁶⁶ See *infra*, § 80 *et seq.*

⁶⁷ See Article 3 of Regulation No. 864/2007.

⁶⁸ See Article 2 of the Hague Protocol.

⁶⁹ See, *e.g.*, Article 21 of the Proposal on Matrimonial Property Regimes.

⁷⁰ See Article 20 of the «Rome I» Regulation, and Article 24 of the «Rome II» Regulation; see also, *inter alia*, Article 26 of the Proposal on Successions. On the reasons behind the trend against *renvoi* in the private international law of the European Union, see, *ex pluribus*, for further references, P. FRANZINA, «Articolo 20 —Esclusione del rinvio», in F. SALERNO / P. FRANZINA (eds.), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I») — Commentario, Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 903 *et seq.*

IV. The scope of application of the Regulation

1. The notions of «divorce» and «legal separation»

27. Regulation No. 1259/2010 applies to «divorce and legal separation» (Article 1, paragraph 1). Failing an explicit definition, «divorce» and «legal separation» should be regarded as «autonomous» notions and understood as having the same meaning as the corresponding expressions employed in the «Brussels II *bis*» Regulation. They should thus cover all proceedings instituted before the authorities of a participating Member State with a view to dissolving or loosening matrimonial ties.

Under the «Brussels II *bis*» Regulation, proceedings in respect of divorce and legal separation belong to the wider notion of «matrimonial proceedings». The latter also includes proceedings for the annulment of marriage. Regulation No. 1259/2010 follows a different approach in this respect, explicitly excluding marriage annulment from its scope of application. The ensuing «asymmetry» between the two instruments appears to be justified⁷¹. For conflict-of-laws purposes, the annulment of marriage raises peculiar issues, closely connected to the validity of marriage, a matter explicitly excluded from the scope of application of the new text.

The Regulation shall apply irrespective of the nature of the court or tribunal seized⁷². The nature of the proceedings —*e.g.* whether they should be brought before a jurisdictional or an administrative authority⁷³, or whether they feature a contentious or a non-contentious character— should likewise have no bearing on the applicability of the Regulation⁷⁴.

28. For the purpose of ascertaining whether a situation falls within the material scope of application of the Regulation, the notion of «matrimonial ties» should be regarded —it is submitted— as an autonomous notion, too⁷⁵.

In the framework of Regulation No. 2201/2003, too, the question is frequently asked whether «matrimony» should be given an independent, European meaning. Diverging views have been expressed in this respect, and the Court of Justice of the European Union has not provided yet a definitive clarification⁷⁶. This is, by the way, a politically sensitive issue, since adopting a generous notion of matrimony would attract within the scope of judicial cooperation in civil matters, as it is governed by uniform rules, family models —such as same-sex marriages— whose recognition is far from being unanimous among Member States.

29. It is submitted that, as far as Regulation No. 1259/2010 is concerned, the notion of matrimonial ties should be given a broad meaning, covering *any* matrimonial relationships between two in-

⁷¹ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 291 *et seq.*, paragraph 6.

⁷² See Recital 13 of Regulation No. 1259/2010.

⁷³ Cf. Article 2 of the «Brussels II *bis*» Regulation, clarifying that for the purpose of that Regulation, «the term ‘court’ shall cover all the authorities in the Member States with jurisdiction in the matters falling within the scope of this Regulation», and «the term ‘judge’ shall mean the judge or an official having powers equivalent to those of a judge in the matters falling within the scope of the Regulation». The close relationship between Regulation No. 1259/2010 and Regulation No. 2201/2003 suggests that those definitions, failing any indication to the contrary, should be followed in the interpretation of both instruments.

⁷⁴ Cf. P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 291 *et seq.*, paragraph 7: «[c]e qui compte est l’objet de la procédure, non ses modalités». The same author adds, however, that purely religious proceedings should be deemed to fall outside the scope of the Regulation, «car l’autorité n’intervient pas dans ce cas au nom de l’Etat membre participant, sauf à être instituée par lui» (*ibidem*). On the latter point, see also A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho internacional privado*, 12th ed., II, p. 189 *et seq.*

⁷⁵ See, generally, on the interpretation of legal expressions in this field, L. TOMASI / C. RICCI / S. BARIATTI, «Characterisation in Family Matters for Purposes of European Private International Law», in G. MEEUSEN *et al.* (eds.), *International family law for the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 342 *et seq.*

⁷⁶ See, for further references, I. OTTAVIANO, «La prima cooperazione rafforzata dell’Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile alle separazioni e ai divorzi transnazionali», *Diritto dell’Unione europea*, 2011, p. 132 *et seq.*

dividuals, irrespective of their sex. A «matrimonial» relationship should be understood as one implying a family tie featuring a *formal* and *stable* character: the relationship in question must be set up through a particular procedure governed by law (as opposed to the mere will of the individuals at stake resulting in a *de facto* relationship), and must be such that —for the sake of its stability— a somehow parallel procedure needs to be followed for the purpose of its dissolution. Where these requirements are met, the relationship in question should be deemed to be «matrimonial» for the purpose of the Regulation, no matter whether it might be regarded as invalid under the law of the forum (*e.g.* due to the spouses being individuals of the same sex).

In support of the latter view an argument may be drawn, *a contrario*, from Article 13 of the Regulation. The latter provision states that nothing in the Regulation «shall oblige the courts of a participating Member State whose law ... does not deem the marriage in question valid for the purposes of divorce proceedings to pronounce a divorce by virtue of the application of this Regulation». This provision would be meaningless if national courts of participating Member States were entitled not to apply the Regulation whenever the *lex fori* regards the family relationship at stake as being invalid.

In the end, the proposed reading appears to be supported by *methodological* reasons (legal expressions used by uniform rules should be interpreted autonomously, in principle), *practical* reasons (the proposed view allows Member States that put homosexual and heterosexual marriage on an equal standing to cooperate between themselves under the legal instrument in question, thus corroborating the *effet utile* thereof), and *political* reasons (in light of the «safeguard» provided for by Article 13 of the Regulation, a broad understanding of the notion of matrimony does not imply that Member States who do not share such broad view in their national legal order should change their policies or reconsider their values).

30. Registered partnerships, no matter whether they involve individuals of an opposite sex or of the same sex, should be deemed to fall outside the notion of «matrimony».

Accordingly, the dissolution of partnerships does not correspond to «divorce» for the purpose of Regulation No. 1259/2010. While in some cases it may be difficult to distinguish a marital relationship from a registered partnership, the relevance of the distinction should be upheld. The Commission, by presenting two separate proposals involving property regimes —one in respect of «matrimonial property regimes», the other regarding the «property consequences of registered partnerships»⁷⁷— suggest that European institutions, as far as judicial cooperation in civil matters is concerned, are inclined not to treat the two situations entirely alike.

2. The transnational character of the situation

31. Article 1, paragraph 1, of the Regulation adds that the latter shall apply in «situations involving a conflict of laws». The expression —common to the «Rome I» and «Rome II» Regulations— is meant to clarify that the new piece of legislation is exclusively concerned with situations featuring a foreign element: divorce and legal separation occurring within a purely domestic scenario will be in no way affected by the rules we are examining.

To make this clearer, Article 16 adds that participating Member States in which different systems of law or sets of rules apply to divorce and legal separation shall not be required to apply the Regulation to «conflicts of laws arising solely between such different systems of law or sets of rules»⁷⁸.

32. Along with the «Rome I» and the «Rome II» Regulations, Regulation No. 1259/2010 does not state precisely upon which grounds a situation may be deemed to be transnational in nature, thus suggesting that *any* element, as long as it is likely *in abstracto* to play some role in the conflict-of-laws or substantive regulation of divorce or legal separation, might give the situation a transnational flavour.

⁷⁷ Proposal for a Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions Regarding the Property Consequences of Registered Partnerships, COM (2011) 127 final of 16 March 2011.

⁷⁸ An almost identical provision may be found in Article 22, paragraph 2, of the «Rome I» Regulation and in Article 25, paragraph 2, of the «Rome II» Regulation.

Divorce and legal separation may possess a transnational character either due to the personal conditions of the spouses or to the objective features of their relationship. Thus, a divorce between a German wife and a Spanish husband is just as transnational as a divorce between a German wife and a German husband living in France.

In assessing whether a situation is transnational or domestic, the «point of view» from which the inquiry is carried out might in some cases be decisive. The legal separation of Austrian spouses having lived together in Austria is indeed a domestic legal separation when viewed from Austria. The answer would be different if, for some, the situation was looked at from the standpoint of another country.

33. It is not clear whether, for the purpose of Article 1 of the Regulation, the relevant foreign element must exist at the time when the breakdown of marriage occurs, or may equally have existed at any moment since the matrimonial relationship in question was constituted, *i.e.* between the celebration of marriage and the dissolution thereof.

In principle, the applicability of a normative instrument should be determined with reference to the moment in which an issue, possibly requiring the application of the instrument in question, arises: since Regulation No. 1259/2010 is only concerned with the dissolution or loosening of marriage, and not with marriage itself (*i.e.* the personal relationship between the spouses etc.), the relevant moment for the purpose of ascertaining «transnationality» should be the moment at which divorce or legal separation proceedings are instituted. On this assumption, the applicability of the Regulation should be excluded in a situation where the matrimonial relationship at stake, though initially transnational in nature, had since lost all of its foreign elements: one might think, for example, of divorce proceedings instituted in State X between spouses being both nationals of State X, who have resided in country Y for some time, but have returned to country X well before the proceedings in question commenced.

In reality, excluding the applicability of the Regulation to a situation like this might lead to unfortunate practical outcomes, in particular if, during their stay in country Y, the spouses had concluded an agreement under Article 5 of the Regulation prospectively submitting divorce to the law of State Y.

It is therefore submitted that, in order to safeguard the reasonable expectations of the parties, Article 1 of the Regulation should be interpreted as meaning that divorce or legal separation feature a transnational character whenever the matrimonial relationship they are meant to dissolve or loosen have, or have had, a genuine and substantial connection with more than one country. In the preceding example, the latter requirement should not be met if the only connections of the matrimonial relationship of the spouses with country Y were short, transitory and remote in time.

34. Since party autonomy plays an important role within Regulation No. 1259/2010, the question arises as to whether a situation, otherwise totally domestic, might be regarded as transnational only because the spouses have agreed, under Article 5, on the application of the law of a foreign country⁷⁹.

The issue echoes a problem that has been extensively dealt with by scholars in respect of the Rome Convention of 19 June 1980 on the law applicable to contractual obligations, and more recently in respect of the «Rome I» and «Rome II» Regulations. As regards the latter instruments, the view of several authors is that the parties may indeed confer, through an *electio iuris*, a foreign character to their relationship⁸⁰. The risk that such opportunity may be exercised in an abusive way, so as to circumvent the application of provisions that would be otherwise applicable, is in fact countered by a provision explicitly addressing the issue of choice of law agreements made in respect of «internal» situations. Under Article 3, paragraph 3, of the «Rome I» Regulation (substantially reproducing Article 3, paragraph 3, of the Rome Convention), where all elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, «the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by

⁷⁹ See on this issue A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho internacional privado*, 12th ed., II, p. 196.

⁸⁰ P. BERTOLI, «Articolo 1 - Campo di applicazione materiale - I», in F. SALERNO / P. FRANZINA (eds.), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I») – Commentario, Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 553 *et seq.*

agreement». As far as non-contractual obligations are concerned, the same rule is stated in Article 14, paragraph 2, of the «Rome II» Regulation.

Within Regulation No. 1259/2010, the problem arises under a different light. Contrary to the «Rome I» and the «Rome II» Regulations, where the parties are free to choose the law of *any* country, no matter whether a substantial connection exists between that country and the relationship at stake, the agreement of the spouses as to the law applicable to divorce and legal separation can only designate the law of a country with which the situation is genuinely connected: the law of the country where the spouses habitually reside, or have last habitually resided, the law of the country of which either of them is a national, or the *lex fori* (Article 5, paragraph 1). The restriction makes it *de facto* unnecessary to lay down a provision countering the risk of party autonomy being abusively exercised.

Situations where a foreign element existed at the time when the agreement was made, but has subsequently disappeared, should be treated in accordance with the solution envisaged in the preceding paragraph.

It is worth recalling, in any case, that pursuant to a well-established general principle of European Union law, supranational rules cannot be relied on for abusive or fraudulent ends⁸¹. Thus, if the spouses had fraudulently created a transnational matrimonial situation, with the sole purpose of taking advantage of the provisions of Regulation No. 1259/2010 (namely Article 5), the courts of a participating Member States should be entitled, without violating European Union law, to treat that situation as domestic and disregard the Regulation.

3. Matters excluded from the scope of application of the Regulation

35. Regulation No. 1259/2010 does not apply to the matters listed in Article 1, paragraph 2: matters relating to the legal capacity of natural persons, the existence, validity or recognition of marriage, its annulment, the name of the spouses, the property consequences of the marriage, parental responsibility, maintenance obligations, trusts or successions.

For the reasons we have seen⁸², the legal expressions used in this provision need to be interpreted autonomously. Terms employed in other supranational legal instruments in the field of judicial cooperation should be deemed to possess, for the purpose of Article 1, paragraph 2, of Regulation No. 1259/2010, the meaning they possess under such other instruments.

Thus, the words «maintenance obligations» should be understood as covering —consistently with Regulation (EC) No. 4/2009 of 18 December 2008 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions in Matters relating to Maintenance Obligations⁸³, and with the former Article 5 point 2 of the «Brussels I» Regulation— obligations based on a family relationship aimed at the maintenance of the creditor and whose amount is determined on the ground of the economic conditions of the debtor and the needs of the creditor⁸⁴. For similar reasons, «parental responsibility» should be interpreted as referring —in accordance with the «Brussels II *bis*» Regulation— to «all rights and duties relating to the person or the property of a child which are given to a natural or legal person by judgment, by operation of law or by an agreement having legal effect», including «rights of custody and rights of access»⁸⁵. «Annulment of marriage», too, must be deemed to bear one and the same meaning under Regulation No. 1259/2010 and under Regulation No. 2201/2003.

The words «property consequences of the marriage» should similarly be considered as having, in principle, the same meaning as the expression «rights in property arising out of a matrimonial rela-

⁸¹ See, e.g., Court of Justice, judgment of 23 March 2000, *Dionysios Diamantis*, case C-373/97, *EC Reports*, 2000, p. I-1705 *et seq.*, paragraph 33 *et seq.*

⁸² See *supra*, § 7.

⁸³ O.J. L 7 of 10 January 2009, p. 1 *et seq.*

⁸⁴ See generally on this subject M. CASTELLANETA / A. LEANDRO, «Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari», *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 1051 *et seq.*, and M.E. CORRAO, «Il diritto internazionale privato e processuale europeo in materia di obbligazioni alimentari», *CDT*, 2010, p. 118 *et seq.*

⁸⁵ Article 2, paragraph 7, of Regulation No. 2201/2003.

tionship» under Article 1, paragraph 2, lit. *a*, of Regulation No. 44/2001⁸⁶. Both notions, by the way, should be interpreted in light of the notion of «matrimonial property regimes» due to be adopted in the future European instrument on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of judgments in that area⁸⁷.

The concept of «succession» should likewise correspond to the notion of «wills and successions» under Article 1, paragraph 2, lit. *a*, of Regulation No. 44/2001, and to the notion of «successions to the estates of deceased persons» in the coming regulation on this matter, currently negotiated within the European institutions⁸⁸. The word «trust» should presumably be construed having regard to the same sources, and to the exclusion provided for, *inter alia*, by Article 1, paragraph 3, lit. *f*, of the «Brussels II bis» Regulation.

Determining the meaning of the remaining expressions —«legal capacity of natural persons», «existence, validity or recognition of a marriage», «name of the spouses»— should only rarely give raise to particular difficulties, in spite of the absence of uniform rules providing (or suggesting) an autonomous definition.

36. Article 1, paragraph 2, specifies that the Regulation shall not apply to the aforementioned excluded matters «even if» an issue relating to such matters arises «merely as a preliminary question within the context of divorce or legal separation proceedings»⁸⁹.

The Regulation evokes, here, a well-known topic of the theory of private international law. A «preliminary» or «incidental» question (*Vorfrage*, *question préalable*, *questione preliminare*), arises whenever the decision of a certain issue (the main question) logically requires another issue (the preliminary question) to be decided in the first place. When this happens, and the situation features a foreign element, one must wonder whether, and how, the way in which conflict-of-laws issues are dealt with in respect of the main question should somehow affect the way in which the corresponding issues must be addressed and decided as regards the preliminary question. Roughly stated, the problem is whether the preliminary question should be decided in accordance with the (substantive or the conflict-of-laws rules of the) law applied to the main question, or whether the two questions, notwithstanding their interplay in the case at hand, should be treated separately, as if they arose in two different contexts, thus possibly being governed by the law of different countries⁹⁰.

The Regulation, as we have said, does not purport to solve this problem. By mentioning the issue, it limits itself to recognizing its practical relevance in the area of divorce. As a matter of fact, divorce and legal separation proceedings frequently involve some (separate) questions to be decided at a (logically) preliminary stage.

In these circumstances, the way in which preliminary questions should be dealt with in the framework of divorce or legal separation proceedings must be deemed to be entirely left with the law (or the practice) of each participating Member State.

It is worth mentioning, however, that in one case, the way in which a preliminary question is decided has a direct bearing on the functioning of the Regulation: under Article 13, the courts of a participating Member State are not obliged to pronounce a divorce *if the law of the forum* deems the marriage in question invalid for the purpose of divorce⁹¹.

⁸⁶ Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters («Brussels I»), O.J. L 12 of 16 January 2001, p. 1 *et seq.*

⁸⁷ See *supra*, footnote 40.

⁸⁸ See *supra*, footnote 40.

⁸⁹ It is worth noting, by the way, that in at least one case the «point of view» of the forum as regards a particular preliminary question —the question relating to the existence and the validity of the marriage— does affect the way in which the law applicable to divorce and legal separation is determined under the Regulation. Article 13, as we will see *infra*, § 84 *et seq.*, allows a participating Member State not to apply the law designated by the Regulation whenever it «does not deem the marriage in question valid for the purposes of divorce proceedings».

⁹⁰ See generally on this subject P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Jovene, 1971, and T.S. SCHMIDT, «The Incidental Question in Private International Law», *RCADI*, 1993, vol. 233, p. 305 *et seq.*

⁹¹ See further *infra*, § 84 *et seq.*

4. The temporal scope of application of the Regulation

37. As regards the temporal scope of application of the Regulation, two concepts need to be distinguished at the outset: the date of entry into force, *i.e.* the moment in time at which a set of rules becomes binding as a normative act; and the date of application, *i.e.* the temporal element on the basis of which a given situation may be considered to be subject to the regime in question⁹². Regulation No. 1259/2010 has entered into force on 30 December 2010, the day after its publication in the Official Journal (Article 21, first sentence). Its date of application, as we have already mentioned, is 21 June 2012 (safe for Article 17, applicable from 21 June 2011).

38. Article 18, paragraph 1, states that the Regulation «shall apply only to legal proceedings instituted and to agreements of the kind referred to in Article 5 concluded as from 21 June 2012», although «effect shall also be given to an agreement on the choice of the applicable law concluded before 21 June 2012, provided that it complies with Articles 6 and 7», regarding consent and validity.

Proceedings instituted before 21 June 2012 will remain, in principle, unaffected by the new piece of legislation. Yet, since the Regulation equally applies to «agreements ... concluded as from 21 June 2012», the situation may arise where a choice of law is made *after* 21 June 2012 in respect of proceedings instituted *prior* to that date. The possibility of doing so, it is submitted, should be checked against the law of the forum, in accordance with Article 5, paragraph 3, of the Regulation, regarding agreements made during the course of proceedings.

The second sentence of Article 18, paragraph 1, aims apparently at encouraging the spouses to avail themselves of the autonomy granted by the Regulation. The provision in fact broadens the temporal scope of application of Article 5 by instructing courts of participating Member States to give effect to agreements that would otherwise fall outside the scope of application of the Regulation. Arguably, the extension has been made on the assumption that the spouses, in concluding the agreement at a time when the Regulation was not yet applicable, acted in view of proceedings that they expected might be instituted at a later stage, subsequent to the date of application of the new regime. The provision, in other words, is meant to protect the expectations of the parties based on the foreseeable applicability of Regulation No. 1259/2010. It should therefore be interpreted as covering agreements *fully* compliant with the Regulation —*i.e.* with Article 5, 6 and 7, not only with Article 6 and 7— concluded after the entry into force of the Regulation⁹³, though prior to its date of application.

39. Pursuant to Article 18, paragraph 2, the Regulation «shall be without prejudice to agreements on the choice of applicable law concluded in accordance with the law of a participating Member State whose court is seized before 21 June 2012».

Apparently, this is nothing more than a clarification of what is already stated in paragraph 1. There is actually little doubt that, in proceedings commenced before 21 June 2012, the admissibility and the effects of a prior agreement as to the law applicable to divorce and legal separation must be verified on the basis of the conflict-of-laws rules of the forum, not with the Regulation⁹⁴.

5. The irrelevance of nationality and habitual residence of the spouses

40. The Regulation is silent as to its personal scope of application. As a matter of fact, its applicability does not seem to depend on any personal condition relating to the spouses⁹⁵. In the participating

⁹² Cf. on these notions the opinion of Advocate General Mengozzi delivered on 6 September 2011 in case C-412/10, *Deo Antoine Homawoo*, available at <http://curia.europa.eu>.

⁹³ A different reading, concerning the latter aspect, would *de facto* result in the Regulation receiving a retroactive application.

⁹⁴ One might wonder whether Article 18, paragraph 2, should be understood as meaning that it is for the conflict-of-laws rules of the forum, and not for the Regulation, to determine whether, and to what extent, the spouses may modify their agreement in the course of such proceedings.

⁹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho internacional privado*, 12th ed., II, p. 191.

Member States, Regulation No. 1259/2010 will thus apply to divorce and legal separation proceedings involving spouses of any nationality, no matter where they reside.

The solution is implicit in Article 4, stating the «universal» application of Regulation No. 1259/2010, and is common to the «Rome I» and «Rome II» Regulations⁹⁶.

V. The relationship between the Regulation and existing international conventions

41. The actual applicability of Regulation No. 1259/2010, and the operation of its rules, may be affected by reason of the respect due to the international engagements, if any, taken by participating Member States prior to the adoption of the Regulation itself. Under Article 19, paragraph 1, the Regulation «shall not affect the application of international conventions to which one or more participating Member States are party at the time when this Regulation is adopted ... and which lay down conflict-of-laws rules relating to divorce or separation». The solution adopted is in line, in its rationale, with the «general» safeguard clause provided for by Article 351 of the TFEU as regards rights and obligations arising from agreements concluded between one or more Member States, on the one hand, and one or more third countries, on the other, before European Union law came into effect for them⁹⁷.

The practical relevance of this provision in the field of divorce and legal separation is likely to be scarce: participating Member States have actually concluded a limited number of bilateral⁹⁸ and multilateral⁹⁹ conventions, addressing conflict-of-laws issues in family matters. Yet, the inclusion of this rule within the Regulation is hardly surprising, as similar provisions may be found in other instruments enacted by the European Union in the field of judicial cooperation in civil matters. Article 19 substantially corresponds, with some variations, to Article 25 of the «Rome I» Regulation and Article 28 of the «Rome II» Regulation.

Like the latter provisions, Article 19 of Regulation No. 1259/2010 clarifies that, in any case, the Regulation shall, as between participating Member States, take precedence over conventions concluded *exclusively* between two or more of them.

VI. The agreement of the spouses as to the law applicable to divorce and legal separation

42. The will of the spouses, as we have mentioned, has a primary role in Regulation No. 1259/2010. In determining the law applicable to divorce and legal separation, the first question to be answered is whether a valid agreement has been concluded in this respect. The «objective» connecting factors provided for by Article 8 may only come into play once it is established that no such agreement exists.

⁹⁶ P. FRANZINA, «Articolo 2 — Carattere universale», in F. SALERNO / P. FRANZINA (eds.), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I») — Commentario, Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 606 *et seq.*

⁹⁷ See, *mutatis mutandis*, P. FRANZINA, «Las relaciones entre el reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual», *CDT*, 2009, especially p. 94 *et seq.*

⁹⁸ For example, Article 19 of the Regulation should come into play whenever proceedings are instituted in France regarding the divorce of a Moroccan national. By a bilateral Convention on personal and family matters as well as judicial cooperation, made at Rabat on 10 August 1981, France and Morocco have agreed on uniform conflict-of-laws rules regarding *inter alia* divorce proceedings: Moroccan law will apply to the dissolution of marriage where the spouses are both Moroccans, while the divorce of a Franco-Moroccan couple shall be subject to the law of the country where the spouses are both domiciled, or were last both domiciled (Article 10 of the Convention). The text of the Convention may be retrieved through the *Pacte* database at <http://www.doc.diplomatie.gouv.fr>.

⁹⁹ Article 19, Regulation No. 1259/2010, for example, shall not prevent Italian, Spanish and Portuguese courts from applying the second sentence of Article 1, paragraph 1, of the Munich Convention of 5 September 1980 on the Law Applicable to Surnames and Forenames (see *supra*, footnote 37). The Convention provides that the surnames and forenames of a person shall be governed by the law of the State of which he or she is a national, but it also adds that, for this purpose, the situations on which surnames and forenames depend — e.g. divorce and legal separation — shall be assessed in accordance with that law. See also *infra*, § 50, on the interplay between Regulation No. 1259/2010, on one side, and the Conventions of 1951 and 1954 on refugees and on the status of stateless persons, on the other.

Party autonomy law in respect of divorce and legal separation enjoys a limited recognition in the Member States' systems of private international law. The majority of States adopting a bilateral approach in this area simply do not envisage the possibility of the spouses choosing the law applicable to the dissolution or loosening of matrimonial ties. Only Germany, Belgium and the Netherlands, as mentioned, allow the governing law to be identified in accordance with the spouses' *electio iuris*, though limiting in several respects the autonomy of the parties.

Under Article 55, paragraph 2, of the Belgian Code of private international law of 2004, for example, the spouses may only designate Belgian law or the law of the State of which either of them is a national. What is more, an agreement as to the choice of law can only be made in the occasion of the spouses' appearance in court.

In light of the foregoing, Article 5 of the Regulation represents a remarkable innovation for the vast majority of the participating Member States.

Spouses are allowed to choose among four options. They can designate the law of the State where they are habitually resident, the law of the State where they were last habitually resident, the law of the State of nationality of either of them, or the law of the forum. Besides, the choice may be made either before proceedings are instituted or in the course of the latter, provided that certain conditions are met¹⁰⁰. Formal requirements are in principle rather liberal, although supplemental requirements may be imposed in some cases in accordance with the national law of a participating Member State¹⁰¹.

1. The reasons explaining the favour of the Regulation towards autonomy

43. Several reasons, it is submitted, explain the favourable attitude of the Regulation towards party autonomy¹⁰². These reasons relate *inter alia* to: (i) the substantive policies underlying the regulation of divorce and family relationships in Europe; (ii) the difficulties affecting the unification of conflict-of-laws rules in an area of private international law traditionally showing little or no uniformity, such as divorce and legal separation; (iii) the search for devices capable of avoiding some «technical» shortcomings of the connecting factors traditionally employed in this area¹⁰³.

44.(i) Self-determination of the individual is today a key value as far as the substantive regulation of personal and family relationships is concerned. The respect due to private and family life under Article 8 of the European Convention on Human Rights implies, *inter alia*, the right of individuals to take by themselves the basic decisions affecting their life¹⁰⁴. Legitimate restrictions may be imposed to such right with a view to safeguarding social and collective values, or with a view to protecting the individual concerned; yet, generally speaking, these restrictions are subject to strict limitations.

With the individual dimension of family law increasingly gaining importance, a trend arises from the standpoint of substantive law, favouring private contracting as a way of ordering family relationships, either at the moment in which these relationships are created or at the moment of their dissolution¹⁰⁵.

This evolution significantly affects the way in which family relationships are treated from a private international law perspective.

¹⁰⁰ See further *infra*, § 54.

¹⁰¹ See further *infra*, § 56 *et seq.*

¹⁰² See also on this subject A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho internacional privado*, 12th ed., II, p. 208 *et seq.*

¹⁰³ See on this subject, for further references, P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *RDI*, 2011, p. 489 *et seq.*

¹⁰⁴ Self-determination is actually protected, under Article 8 of the ECHR (although to a variable extent, depending on the situation), in respect of, *inter alia*, sexual life (see, e.g., European Court of Human Rights, judgment of 19 February 1997, *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, paragraph 44), procreation (see, e.g., European Court of Human Rights, judgment of the Grand Chamber of 10 April 2007, *Evans v. the United Kingdom*, paragraph 71) and personal identity (European Court of Human Rights, judgment of the Grand Chamber of judgment of 11 July 2002, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, paragraph 90).

¹⁰⁵ See, generally, the essays collected in D. FENOUILLET / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (eds.), *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001.

On one side, the trend towards «contractualization» of family law triggers a redefinition of public policy (*ordre public*) in this area: public policy in family matters is not only reducing itself to a smaller core of essential values, but is also undergoing a transformation that may be described as a gradual shift from an *ordre public de direction*, aiming primarily at the preservation of certain family models, to an *ordre public de protection*, focusing on the position of the individual and on the safeguard of his or her rights¹⁰⁶.

On the other side, and somehow more drastically, the enhancement of the role of individual self-determination in substantive family law is the premise upon which an overall reconsideration of the traditional conflict-of-laws solutions in this area may progressively be built. The idea that the spouses should be entitled, under certain conditions, to choose the law governing their relationship, or at least the breakdown thereof, represents the most salient outcome of this reconsideration.

45. (ii) Recognizing the freedom of the spouses as regards the law applicable to divorce and legal separation may be regarded, as we have noticed, as a means by which the opposing traditions of the Member States in this field of private international law may be more easily reconciled¹⁰⁷. By allowing party autonomy to play a role in the determination of the law governing divorce and legal separation, the drafters of Regulation No. 1259/2010 have somehow «mediated» between the advocates of nationality and those supporting the use, in this area, of habitual residence and domicile. Indeed, the relevance of «objective» connecting factors has not been entirely superseded, as the spouses, under Article of the Regulation, are entitled to designate nothing more than their law of residence, their law of nationality or the *lex fori*.

Party autonomy, seen from this angle, appears to be vested with a «corrective» function. Habitual residence and nationality are still regarded as being the most appropriate connecting factors in the field of divorce and legal separation, but the point is made that the operation of those traditional factors may sometimes result in unconvincing practical outcomes. While a too large recourse to nationality might represent an obstacle to social integration and prevent migratory flows from being effectively managed, the systematic use of habitual residence may run counter the goal of preserving pluralism and safeguarding cultural diversity.

In the end, the enhancement of party autonomy is a means to reinforce, and renew, the operation of the connecting factors of habitual residence and nationality. Such a move is meant to make unification of conflict-of-laws rules easier, since traditional options, far from being suppressed or replaced, are combined together within a new and flexible framework.

46. (iii) Autonomy in private international law is traditionally associated with the idea of legal security. As a matter of fact, allowing the parties to choose the law governing their relationship normally results in conflict-of-laws issues being decided in an easy and straightforward way, satisfying both the expectations of the parties and the goal of a sound administration of justice.

Advantages like these appear to be of particular importance when party autonomy is weighed against objective connecting factors such as nationality and habitual residence.

As a matter of fact, habitual residence is not always easy to determine. Delicate issues may sometimes arise as to which indicia should be given paramount importance in determining the centre of a person's interests in a given case. Apart from this, habitual residence is by its very nature an «unstable» connecting factor, especially within an area like Europe, where mobility from one country to the other is particularly intense and enjoy a strong legal protection.

Nationality, of course, is a more stable factor, but the event of a change in nationality or the acquisition of a new one (through marriage, for example) can no longer be regarded as remote and unlikely.

Through party autonomy, if properly regulated, some of the traditional shortcomings inherent to nationality and habitual residence may be overcome, or reduced to a minimum.

¹⁰⁶ See further P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *RDI*, 2011, p. 493.

¹⁰⁷ See E. JAYME, «Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies», *YPIL*, 2009, p. 3.

In particular, Regulation No. 1259/2010 is drafted as to ensure that the choice of the spouses may bring about *stable* effects. Under Article 5, paragraph 1, lit. *a*, the spouses may elect the law of the country where they habitually reside «at the time the agreement is concluded». This means that their choice remains valid and effective in spite of any subsequent change in the habitual residence of either spouse. A similar safeguard applies to agreements designating the law of the country where the spouses were last habitually resident or the law of which either spouse is a national. Autonomy seems thus to provide a valuable answer to the accrued need for predictability and legal certainty in Europe.

From a different point of view, party autonomy may help satisfying the need for trans-sectorial coordination, we have mentioned to above¹⁰⁸. As long as different rules, based on different connecting factors, govern situations that are closely connected to one another on the substantive law level, the risk exists that different —and possibly diverging— laws apply to each one of the situations in question. A proper coordination between the relevant rules may thus be difficult to achieve relying solely on «objective» connecting factors. Party autonomy may become useful in this respect producing a sort of «streamlining» effect, since the spouses —if they wish— may choose to submit their divorce or legal separation to the law applicable to a «neighbour» institution (their maintenance obligations, their matrimonial property regime etc.).

Finally, the will of the parties may help overcoming the disadvantages stemming from the possible dissociation between the law governing the substance of divorce and the law governing court proceedings instituted to that end¹⁰⁹. In granting the spouses the possibility of choosing the law of the forum, Regulation No. 1259/2010 facilitates *inter alia* such an outcome.

2. The «conflictual», as opposed to substantive, nature of the autonomy of the spouses

47. Article 5 of Regulation No. 1259/2010 grants the spouses a «conflict-of-laws» autonomy, not a substantive one. The only purpose of the agreement made under Article 5 is to identify the legal system from which the relevant substantive provision should be drawn. It will be for the law applicable to divorce and legal separation, as determined by the relevant conflict-of-laws rules, to state whether, under which circumstances and to what extent the spouses may be entitled to agree on the substance of their rights and obligations, thus derogating from any provision otherwise applicable under the *lex causae*.

An agreement as to the law applicable to divorce and legal separation may be concluded well before divorce or legal separation proceedings are instituted. The substantive content of the law chosen by the spouses may change over time. Accordingly, at the time of the proceedings the spouses may find themselves subject to substantive provisions (belonging to the legal system they choose, but) bearing a different content from what they expected.

One may wonder whether the spouses, in order to avoid this risk, could specify in their agreement that they intend to ensure the application of such rules as were in force in the chosen legal system *at the time of the agreement*. It is submitted that, since «incorporating» the rules in force in a legal system within an act of (substantive) autonomy is a different thing from «choosing» the legal system in question under Article 5 of Regulation No. 1259/2010 (just as it is under Article 3 of the «Rome I» Regulation and Article 14 of the «Rome II» Regulation)¹¹⁰, the possibility —if any— of «freezing» the applicable substantive provisions should be assessed on the ground of the *lex causae*, as may be identified in accordance with the relevant Regulation's provisions (the agreement of the spouses as to the applicable law, if any, or the objective rule of Article 8).

Rather, the spouses may consider introducing a clause in their agreement, according to which the latter shall be terminated in the event that a given modification is brought about within the chosen

¹⁰⁸ See *supra*, § 10.

¹⁰⁹ See *supra*, § 14.

¹¹⁰ Cf. P. BERTOLI, «Articolo 1 - Campo di applicazione materiale - I», in F. SALERNO / P. FRANZINA (eds.), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I») – Commentario, Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 554 *et seq.*

legal system, affecting the substantive content thereof. The Regulation does not provide anything explicitly in this respect. However, since the rationale of Article 5 is basically to safeguard the expectations of the spouses, while enhancing legal security and promoting the sound administration of justice, it is argued that a clause to that effect is not inconsistent with the latter provision, at least when the intention of the spouses as to the event resulting in the termination of the agreement is clear. In the end, clauses like this (not less than clauses providing, more simply, that the agreement of the spouses shall terminate at a certain date) may be seen as a means by which the spouses avail themselves of a possibility explicitly contemplated in the Regulation, *i.e.* the possibility of modifying at any moment (under a prior agreement, in this case) an existing *electio iuris* (Article 5, paragraph 2).

3. The possible content of the agreement

48. The spouses, as we have said, are not allowed to choose any law they like. Under Article 5 of Regulation No. 1259/2010, they can only opt for the law of the State where they are habitually resident at the time the agreement is concluded, the law of the State in which they were *last* habitually resident («in so far as one of them still resides there at the time of the agreement»), the law of the State of nationality of either of them at the time of the agreement, or the law of the forum.

According to Recital 16 of the Regulation, the spouses should in fact be able to choose either the law of a country «with which they have a special connection» or the law of the forum.

49. The remarks made before concerning the notion of habitual residence¹¹¹ and the way in which the nationality of an individual must be determined for the purpose of the Regulation¹¹², should apply, it is submitted, when it comes to identifying *in concreto* the country whose law may be chosen under Article 5.

50. Further remarks may nevertheless be necessary in particular cases. As far as nationality is concerned, the situation may arise where the interested person has more than one nationality, or has none.

In connection with dual and multiple nationals, Recital 22 states that where the Regulation refers to nationality as a connecting factor for the application of the law of a State, «the question of how to deal with cases of multiple nationality should be left to national law, in full observance of the general principles of the European Union».

Thus, for example, in case of divorce proceedings instituted in Italy, in order to determine whether the law chosen by the spouses is among those listed in Article 5 of the Regulation, reference should be made to Article 19, paragraph 2, of the Law of 31 May 1995 reforming the Italian system of private international law. According to this provision, any person possessing more than one nationality shall be deemed to be a national of the State with which he or she has the closest connection, save that, if one of the different nationalities at stake is the Italian, the latter shall prevail. Following Recital 22 of the Regulation, the latter sentence should only come into play to the extent to which it is compatible with the general principles of European Union law, and more particularly with the principle prohibiting all discrimination on grounds of nationality (Article 18 of the TFEU). The «primacy» of the Italian nationality shall therefore be disregarded each time the spouse in question possesses, together with the Italian nationality, the nationality of another Member State¹¹³.

The principle underlying Recital 22 should likewise be followed, it is submitted, as regards stateless persons. National rules in this respect should thus be seen as supplementing Article 5 of the Regulation, insofar as the latter provision refers to the nationality of the spouses. The said national rules should be all the more relevant to the application of Regulation No. 1259/2010 whenever they have been enacted by a Member State in order to implement an international agreement concluded by that State

¹¹¹ See *supra*, § 18.

¹¹² See *supra*, § 19.

¹¹³ See generally S. BARIATTI, «Cittadinanza», in R. BARATTA (ed.), *Dizionari del diritto privato – Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 48 *et seq.*

«before 1 January 1958 or, for acceding States, before the date of their accession»: under Article 351 of the TFEU, as we have seen¹¹⁴, European Union law as whole does not affect such agreements. Now, several participating Member States are parties to the Convention relating to the status of stateless persons of 28 September 1954¹¹⁵. Under Article 12, paragraph 1, of the Convention, «[t]he personal status of a stateless person shall be governed by the law of the country of his domicile or, if he has no domicile, by the law of the country of his residence». Accordingly, whenever an agreement on the law applicable to divorce and legal separation is brought before a court of a Member State bound by this rule, Article 5, paragraph 1, of Regulation No. 1259/2010 should be understood as allowing the spouses to choose, *inter alia*, the law of the country where either of them, being a stateless person, has his or her domicile, or —failing a domicile— his or her residence.

For similar reasons, the same solution should be followed in respect of refugees. In most cases, refugees retain the nationality of their country of origin. However, it is generally accepted that it would be inappropriate to consider a refugee's personal status to continue to be governed by the law of such country. Under Article 1A of the Convention Relating to the Status of Refugees of 28 July 1951, a refugee is in fact a person who «owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion, is outside the country of his nationality, and is unable to or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country». Nationality, in these circumstances, is regarded as formal, and Article 12, paragraph 1, of the 1951 Convention (to which all Member States are a party) provides, just like the corresponding provision of the 1954 Convention on the status of stateless persons, that the personal status of a refugee shall be governed by the law of the country of his domicile or, if he or she has no domicile, by the law of the country of residence.

51. Divorce, just as legal separation, may only be governed by one law: «cumulative» choices, *i.e.* agreements designating the law of two or more countries, are clearly not admitted by Regulation No 1259/2010¹¹⁶.

The situation is different when the spouses choose to designate, within the options contemplated in Article 5, the laws of two (ore more) countries, so that the law designated in the second place shall apply whenever the law designated in the first place should turn out to be inapplicable in the forum on grounds of public policy or in accordance with Article 10.

The policies underlying Article 5, namely enhancing legal certainty and the self-determination of the spouses, together with the policies underlying the Regulation at large, namely the idea that effective access to divorce should be favoured, seem to suggest that the issue may be answered in the affirmative, provided that the will of the parties is unequivocal as to the way in which the «sequence» of designations should work¹¹⁷.

52. Under Article 5 of Regulation No. 1259/2010, the spouses may agree to designate the law applicable to divorce *and* legal separation. This should be read as meaning that the autonomy granted to the spouses covers both institutions, but not that divorce and legal separation should be considered *jointly* for the purpose of the agreements in question.

Rather, since divorce and legal separation are recognized by the Regulation as being two different institutions, normally corresponding to two separate proceedings (safe where legal separation may be converted into divorce)¹¹⁸, the Regulation —it is argued— does not prevent the spouses from concluding two distinct agreements, possibly designating the law of two different countries.

¹¹⁴ See *supra*, § 41.

¹¹⁵ Text and status available at <http://treaties.un.org>.

¹¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho internacional privado*, 12th ed., II, p. 217.

¹¹⁷ According to L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010», *Diario La Ley*, 18 April 2011, p. 3, Article 5 of the Regulation does not prevent the spouses from making a choice in the terms indicated below: party autonomy, he argues, «no se opone radicalmente a las preceptivas contenidas en los arts. 10 y 12 del Reglamento, que pueden interpretarse en el sentido de hacerse aplicación de la *lex fori* solo en cuanto se hayan agotado las posibilidades alumbradas por la autonomía de la voluntad».

¹¹⁸ See *infra*, § 63 *et seq.*

53. The case of agreements designating the law of a country consisting of two or more legal systems, or directly one of such systems, will be examined below, when will turn to Article 14 of the Regulation¹¹⁹.

4. The moment at which the agreement may be concluded

54. Under Article 5, paragraph 2, «an agreement designating the applicable law may be concluded and modified at any time, but at the latest at the time the court is seized». Paragraph 3 adds that, if the law of the forum so provides, «the spouses may also designate the law applicable before the court during the course of the proceeding»; such designation shall then be recorded in court «in accordance with the law of the forum».

The solutions adopted by the drafters of the Regulation concerning the time at which the agreement may be concluded seem to reflect two policies. On one side, the view is taken that a liberal approach should be followed in this respect in order to promote autonomy: the spouses may enter into an agreement as to the law applicable to divorce and legal separation at any time, and modify it whenever they want. On the other side, legal certainty and the good administration of justice demand that, once the court is seized, no more changes should be allowed possibly resulting in the change of the law applicable to the merits.

By stating that the spouses may deviate from the latter rule if the *lex fori* so provides, the Regulation allows participating Member States to reinforce the liberal approach underlying Article 5. The solution may be seen as conferring a reasonable degree of flexibility to the supranational regime. It also responds to a practical need, since the admissibility of agreements made in the course of proceedings cannot be properly assessed without considering the way in which the proceedings themselves are regulated, *i.e.* without considering the procedural law of the forum.

All this notwithstanding, the problem remains that a practically important issue regarding the functioning of Article 5 shall not be decided uniformly among the participating Member States, but rather in accordance with the possibly diverging views of each of them.

In order to enhance predictability, Article 17 of the Regulation requires participating Member States to provide the Commission with the relevant information regarding their own legal systems in connection with Article 5, paragraph 3. The information collected shall be made publicly available, in particular through the website of the European Judicial Network on Civil and Commercial Matters.

5. Issues regarding consent and the material validity of the agreement

55. Drawing inspiration from Article 10 of the «Rome I» Regulation, Article 6 of Regulation No. 1259/2010 provides, in paragraph 1, that the existence and validity of an agreement designating the law applicable to divorce and legal separation, or of any term thereof, shall be determined by the law that would govern divorce and legal separation¹²⁰, under the Regulation, «if the agreement or term were valid».

¹¹⁹ See *infra*, § 64 *et seq.*

¹²⁰ The English version of Article 6 is somewhat ambiguous, as it submits the issues relating to the existence and validity of the agreement to the law that would govern «it» —«it» being the agreement, one would say— under the Regulation. In fact, the relevant law, here, is the law that would govern divorce and legal separation. The reading proposed is in line with other linguistic versions of Regulation No. 1259/2010. According to the French one, for example, «[l]’existence et la validité d’une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si la convention ou la clause était valable». The Italian and the German versions feature a similar drafting: «[l]’esistenza e la validità di un accordo sulla scelta della legge o di una sua disposizione si stabiliscono in base alla legge che sarebbe applicabile in virtù del presente regolamento se l’accordo o la disposizione fossero validi»; «Das Zustandekommen und die Wirksamkeit einer Rechtswahlvereinbarung oder einer ihrer Bestimmungen bestimmen sich nach dem Recht, das nach dieser Verordnung anzuwenden wäre, wenn die Vereinbarung oder die Bestimmung wirksam wäre». The Spanish version, on the contrary, follows (and somehow reinforces) the reference to the law applicable *to the agreement*, instead of the law applicable to divorce and legal separation, common to the English version. It provides in fact that «[l]a existencia y la validez de un convenio de elección de la ley aplicable y de sus cláusulas se determinarán con arreglo a la ley por la que se regiría el convenio en virtud del presente Reglamento si el convenio o cláusula fuera válido». In the end, however, the French and Italian reading should be preferred. On one side, they are consistent with the solution adopted in respect of the same issue by Article 10, paragraph 1, of

Paragraph 2 goes on to state that, nevertheless, «a spouse, in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence at the time the court is seized» if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his or her conduct in accordance with the law specified above. The relevant circumstances, it is submitted, may be, in particular, those in which the agreement has been negotiated (whether the spouse in question enjoyed legal assistance etc.).

6. The formal requirements of the agreement

56. Party autonomy, as we have seen, rests on the idea that self-determination of the spouses represents a value in family law. With this in mind, Regulation No. 1259/2010 aims to ensure that the agreement of the spouses as to the law governing divorce and legal separation may reflect to the largest possible extent a *genuine* expression of self-determination: autonomy would in fact be illusory, or even counterproductive, if the will expressed by either spouse was not the outcome of a free determination, made in full awareness of its legal consequences. Recital 18 is explicit in this respect when it states that «[t]he informed choice of both spouses is a basic principle» of the Regulation, and that each spouse «should know exactly what are the legal and social implications of the choice of applicable law».

The formal requirements set forth in Article 7 of the Regulation pursue precisely this goal¹²¹. Under Article 7, paragraph 1, the agreement of the spouses—including any subsequent agreement aimed at modifying an existing *electio iuris*— «shall be expressed in writing, dated and signed by both spouses»¹²²; the provision clarifies that any communication by electronic means shall be deemed equivalent to writing, as long as it provides «a durable record of the agreement»¹²³.

57. The Regulation states that participating Member States are free to provide additional formal requirements in respect of agreements designating the law applicable to divorce and legal separation. The spouses may be required, for example, to express their consent before a notary, or to ensure—following certain procedures—that their agreement is officially recorded.

Article 7, paragraph 2, states that the formal validity of an agreement entered into by the spouses for the purposes of Article 5 may need to be assessed, in the first place, on the ground of the additional requirements, if any, laid down by the law of the participating Member States «in which the two spouses have their habitual residence at the time the agreement is concluded».

Under Article 7, paragraph 3, if the spouses are habitually resident in different participating Member States at the time of the agreement, and the laws of those States provide for different formal requirements, «the agreement shall be formally valid if it satisfies the requirements of either of those laws».

Finally, according to Article 7, paragraph 4, if only one of the spouses is habitually resident in a participating Member State at the time of the agreement, and that State lays down additional formal requirements for this type of agreement, those requirements shall apply.

58. Allowing participating Member States to supplement the uniform regime by introducing additional formal requirements reflects the importance attached by the Regulation to the means by which

the «Rome I» Regulation («The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Regulation if the contract or term were valid»). On the other, since the Regulation does not say anything (save here, in Article 6) about the law applicable to the agreement of the spouses, the French and Italian versions have the advantage of actually providing a solution to the issue of the existence and material validity of the *electio iuris* (i.e. the designation of the *lex divortii*), while, in the face of the English and Spanish ones, the question remains *de facto* unanswered.

¹²¹ Cf. Recital 19: «Rules on material and formal validity should be defined so that the informed choice of the spouses is facilitated and that their consent is respected with a view to ensuring legal certainty as well as better access to justice».

¹²² By stressing that the signature of *both* spouses is required for the formal validity of the agreement, the Regulation reiterates that the way in which conflict-of-laws issues are decided in matters of divorce and legal separation must be fully compliant with the prohibition of gender discrimination.

¹²³ The latter clarification may be found in other normative instruments enacted by the European Union in the field of judicial cooperation in civil matters: see Article 23, paragraph 2, of the «Brussels I» Regulation, and Article 4, paragraph 2, of Regulation No. 4/2009 on maintenance obligations.

the freedom of the spouses may practically be ensured. Nevertheless, the resulting regime is a combination of uniform and national provisions, possibly varying from one participating Member State to the other. In this respect, the uniformity of the conflict-of-laws regime set forth by Regulation No. 1259/2010 is seriously affected.

In order to safeguard legal security, the Regulation provides that the relevant additional requirements shall be those in force at the time in which the agreement is concluded. Subsequent modifications will therefore not prejudice the «original» validity of the agreement¹²⁴.

Article 17 of the Regulation provides that the participating Member States wishing to introduce such requirements shall inform the Commission by 21 September 2011, and that the latter shall make all information communicated publicly available, in particular through the website of the European Judicial Network in Civil and Commercial Matters.

VII. The law governing divorce and legal separation absent a choice of the spouses

59. Absent a valid choice by the spouses, the law applicable to divorce and legal separation shall be determined in accordance with Article 8 of Regulation No. 1259/2010. This provision lays down four objective connecting factors, whose operation follows a «step-by-step» scheme often referred to as the *Kegelsche Leiter* («Kegel's ladder»), after the German scholar GERHARD KEGEL.

60. Common habitual residence of the spouses is the key concept here. It may be found on the first and on the second stage of the ladder. The law applicable to divorce and legal separation shall be the law of the State where the spouses are habitually resident at the time the court is seized¹²⁵. Failing a common habitual residence at that time, the applicable law shall be the law of the State where the spouses were last habitually resident, provided that the period of residence did not end more than one year before the court was seized¹²⁶, and that one of the spouses still resides in that State at the time the court is seized. Where the latter requirement is not met, divorce and legal separation—we are now on the third stage of the ladder— shall be subject to the law of the State of which both spouses are nationals when the court is seized. Finally, if the spouses do not possess a common nationality, the *lex fori* will apply.

61. Article 8 is a complex provision, designed to accommodate different needs. It strikes a balance, as we have seen, between the promotion of social integration and the preservation of cultural identity. It aims at designating the law of a country with which the matrimonial relationship has a genuine and meaningful connection, *i.e.* the law of the country where the spouses are habitually resident. At the same time, whenever the integration of the couple within one country is relatively weak (since the spouses do not possess a common habitual residence or have not possessed it in the previous year), the provision relies on other relevant factors, such as the common nationality of the spouses. In the end, «proximity» is pursued in the framework of a relatively flexible system of connecting of factors.

¹²⁴ A participating Member State may in principle modify its additional formal requirements from time to time. Nothing in the Regulation prevents that in a case like this, should the State pass from a stricter to a more liberal approach, the new requirements might apply retroactively. The *effet utile* of the Regulation would in fact be enhanced.

¹²⁵ As stated in Recital 13, the relevant moment for determining the habitual residence of the spouses under Article 8 of Regulation No. 1259/2010 should be determined, for the sake of uniformity, in accordance with the criteria set out in Article 16 of the «Brussels II bis» Regulation. Under the latter provision, a court «shall be deemed to be seized: (a) at the time when the document instituting the proceedings or an equivalent document is lodged with the court, provided that the applicant has not subsequently failed to take the steps he was required to take to have service effected on the respondent; or (b) if the document has to be served before being lodged with the court, at the time when it is received by the authority responsible for service, provided that the applicant has not subsequently failed to take the steps he was required to take to have the document lodged with the court».

¹²⁶ While it might be difficult to identify a precise moment in time in which habitual residence «ends», the relevant criteria for the calculation of time should those laid down in Regulation (EEC, Euratom) No. 1182/71 of 3 June 1971, determining the rules applicable to periods, dates and time limits. In particular, Article 3, paragraph 1, of the latter Regulation provides that, «[w]here a period, expressed in days, weeks, months or years is to be calculated from the moment at which an event occurs or an action takes place, the day during which that event occurs or that action takes place shall not be considered as falling within the period in question».

The respect due to the reasonable expectations of the spouses, too, represents a concern under Article 8. The very fact of designating the law of a country being closely connected to the relationship of the spouses is a means by which predictability should be normally ensured. Furthermore, by referring to the last habitual residence of the spouses, provided that it did not end more than one year before the institution of the proceedings and that one of the spouses still resides in the same State, the Regulation avoids the risk that a change in the life of one of the spouses (*e.g.*, an employment abroad) might end up frustrating the said expectations.

While Article 8 is based on «geographic» factors, substantive considerations are not entirely foreign to its design. The «interest» of the forum for regulating on the substantive law level the family matters brought before its courts is indirectly satisfied by the primary role played by the habitual residence of the spouses: as we have seen, this should allow the courts of the participating Member States to apply the law of the forum in a non negligible number of cases. The same goal is pursued in a direct way, but on the last stage of the «ladder», by the designation of the *lex fori*.

62. In the majority of cases, the practical operation of Article 8 should not give rise to particular difficulties. The habitual residence of the spouses shall be determined by looking at the indicia of integration we have mentioned before¹²⁷, while their nationality shall be ascertained on the basis of the relevant provisions of the State, or States, «willing» to recognize such status¹²⁸.

As regards dual nationals, stateless persons and refugees, Article 8 should be applied —it is submitted— in accordance with the rules we have illustrated before, when we examined Article 5¹²⁹.

In at least one case, however, a different solution must be followed in the framework of Article 8. As a matter of fact, while Article 5 refers to the nationality of either spouse, the latter provision speaks of the common nationality of the spouses. If they share *one* common nationality, that will be the relevant nationality for Article 8, but there may be cases where the spouses, being both dual (or multiple) nationals, have two (or more) common nationalities. As we have seen, the courts of participating Member States are precluded from applying domestic rules whose purpose is to privilege one common nationality (the nationality of the forum) at the detriment of others, whenever this would be inconsistent with the general principles of European Union law, *i.e.* whenever, in particular, the spouses possess the common nationality of two (or more) Member States.

The situation has been examined by the Court of justice in the *Hadadi* judgment of 16 July 2009 with a focus on the rules on jurisdiction of the «Brussels II *bis*» Regulation. The Court held, in that occasion, that where spouses each hold the nationality of the same two Member States, Article 3, paragraph 1, lit. *b*, of Regulation No. 2201/2003¹³⁰ precludes the jurisdiction of the courts of one of those Member States from being rejected on the ground that the applicant does not put forward other links with that State. It thus concluded that the courts of those Member States of which the spouses hold the nationality have jurisdiction under the said provision, so that the spouses may seize the court of the Member State of their choice. As a matter of fact —the Court observed— Article 3 of Regulation No. 2201/2003 is based on a number of alternative objective grounds with no hierarchy being established between them, thus permitting the coexistence of several courts having jurisdiction over the same matter¹³¹.

The solution adopted in *Hadadi* does not lend itself to be transposed to the conflict-of-laws plane. The substantive regulation of divorce (or legal separation) can only be drawn from one legal system¹³². The «cumulative» application of the law of two (or more) countries would be unworkable.

¹²⁷ See *supra*, § 19.

¹²⁸ See *supra*, § 20.

¹²⁹ See *supra*, § 50.

¹³⁰ Under Article 3, paragraph 1, lit. *b*, of the «Brussels II *bis*» Regulation, in matters relating to divorce and legal separation, jurisdiction shall lie, *inter alia*, with the courts of the Member State «of the nationality of both spouses».

¹³¹ Cort of Justice, judgment of 16 July 2009, *Hadadi*, case C-168/08, *EC Reports*, 2009, p. I-6871 *et seq.*, paragraph 48 *et seq.*

¹³² O. LOPES PEGNA, «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profile problematici», *CDT*, 2010, p. 135.

It is argued that, whenever the described situation arises, nationality should be disregarded altogether for the purpose of Article 8, and the *lex fori* should apply in accordance with the last sentence of the latter provision¹³³. This is probably an unfortunate outcome, since—in order to avoid discrimination—spouses possessing two common «European» nationalities would be prevented from enjoying this status for conflict-of-laws purposes, while spouses possessing two common «non-European» nationalities would be entitled to rely on one of them, according to the rules of the forum¹³⁴.

Yet, it is submitted, no other solution is available. One might think, it is true, of resorting to the principle of proximity, and accordingly regard the «most effective» common nationality as the sole relevant nationality for the purpose of Article 8¹³⁵.

At least three arguments, however, militate against a similar reading: (i) the Court of justice held, in *Hadadi*, that there is no room in Regulation No. 2201/2003 for looking at the «effective» common nationality of the spouses as a (subsidiary) head of jurisdiction¹³⁶: there is no clear evidence, it is submitted, that Regulation No. 1259/2010 might be interpreted in a different way, *i.e.* as implicitly referring, in a case like this, to the «effective» common nationality of the spouses; (ii) referring to the common «effective» nationality of the spouses would not always represent a workable solution: the situation may arise where the spouses, while possessing the common nationality of two or more Member States, do not entertain any meaningful relationship with those countries; relying on a weak connection with one of these States would be at odds with the principle of proximity and results in unpredictable results; (iii) looking at the common «effective» nationality of the spouses would almost amount to «creating» a connecting factor by interpretive means: the possibility, of any, of going that far should only be admitted, it is argued, as a last resort, when no other solution is available on the face of the relevant provisions, and the functionality of the supranational regime is seriously at stake; these strict conditions are not met in the circumstances: the Regulation does provide for a connecting factor—the forum—to be employed whenever the reference to nationality does not allow to determine the law applicable to divorce and legal separation.

VIII. Conflict-of-laws issues relating to the conversion of legal separation into divorce

63. Not all legal systems distinguish divorce from legal separation. In those countries where the distinction is made, divorce and legal separation represent two distinct legal institutions, pursuing different functions (the dissolution as opposed to the loosening of matrimonial ties).

Given the respective autonomy of the two notions, it cannot be excluded, as we have mentioned in respect of Article 5, that the divorce and legal separation of one couple may be subject, under the Regulation, to the laws of different countries. As a matter of fact, this is not in itself unreasonable, since a significant period of time may elapse between legal separation and divorce proceedings, and changes may well occur in the meanwhile in respect of the relevant connecting factor (the habitual residence of the spouses, their nationality). The will of the spouses, too, may change during that time and result in a new agreement under Article 5 being concluded for the purpose of divorce.

Things are different when proceedings instituted in respect of separation are «converted» into divorce proceedings. In order to guarantee a properly coordination between the two «stages» of the resulting (unified) proceedings, Article 9, paragraph 1, of Regulation No. 1259/2010 provides that, in case of conversion, the law applicable to divorce shall be, in principle, «the law applied to the legal separation».

¹³³ By the way, a similar solution is envisaged in Article 17, paragraph 2, of the Proposal on Matrimonial Property Regimes.

¹³⁴ Under Article 17, paragraph 2, of the proposal mentioned in the preceding footnote, a similar «reverse discrimination» is de facto avoided, since the no distinction is made between spouses possessing «European» or «non-European» common nationalities.

¹³⁵ Cf. P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 291 *et seq.*, paragraph 37.

¹³⁶ *Ibidem*, paragraph 51 *et seq.*

The provision introduces an exception to the «ordinary» conflict-of-laws rules otherwise applicable in the circumstances. The exception at stake is based on the assumption that, in the event of conversion, unity of applicable law between legal separation and divorce proceedings should be regarded as the prevailing concern. To attain this objective, Article 9, paragraph 1, sets forth an «accessory connecting factor»¹³⁷: the designation of the law applicable to divorce is made dependant on the law applied to separation.

64. The Regulation explicitly allows the spouses to prevent the application of Article 9 by making use of the autonomy they are granted under Article 5 («*unless the parties have agreed otherwise*»). Thus, if the spouses have decided to submit their legal separation and their divorce to the law of two different countries, their agreement shall be upheld.

Article 9, paragraph 2, adds that «if the law applied to the legal separation does not provide for the conversion», then «Article 8 shall apply, unless the parties have agreed otherwise in accordance with Article 5».

The provision is not thoroughly clear. The Regulation seems to consider the issue of «convertibility» as a substantial one, to be resolved in accordance with the law applicable to legal separation. If that law does not provide for conversion, one would normally conclude that conversion will not take place, and that spouses will need to bring the separation proceedings to an end before they can institute proceedings for divorce. The solution adopted by the Regulation is a different one: whenever the conversion proves to be impossible under the *lex separationis*, Article 8 shall apply, unless the spouses have made a choice of law under Article 5. The provision, it is submitted, should be read as meaning that, in the case at hand, the possibility of converting legal separation in divorce should be assessed on the background of the law designated under Article 8 or under Article 5, *i.e.* taking into account any change of habitual residence (or nationality) that might have occurred subsequent to the institution of separation proceedings (but before the conversion), and giving effect to the relevant agreements of the parties on the governing law.

One cannot exclude that, even so, the designated law will not provide for conversion. It is argued that the consequence, then, will be inescapable: two separate proceedings, one for legal separation, the other for divorce, will take place in turn.

IX. The designation of a law consisting of two or more legal systems

65. The law designated by Regulation No. 1259/2010, either through the agreement of the spouses or on objective grounds, may consist of two or more legal systems, each having its own set of rules concerning divorce and legal separation. Whenever this happens, the issue arises as to which of these systems should govern the situation at stake.

Two cases must be distinguished. On one hand, it may be that the country pointed at by the Regulation is made of several territorial units, each having an autonomous body of rules governing divorce (the United States of America, for example). On the other hand, the designated law may provide for (or refer to) different sets of rules, each governing divorce in respect of spouses featuring certain personal characteristics, *e.g.* spouses belonging to a certain ethnic group or religion (Lebanon, for example). The first case is dealt with by Article 14 of the Regulation, while the second by Article 15.

66. Under Article 14 of the Regulation, whenever a «territorial» conflict arises as between the different legal systems of the designated law, the relevant conflict-of-laws provisions should be read as follows.

67. Under Article 14, lit. *a*, any reference to the law of State comprising different territorial units shall be construed «as referring to the law in force in the relevant territorial unit».

¹³⁷ See, among others, on the «akzessorische Anknüpfung», P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 240 *et seq.*

68. Article 14, lit. *b*, of the Regulation clarifies that any reference to habitual residence in the said State «shall be construed as referring to habitual residence in a territorial unit». Hence, for example, Article 5 of Regulation No. 1259/2010 should be understood as allowing Mr X and Mrs Y, both residing in the United Kingdom, to choose English law, as opposed to the law of Scotland, whenever it is established that their habitual residence is, say, Birmingham, not Edinburgh; similarly, if the last habitual resident of the spouses before one came to Europe was Austin, the law applicable to their divorce or legal separation shall be —under Article 8 of the Regulation— the law of Texas.

69. Article 14, lit. *c*, provides that any reference to nationality «shall refer to the territorial unit designated by the law of that State, or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit chosen by the parties or, in absence of choice, to the territorial unit with which the spouse or spouses has or have the closest connection».

The first part of the rule does not raise particular problems. It will be for the rules in force in the United States, for example, to determine whether the divorce of two United States citizens, habitually resident in different countries, should be governed, under Article 8 of the Regulation, by —say— the law of Virginia or the law of Michigan.

The second part of Article 14, lit. *c*, is a bit less clear, since it does not specify whether the «choice», here, should be understood to be substantially the same thing (and therefore treated substantially the same way) as the «choice» contemplated in Article 5.

As a matter of fact, a sharp difference exists between the two «choices» in question as regards their function and the place they occupy within the «conflictual reasoning» (*i.e.* the reasoning leading to the identification of the substantive rules applicable in the circumstances). The choice of Article 5 comes into play at an early stage of that reasoning and is designed to allow the spouses to directly determine the outcome thereof, *i.e.* which law should apply to divorce or legal separation. The choice of Article 15, on the contrary, is a choice the relevance of which may be perceived only after an «ordinary» connecting factor (nationality) has been resorted to, resulting in the designation of a law consisting of several legal systems. In the end, although both choices evoke the principle of autonomy, the choice envisaged by Article 5 rests on the idea that the will of the parties is a sufficient reason for applying the law of the chosen country, while Article 14 refers to the autonomy of the spouses for the mere purpose of «rectifying», whenever the need arises, the operation of another conflict-of-law rule.

The *enjeu* of the two choices being different, one would be tempted to say that the option of Article 14 should be treated more liberally than the agreements in Article 5. Be that as it may, some inquiry as to whether the will of both spouses has been genuinely and freely expressed seems to be inherent to the idea itself of «choice» under the Regulation: the requirements provided for in respect of the agreements contemplated in Article 5 pursue precisely that goal¹³⁸, and should therefore represent (at least) a reference for the purpose of Article 14, too.

Apart from that, the doubt remains as to whether a rather sophisticated choice, as that contemplated in Article 14, will be frequently resorted to in practice. In at least two situations, it is submitted, such choice might prove to be practically useful. The first case arises when the spouses agree under Article 5 on their divorce or legal separation being submitted to the law of the State of which either of them is a national, and the designated law consists of two or more legal systems: here, the spouses might want to opt directly for one of these systems, somehow «merging» within one agreement an Article 5 and an Article 14 choice (yet, in the face of Article 14, one should assume that the latter choice may only be followed when the law of the designated country does not provide for any special rule designating the relevant territorial unit in the circumstances). The second case may occur where the spouses become aware of the problem of determining the relevant territorial unit of the country in question in the course of the proceedings, and actually manage to agree on a choice for the purpose of Article 14: following the liberal approach we have advocated before, a choice like this should be taken into account no matter whether, under Article 5, paragraph 3, the law of the forum does not allow the spouses to make an agreement as to the choice of law after the court is seized.

¹³⁸ See *supra*, § 56.

The final part of Article 14, lit. *c*, is a rule of last resort based on the principle of proximity. It allows the court to take all relevant circumstances in account with a view to determining, within the designated country, the territorial unit with which the spouses (or the relevant spouse, as the case may be) entertain the most significant relationship. Reference, it is submitted, may be made for this purpose to elements such as language, family ties, the place where the marriage has been celebrated etc.

70. The way in which «territorial» conflicts of laws are dealt with under Regulation No. 1259/2010 differs in some respects from the way in which the same conflicts are dealt with in the «Rome I» and «Rome II» Regulations. Article 22, paragraph 1, of Regulation No. 593/2008, and Article 25, paragraph 1, of Regulation No. 864/2007 set forth a relatively simple solution, common to both texts, whereby, should the designated country consist of two or more units, «each territorial unit shall be considered as a country» for the purpose of identifying the law applicable under the two Regulations.

The rationale of Article 14, lit. *a* and lit. *b*, of Regulation No. 1259/2010 is substantially the same as the rationale of the corresponding provisions of the «Rome I» and «Rome II» Regulations, and one may wonder whether it would not have been advisable to adopt a uniform wording across the three instruments, and to introduce a new and different provision only in respect of situations where nationality comes into play.

Rather, Article 14 of Regulation No. 1259/2010 draws inspiration from the solutions adopted in international conventions elaborated within the Hague Conference on Private International Law, namely the Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, and the Hague Protocol. In some important aspects, however, the Regulation seems to depart from that model, too. For instance, a difference exists as to nationality between Article 14, lit. *c*, of the Regulation and Article 16, paragraph 1, of the Protocol. The latter apparently provides a more detailed, yet easier to apply, solution, distinguishing between cases where the nationality of both parties is relevant from cases where the nationality of only one is referred to, and omitting any reference to the choice of the interested individuals¹³⁹.

71. The issues arising out of the designation of the law of a country consisting of different «personal» legal systems are dealt with —as we have mentioned— by Article 15.

The rule here is somehow more straightforward. The Regulation makes a reference to the rules of the designated State, governing «inter-personal» conflict of laws, safe that, in the absence of such rules, «the system of law or the set of rules with which the spouse or spouses has or have the closest connection applies».

This is a novel solution as far as European Union law is concerned, since neither in the «Rome I» nor in the «Rome II» Regulation the issue of «inter-personal» conflicts is addressed. Rather, the approach taken seems to be in line, at least in its general features, with the solution adopted in the domestic systems of some participating Member States¹⁴⁰ and in international conventions made at the Hague¹⁴¹.

From a different perspective, the question remains as to whether Regulation No. 1259/2010, by referring to the rules of the designated State (and somehow incorporating such rules in the conflictual reasoning based on its own provisions), might eventually bring about, within a participating Member State, a discrimination contrary to the relevant provisions of the Treaties, the CFREU and the relevant international conventions. The problem cannot be examined here in detail. It is submitted that certain foreign rules governing inter-personal conflicts of laws could, indeed, result in a prohibited discrimination (*e.g.* where the connecting factors they employ reflect the position of primacy granted to the

¹³⁹ Under Article 16, paragraph 1, lit. *d*, «any reference to the State of which two persons have a common nationality shall be construed as referring to the territorial unit designated by the law of that State or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit with which the maintenance obligation is most closely connected»; lit. *e* goes on to state that «any reference to the State of which a person is a national shall be construed as referring to the territorial unit designated by the law of that State or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit with which the person has the closest connection».

¹⁴⁰ See *e.g.* Article 18 of the Italian Law of 31 May 1995 on Private International Law.

¹⁴¹ See, in particular, Article 17 of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

husband over his wife), and should therefore be disregarded, either through an interpretation of Article 15 of the Regulation aimed at ensuring that its practical application is in conformity with the relevant provisions of primary law, or through the public policy exception (on the assumption that the latter may cover in principle any rule of the designated law, be it a substantive rule or a rule governing an «inter-personal» conflict of laws).

In doing this, regard must be had to the fact that the Regulation, by addressing the issue of «inter-personal» conflict of laws, implicitly reaffirms the policy whereby cultural identity of the individuals represents a value, and that diversity—including the ethnic or religious one that rules on inter-personal conflicts of laws strive to manage—should be preserved (as long as they do not result in intolerable discrimination).

X. Limitations affecting the functioning of the rules of the Regulation due to substantive reasons

72. The substantive regulation of divorce and legal separation, as we have mentioned, varies considerably from one country to the other. While bilateral conflict-of-laws rules rest on the assumption that the diversity of national experiences poses a problem of coordination, not a threat, limitations are provided in every system of private international law for the purpose of avoiding the risk that the «contact» with a foreign legal culture might be a risk for the identity of the domestic legal order, *i.e.* its basic values.

In this respect, Regulation No. 1259/2010 sets forth three possible limitations affecting the conflict-of-law rules provided therein: (A) Article 10 prescribes the application of the law of the forum whenever the law designated by the relevant conflict-of-laws provisions would lead to certain unacceptable substantive results; (B) under Article 12, the designated law may be disregarded according to the «traditional» public policy exception; (C) Article 13 introduces a safeguard whereby participating Member States shall not be bound to apply the law designated by the Regulation whenever this would be at odds with certain core values of the forum in the field of marriage and divorce.

1. The application of the *lex fori* for reasons related to the substantive content of the designated law

73. Under Article 10 of Regulation No. 1259/2010, whenever the law designated pursuant to Article 5 or Article 8 «makes no provision for divorce» or «does not grant one of the spouses equal access to divorce or legal separation on grounds of their sex», divorce or legal separation shall be subject to the law of the forum.

The provision pursues a twofold substantive objective: avoiding the risk that matrimonial ties might turn out to be impossible to dissolve, and safeguarding the equality of the spouses as regards the right to institute divorce proceedings. In order to attain these goals, the possibility is contemplated of disregarding the designation made by the relevant conflict-of-laws provisions, and applying the *lex fori*.

Since the rule in question is a device capable of altering the operation of «ordinary» conflict-of-laws provisions such as Article 5 and Article 8, it is submitted that Article 10 should not be interpreted extensively. Before resorting to Article 10, one should verify whether the substantive objectives mentioned above are actually *impossible* to attain *in the circumstances* under the designated law.

74. Article 10 may be considered as a conflict-of-laws provision «with a substantive flavour» (*à caractère substantiel*)¹⁴². Its purpose is to designate the law applicable to the situation at stake, not to regulate the latter substantively. Yet, substance lies at the heart of Article 10, as this provision only comes into play where the substantive outcome that the Regulation aims at ensuring—an actual and equal opportunity for obtaining divorce—cannot be achieved through «ordinary» means, *i.e.* through the application of the law designated pursuant to Article 5 or Article 8 of the Regulation. In light of this, Article 10 may be described as a device aimed at supplementing and «rectifying», on substantive grounds, the functioning of the conflict-of-laws regime of the Regulation.

¹⁴² Cf. H. GAUDEMET-TALLON, «Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses», *RCADI*, 2005, vol. 312, p. 228 *et seq.*

The provision laid down in Article 10 and the public policy exception of Article 12 feature, quite clearly, some similarities. Both provisions have been conceived to safeguard substantive values and to operate whenever those values run the risk of being frustrated through the designation of a foreign law. As we will see, a number of the situations that would normally be dealt with under the latter provision should first come for consideration under Article 10.

Yet, a comparison between Article 10 and the public policy exception shows at least three points of difference between the two provisions: (i) regarding the values at stake, Article 10 is specifically meant to serve supranational goals, indicated therein, while under the public policy exception—as we will see—a wider range of sources (national, supranational, international) may come into play; (ii) concerning the nature of the devices at hand, Article 10 lays down a prescription («the law of the forum shall apply»), while the public policy exception grants a faculty to individual Member States («application... of the law designated ... may be refused»); (iii) as for the consequences of the operation of the two devices, Article 10 invariably results in the application of the *lex fori*, while public policy may lead—as we will see—to a different outcome¹⁴³.

75. Article 10 is apparently premised on the assumption that, the substantive outcome in contemplated by the regulation (the right of both spouses to obtain divorce, and to obtain it on an equal footing) may at times be precluded under the *lex causae*, but is systematically available under the *lex fori*. As we will see in the following paragraphs, this assumption may not be always true.

Be that as it may, the provision in question, for the very reason of referring to the law of the forum, must be read in conjunction with the rules governing jurisdiction in matrimonial matters. Thus, the (degree of) achievement of the substantive goals «protected» by the Regulation will not depend on Article 10 alone, but also on the State before whose courts Article 10 shall come into play.

76. As mentioned, Article 10 prescribes the application of the *lex fori* each time the law designated by the relevant rules of the Regulation (i) «makes no provision for divorce» or (ii) «does not grant one of the spouses equal access to divorce or legal separation on grounds of their sex».

77. (i) The first of the two events should be deemed to occur where, under the *lex causae*, the possibility of obtaining divorce is excluded altogether (this is what presently happens under the law of the Philippines, for example). The wording of Article 10 («makes no provision for divorce», «ne prévoit pas le divorce», «no contempe el divorcio», «non preveda il divorzio») suggests that, if divorce is possible *in abstracto* under the designated law, the said condition is not met and Article 10 shall not step in. For example, where divorce proceedings are instituted in Austria, and Irish law is applicable to the merits, the spouses should not be entitled to rely on Austrian law (which allows spouses to obtain divorce, *inter alia*, on the ground of their mutual consent) just because under Irish law, which is less liberal, no ground for divorce is available *in the circumstances*.

Whenever divorce is impossible under the *lex causae*, the application of the *lex fori* should result in the obstacle being systematically overcome. As a matter of fact, since Malta has introduced divorce in its legislation, no Member State of the European Union presently prevents spouses from obtaining divorce.

78. It is not entirely clear whether Article 10 might play a role in respect of situations involving same-sex couples. Opposing views—it is well known—are taken by Member States as to whether marriage and divorce should be open, as such, to homosexual couples¹⁴⁴. Under Portuguese law, for example, heterosexual and homosexual couples are treated equally as regards the right to marry and divorce¹⁴⁵. As

¹⁴³ See *infra*, § 83.

¹⁴⁴ See generally, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos legales de los matrimonios entre personas de mismo sexo en la Unión Europea», in *El agua como factor de cooperación y de conflicto en las relaciones internacionales contemporáneas: XXII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Murcia, Instituto Euromediterráneo del Agua, 2007, p. 397 *et seq.*

¹⁴⁵ Law No. 9/2010 of 31 May 2010, *Diário da República*, 31 May 2010, available at <http://dre.pt>.

far as Italian law is concerned, on the contrary, the opinion is frequently stated that matrimonial ties may only exist—and accordingly be dissolved—as between a man and a woman¹⁴⁶.

In these circumstances, one might wonder whether, for instance, a Portuguese court, seized of a petition for divorce regarding two individuals of the same sex, could rely on Article 10 of Regulation No. 1259/2010 in order to disregard the *lex causae*—say, Italian law—on the ground that the latter makes no provision for divorce *in respect of homosexual couples*.

If the view is accepted that Regulation No. 1259/2010 applies to the dissolution or loosening of *any* matrimonial ties¹⁴⁷, the conclusion should be reached that in the preceding example the Portuguese court should indeed be allowed to rely on Article 10 and grant divorce in accordance with the *lex fori*.

Adopting a different reading would preclude (participating) Member States from relying on the Regulation to dissolve relationships (featuring a foreign element) that they regard as «matrimonial» in nature. This would possibly hinder the free movement of those persons as may be a party to such relationships, thus running counter the objectives of judicial cooperation in civil matters and undermining the *effet utile* of the existing supranational rules—such as Regulation No. 1259/2010—adopted precisely to achieve that goal.

79. (ii) The second event contemplated in Article 10 occurs, typically, where, under the *lex causae*, the substantive conditions for obtaining divorce or legal separation depend on whether divorce or legal separation are sought by the husband, or by the wife. The discrimination that would ensue from the application of the designated law would contradict a fundamental value common to the legal systems of the Member States and firmly established within European Union law¹⁴⁸.

It is assumed that the application of the *lex fori* under Article 10 of the Regulation as a «remedy» for the designated law being discriminatory, will occur in respect of those legal systems that provide for repudiation (*talaq*)¹⁴⁹ of the wife on the part of the husband, and deny the former any equivalent opportunity for obtaining the dissolution of marriage.

2. The public policy exception

80. Article 12 of the Regulation provides that the application of the designated law «may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy of the forum».

The device envisaged by this provision is well known to national systems of private international law and to international conventions and supranational instruments. The wording of Article 12 of Regulation No. 1259/2010 is identical, in particular, to the wording of Article 21 of the «Rome I» Regulation and Article 26 of the «Rome II» Regulation. Instruments currently in the process of being elaborated by the European Union in the field of private international law include, too, similar provisions¹⁵⁰.

In the conflict of laws, public policy is a defense aimed at protecting those substantive values as may be regarded as essential to the «identity» of the legal system of the forum. It is generally accepted that the operation of the clause is exceptional. It is actually meant to cover situations where the *application* of foreign law—not foreign law as such, taken *in abstracto*—would result in the said values being irretrievably frustrated. The wording of Article 12 («... *only* if such application is *manifestly* incompatible...») confirms that this is the correct view under Regulation No. 1259/2010, too.

81. The Regulation does not specify which values might be regarded by participating Member States as belonging to their public policy.

¹⁴⁶ Cf., recently, Corte costituzionale, order of 5 January 2011, No. 4, available at <http://www.cortecostituzionale.it>.

¹⁴⁷ See *supra*, § 29.

¹⁴⁸ See *supra*, § 22 *et seq.*

¹⁴⁹ See generally on this subject P. COURBE, «Le rejet des répudiations musulmanes», *Recueil Dalloz*, 2004, p. 815 *et seq.*, and R. CLERICI, «La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale», *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 *et seq.* See further C. CAMPIGLIO, «Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana», *RDIPP*, 2008, p. 43 *et seq.*

¹⁵⁰ See, e.g., Article 23 of the Proposal on Matrimonial Property Regimes.

A plurality of sources may need to be looked at for the purpose of answering this question¹⁵¹. Domestic law will normally play an important role in this respect. Both constitutional and infra-constitutional rules governing private relationships may be relevant, to the extent that they reflect the existence of «fundamental» principles of the legal system they belong to. International conventions, too, may be relevant, in particular those in the field of human rights, be they «regional» (such as the ECHR) or «universal» instruments (such as the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly of the United Nations on 16 December 1966)¹⁵². The same may be said of those rules of European Union law, as are conceived to ensure or reinforce the respect of fundamental rights in connection with personal status and family relationships.

Since the scope and content of the notion at hand depends on a combination of factors, public policy may vary from one country to the other and, within one country, from time to time.

While public policy reflects the identity of each legal system, the way in which the exception is actually applied by national authorities is, in principle, subject to scrutiny at the European level. The assumption reflects a well-settled case law of the Court of Justice¹⁵³ and should be deemed to apply both in respect of rules for the recognition of foreign judgments, and in respect of rules dealing with conflict-of-laws issues.

82. As regards divorce and legal separation, public policy is traditionally understood to cover, in the Member States, mainly two substantive values: the right to obtain (divorce or) legal separation whenever life in common becomes intolerable to either of the spouses, and the equality of the spouses in respect of divorce and legal separation.

The protection of these values, as we have seen, is ensured in the first place under Article 10 of the Regulation. The latter provision is meant to «rectify» the operation of Article 5 and Article 8 of the Regulation, and should therefore come into play *before* the public policy exception may be resorted to. Public policy is in fact traditionally conceived as a device coming for consideration at the end of the «conflictual reasoning», after the applicable law has been designated. This means, it is submitted, that public policy, under Regulation No. 1259/2010, should normally perform a «residual» purpose, its practical relevance being confined to situations that cannot be addressed, or properly addressed, under Article 10. It is assumed that public policy exception may be used, for example, where the designated law, though not excluding the right to divorce altogether, does not allow the dissolution of marriage to any of the spouses in circumstances that, from the standpoint of the forum, make the preservation of matrimonial ties absolutely intolerable (*e.g.*, when acts of serious domestic abuse have been committed by one of the spouses). Article 12 should likewise be resorted to, for example, whenever, under the law designated pursuant to Article 5 or Article 8, spouses are discriminated on a ground other than sex.

83. Article 12 confines itself to allowing the court of a participating Member State to disregard the law designated by the relevant conflict-of-laws provision, whenever the described conditions are met. It does not say which law should be applied instead. The same situation may be found in the «Rome I» and «Rome II» Regulations, too¹⁵⁴.

¹⁵¹ Cf. G. CONTALDI, «Ordine pubblico», in R. BARATTA (ed.), *Dizionari del diritto privato – Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 273 *et seq.*

¹⁵² Article 26 of the Covenant states that «[a]ll persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law»; the law, it is added, «shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status». Under Article 23, paragraph 4, States parties «shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution». The text and status of the Covenant are available at <http://treaties.un.org>.

¹⁵³ Court of justice, judgment of 28 March 2000, *Krombach*, case C-7/98, *EC Reports*, 2000, p. I-1935 *et seq.*, paragraph 22 *et seq.*

¹⁵⁴ On this matter, see generally G. BIAGIONI, «Le conseguenze dell'incompatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico nella Convenzione di Roma», *RDI*, 2003, p. 1089 *et seq.*

It is submitted¹⁵⁵ that the issue regarding the «positive» consequences of the operation of the public policy exception should be decided, failing a uniform rule to this effect, in accordance with the rules followed in this respect in the forum¹⁵⁶.

Thus, for example, if divorce or legal separation proceedings are instituted in Italy, Article 16, paragraph 2, of the Italian Law of 31 May 1995 on Private International Law shall apply. The latter provision states that —once it is established that the designated law cannot be applied on public policy grounds— the situation shall be deemed to be governed by the law designated through a different connecting factor, if any, applicable to the situation at stake; failing that, the *lex fori* shall apply. In practice, if the spouses have chosen under Article 5 the law of State X, and the application of the latter is manifestly incompatible with the Italian public policy, then the seized court should apply the law (possibly a foreign one) designated through Article 8 of the Regulation.

In any event, the application of the rules of the forum cannot frustrate the *effet utile* of the Regulation. It is submitted that a solution like the Italian one, whereby the substantive law of the forum is applied only as a last resort, would be in full conformity with the said requirement.

3. The possibility of disregarding the law designated by the Regulation whenever such law is at odds with the views of the *lex fori* as to the validity of the marriage in question

84. Under the heading «Differences in national law», Article 13 provides that nothing in Regulation No. 1259/2010 «shall oblige the courts of a participating Member State whose law (i) does not provide for divorce or (ii) does not deem the marriage in question valid for the purposes of divorce proceedings to pronounce a divorce» by virtue of the Regulation.

The provision aims to safeguard the core substantive values of the *lex fori* as regards marriage and divorce, whenever the application of the law designated pursuant to Article 5 and Article 8 of the Regulation would be at variance with the basic policies of the forum in two particular respects: the recognition of the right to divorce and the validity of marriage.

The political significance of the rule is clear. Member States, as we have seen, retain diverging views as to the way in which matrimonial relationships should, or could, be set up and dissolved. By envisaging the possibility of disregarding foreign law where particularly sensitive issues are at stake, the drafters of the Regulation pursued the goal of a wider participation to the uniform regime. At the same time, as a compromise solution between opposing national views, Article 13 significantly affects the degree of uniformity achieved by the Regulation and may thus be seen as decreasing, somehow paradoxically, the attractiveness of the new regime.

85. Since it alters the operation of the conflict-of-laws provisions set forth in the Regulation, Article 13 should be given a narrow reading. The approach towards this rule should basically be the same as the approach towards the public policy exception contemplated in Article 12. As a matter of fact, the two provisions have much in common: they both grant Member States the possibility of disregarding foreign law with a view to protecting the substantive values of the forum.

In a way, Article 13 may be seen as a *specification* of the public policy exception as regards the two aspects mentioned above. The purpose of this specification is twofold. On one side, the point is made clear for the avoidance of doubt that courts of participating Member States are entitled to deny divorce whenever the designated law is at odds with certain well determined domestic policies; this may of help for national courts (deciding public policy issues may be difficult and time consuming) and for the spouses seeking divorce (as long as they can chose where to bring their action under the relevant jurisdictional rules, they are somehow warned in advance of the existence of «unwelcoming» fora). On

¹⁵⁵ See further, though in respect of a different context, P. FRANZINA, «Legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)», *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 1044.

¹⁵⁶ See on this subject, for a more detailed account of the various options at stake, O. LOPES PEGNA, «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici», *CDT*, 2010, p. 137; I. OTTAVIANO, «La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile alla separazioni e divorzi transnazionali», *Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 139.

the other side, the issue is settled at the outset that, although «national» public policy is generally subject to review at a supranational level¹⁵⁷, participating Member States are not in breach of the uniform rules if they disregard the designated law for the sake of protecting national policies regarding the two particular aspects mentioned above.

86. Article 13, as we have seen, refers to two situations. The first occurs where the law of the forum «does not provide for divorce». The expression employed corresponds (word by word, in some linguistic versions, including the French and the Italian ones) to the expression appearing in Article 10. It should thus be understood as referring to a legal order where divorce is denied on *any* ground.

Since Malta has introduced divorce in its legislation¹⁵⁸, the practical importance of this part of Article 13 is reduced to none, at least as far as heterosexual couples are concerned¹⁵⁹.

87. The second situation contemplated in Article 13 occurs where the law of the forum «does not deem the marriage in question valid for the purposes of divorce proceedings». Issues relating to the validity of marriage, as we have seen, fall outside the material scope of application of Regulation No. 1259/2010. However, since the dissolution and the loosening of matrimonial ties imply (logically, if not legally) that the seized court somehow takes a stand as to the existence and the validity of those ties, the point is made clear that no such standing must be taken under the Regulation, if this doing so is intolerable in the forum's view.

It is assumed that the provision will apply, in particular, in those participating Member States, like Italy, where same-sex marriages are deemed to be invalid, whenever a petition for divorce as regards a marriage of this kind is sought. It is doubtful whether other, less politically sensitive, grounds for invalidity might justify the application of Article 13: since a narrow reading must be adopted, the provision in question should not prevent the courts of a participating Member State to pronounce a divorce under the law designated by the relevant conflict-of-laws provision, where the marriage in question is deemed to be invalid for a reason other than those amounting to public policy.

As mentioned, Article 13, far from *prescribing* that the designated law be disregarded, allows participating Member States not to grant divorce whenever the said conditions are met.

It is further worth noting in this respect that Article 13 textually envisages nothing more than the possibility not to «pronounce a divorce» under the described circumstances («prononcer un divorce»; «emettere una decisione di divorzio»; «pronunciar una sentencia de divorcio»; «eine Ehescheidung ... auszusprechen»). Hence, at least in the face of it, Article 13 should not prevent the courts of a participating Member State like Italy to decide under Belgian law, for example, the merits of a petition for divorce in respect of a homosexual couple, as long as the conclusion is reached that divorce *cannot* be granted in the circumstances because, say, the conditions laid down to this effect under Belgian law are *not* met.

88. Article 13, just like Article 12, does not state which law should apply whenever the designated law is disregarded thereunder. It is argued that the same solution adopted in respect of the public policy exception should be followed here, too.

89. As with all others rules allowing the preservation of areas of non-uniformity within the supranational regime on the law applicable to divorce and legal separation, the existence of Article 13 results in the rules of jurisdiction becoming *de facto* decisive for the purpose of determining whether divorce may be obtained or not: seizing the courts of a participating Member State whose law deems the marriage in question to be invalid will (likely) result in the petition being denied.

If jurisdiction, in the circumstances, lies with the courts of only one State, this would result in

¹⁵⁷ See *supra*, § 81.

¹⁵⁸ See *supra*, § 3.

¹⁵⁹ In the participating that do not allow same-sex marriages, the dissolution of the latter should normally come for consideration under the second part of Article 13, as explained in the following paragraph. The distinction, in any case, has little or no practical importance, since the two situations in question entail the same legal consequences.

matrimonial ties being *de facto* impossible to dissolve. In view of this, the Council, at the moment of adopting Regulation No. 1259/2010, formally invited the Commission to «submit at its earliest convenience ... a proposal for the amendment of Regulation (EC) No 2201/2003 with the aim of providing a forum in those cases where the courts that have jurisdiction are all situated in Member States whose law either does not provide for divorce or does not deem the marriage in question valid for the purposes of divorce proceedings (*forum necessitatis*)».¹⁶⁰

XI. The scope of the *lex divortii*

90. Contrary to the «Rome I» and «Rome II» Regulations, where the issue is dealt with by a specific provision (Article 12 and Article 15, respectively), Regulation No. 1259/2010 does not define explicitly the scope of the law designated by the relevant conflict-of-laws rules, *i.e.* the issues that must be decided in accordance with the *lex divortii*.

Since the material scope of application of Regulation No. 1259/2010 is confined to the dissolution or loosening of matrimonial ties, it is to be assumed that only a limited range of issues are actually governed by the law in question.

There is little doubt, in this respect, that it is for the law designated through the Regulation to determine on which grounds divorce or legal separation may be granted, *e.g.* whether prior separation is required as a condition for divorce, and —assuming that separation is needed— what consequences derive from a temporary reconciliation of the spouses.

91. It is similarly for the law designated by the Regulation —it is argued— to determine whether an inquiry may be carried out to determine if either of the spouses has contributed to the breakdown of marriage (*e.g.* by committing adultery).

Indeed, the decision on «fault» issues may have a bearing on situations falling outside the material scope of application of Regulation No. 1259/2010, such as maintenance obligations or succession rights. Yet, since the idea of a fault is closely related, as such, to the idea of «crisis» in the relationship between the spouses, it is reasonable to assume that one and the same law should determine whether divorce should be granted or not, and whether the fault of one or both spouses should be part of the picture. It should be added that, with respect to maintenance obligations, the uniform rules presently regulating conflict-of-laws issues in Europe, *i.e.* the rules of the Hague Protocol, do not purport to regulate the basic substantive relationship whereby a person is entitled to claim maintenance from another: hence, it is not for the law designated by the Protocol to determine whether an ex-spouse, having contributed to the breakdown of marriage, may nevertheless claim maintenance from the other spouse¹⁶¹. Thus, «extending» the reach of the *lex divortii* to the said issue would not be detrimental to the Protocol.

The fact that the *lex divortii* should determine whether an inquiry must be carried out in respect of the issue of fault, does not imply that all aspects of fault should be assessed in accordance with that law. Since a «fault» consists in the breach of one or more duties arising out of marriage, it is for the law governing the personal relationship of the spouses to identify the scope and content of the relevant duties¹⁶². The proposed reading, it is conceded, may result in practical difficulties and possibly inconsistencies as to the substantive regulation of the relevant facts. Such an unfortunate outcome, however, is a by-product of the fragmentation and lack of completeness of the body of rules presently governing conflict-of-laws issues in Europe in this area.

¹⁶⁰ Doc. No. 5009/11 - ADD 1 of 21 March 2011, available at <http://register.consilium.europa.eu>.

¹⁶¹ See further, on the scope of the law applicable to maintenance obligations, Article 11 of the Hague Protocol.

¹⁶² *A fortiori*, the law designated by Regulation No. 1259/2010 should be deemed *not* to govern the issue of whether the breach of the said duties may result in some form of liability on the part of the wrongdoer, thus entitling the other spouse to claim damages. By the way, the «Rome II» Regulation seems to be equally inapplicable, since, under Article 1, paragraph 2, lit. a, «*non-contractual obligations arising out of family relationships*» are explicitly excluded from its material scope of application.

92. The question further arises as to whether the law designated by Regulation No. 1259/2010 in order to govern divorce or legal separation should also govern issues relating to evidence. The Regulation is silent on the subject.

Inspiration may be drawn from the solutions explicitly adopted in this respect in the «Rome I» and «Rome II» Regulations, since a close relationship, as we have seen, is generally deemed to exist between the three instruments. The «Rome I» and «Rome II» Regulations, while stating that issues regarding «evidence and procedure» fall outside their scope of application (Article 1, paragraph 3, of the two acts), clarify that the law designated by the respective conflict-of-laws provisions shall also apply to the extent that, as far as contractual and non-contractual obligations are concerned, «it contains rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof» (Article 18, paragraph 1, of the «Rome I» Regulation; Article 22, paragraph 1, of the «Rome II» Regulation).

It is submitted that a common understanding exists in the field of judicial cooperation in civil matters in Europe as to the fact that rules raising presumptions of law and rules determining the burden of proof address substantial, as opposed to procedural, issues, and should therefore be decided in accordance with the *lex causae*. Based on this assumption, the solution set forth in the «Rome I» and «Rome II» Regulations, should be followed *mutatis mutandis* for matters regarding divorce and legal separation.

XII. Concluding remarks

93. Regulation No. 1259/2010 represents the outcome of an ambitious project, touching an area of private international law where little or no precedents of cooperation exist, either in Europe or elsewhere. In this respect, it is a remarkable achievement.

The new instrument is possibly the most striking expression, so far, of «differentiated integration» among the Member States of the European Union.

Differentiation may be viewed, here, either as a fatal danger for the unity of European Union law or as a pragmatic response to the challenges posed by the construction of an «area of freedom security and justice» in Europe. Time will tell which of these views provides the most accurate account of the present stage of development of European Union law as far as judicial cooperation is concerned.

What can be said as of now is that, in reality, to some degree, differentiation has *always* existed within the private international law of the European Union. The special «opt-out» and «opt-in» regimes provided for by the Treaties in order to accommodate the needs of Denmark, Ireland and the United Kingdom, show that full uniformity has never been perceived as an absolute necessity in this area. The two Regulations adopted in 2009 establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreements between Member States and third countries on various sectors of private international law¹⁶³, confirm that Member States are keen on preserving a role as (relatively) independent actors, alongside the Union, in this area, thus multiplying the levels at which judicial cooperation is carried out and enhancing the diversification of the overall picture.

No doubt, enhanced cooperation brings the degree of differentiation significantly further. Yet, in light of the foregoing, the problem today is not (anymore) whether differentiation, as such, is a good option or not, but whether, and by which means, the complexity of the resulting body of rules may be properly «managed».

94. The task, as far as Regulation No. 1259/2010 is concerned, is probably more difficult than it could have been. At least two reasons explain why things are so.

¹⁶³ Regulation No 662/2009 of 13 July 2009 Establishing a Procedure for the Negotiation and Conclusion of Agreements between Member States and Third Countries on Particular Matters Concerning the Law Applicable to Contractual and Non-contractual Obligations, O.J. L 200 of 31 July 2009, p. 25 *et seq.*; Regulation (EC) No 664/2009 of 7 July 2009 Establishing a Procedure for the Negotiation and Conclusion of Agreements between Member States and Third Countries Concerning Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments and Decisions in Matrimonial Matters, Matters of Parental Responsibility and Matters Relating to Maintenance Obligations, and the Law Applicable to Matters Relating to Maintenance Obligations, *ibidem*, p. 46 *et seq.*

- (i) By allowing participating Member States to supplement the uniform regime in some practically important respects (the additional formal requirements of choice of law agreements, the «treatment» of dual nationals, the «positive» consequences of the public policy exception etc.), the drafters have somehow open an «internal» front of differentiation (*i.e.* as among participating Member States), alongside the existing (and almost inevitable) «external» one, *i.e.* the line drawn between the participating Member States, on one side, and the *non* participating Member States on the other.
- (ii) A certain number of technical issues, it is submitted, might have been the object of explicit solutions. Besides, some of the solutions elaborated by the drafters might need to be re-considered in due course, in light of the practical experience that the Participating Member States will develop over the next few years. A clarification, for example, could be useful concerning the way in which stateless persons and refugees should be treated whenever nationality is employed as a connecting factor, while a reconsideration might be sought as regards the rule on «territorial» conflicts of law whenever nationality is at stake.

95. The said shortcomings may be dealt with and possibly minimized, it is submitted, by resorting to two institutional devices, or strategies, capable of enhancing the «quality» of application of uniform rules and «ordering» —to a certain extent— the complexity of the existing body of rules governing judicial cooperation.

The first of these devices is the «centralized» interpretive function of the Court of Justice under Article 267 of the TFEU. The role of the Court has been particularly important in respect of the «Brussels II *bis*» Regulation, thanks *inter alia* to the opportunity granted to national jurisdictions to take more fully advantage of the dialogue with the Court, following the introduction of the urgent preliminary reference procedure for matters relating to the area of freedom, security and justice, under Article 104 *b* of the Rules of Procedure, and the suppression, by the Treaty of Lisbon, of the obstacles restricting the access to the Court, previously contemplated in Article 68 of the Treaty establishing the European Community.

The second strategy is represented by the inter-institutional dialogue among Member States that the European Judicial Network in Civil and Commercial Matters is committed to foster. The Network, as far as Regulation No. 1259/2010 is concerned, might provide a threefold contribution: (i) by playing an active role in the information on foreign law¹⁶⁴, the Network could make it easier for the courts of participating Member States to cope with the difficulties inherent to the possible application (*e.g.*, by virtue of choice of law agreements) of foreign law in a sensitive and often technically complicated area such as divorce; (ii) by favouring the development and the exchange of good practices as regards the application of the Regulation, the Network may help elaborating interpretive solutions in order to overcome some of the technical difficulties mentioned above¹⁶⁵; (iii) finally, by relying in particular on the work of its «new» members —*i.e.* «the professional associations representing, at national level in the Member States, legal practitioners directly involved in the application of Community and international instruments concerning judicial cooperation in civil and commercial matters»¹⁶⁶— the Network may give an important contribution to disseminating among the public a practical knowledge of Regulation No. 1259/2010. This would be useful, in particular, with a view to promoting an informed and effective exercise of the autonomy provided for by Article 5.

While the role of the Network cannot be overstated and the Court of Justice might need years before it may provide a significant contribution to the interpretation of the new rules, it is submitted that the promotion of a *culture* of judicial cooperation represents, in the long term, one of the most efficient means by which a somehow «fragile» instrument such as Regulation No. 1259/2010 may be reinforced and properly applied in the participating Member States.

¹⁶⁴ See *supra*, § 13.

¹⁶⁵ Under Article 10, paragraph 1, lit. *c*, of Decision 2001/470, as amended, the Networks contact points should, *inter alia*, «identify best practices in judicial cooperation in civil and commercial matters and ensure that relevant information is disseminated within the Network».

¹⁶⁶ Article 2, paragraph 1, lit. *e*, of Decision 2001/470, as amended.

LAS FUENTES ESPAÑOLAS EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS. ¿HACIA UN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EXTRAVAGANTE?

FEDERICO F. GARAU SOBRINO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de las Illes Balears*

Recibido: 14.07.2011 / Aceptado: 26.07.2011

Resumen: La aplicación del Reglamento (CE) nº 4/2009 ha traído consigo un panorama muy complejo de normas para resolver las cuestiones de Derecho Internacional Privado (DIPr.) relativas a las obligaciones alimenticias. La aplicación de estas normas plantea fundamentalmente dos problemas. El primero es que la norma aplicable cambia constantemente en función de los distintos elementos presentes en la obligación alimenticia. Por otro lado, el contenido de alguna de ellas es sumamente complejo y, en ocasiones, ininteligible, de forma que se está creando un DIPr. extravagante (friquí) e hiperespecializado, solamente para iniciados y totalmente alejado de sus destinatarios. La UE debería plantearse qué tipo de DIPr. desea para el futuro.

Palabras clave: Obligaciones alimenticias, Ley aplicable, Competencia internacional, Reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, Fuentes, Unión Europea.

Abstract: The application of the Council Regulation (EC) No. 4/2009 has resulted in a very complex situation of rules for resolving the questions of Private International Law (PIL) relating to maintenance obligations. The application of these rules raises two fundamental problems. The first one is that the determination of the applicable rule depends on the different elements in the maintenance obligation. On the other hand, the contents of some of them are extremely complex and at times unintelligible, in such a way that an extravagant (freaky) and hyperspecialized PIL is created, understandable only to the initiates and completely away from their recipients. The EU should consider what kind of PIL want for the future.

Key words: Maintenance obligations, Applicable law, Jurisdiction, Recognition and enforcement of decisions, court settlements and authentic instruments, Sources, European Union.

Sumario: I. Las obligaciones alimenticias y Derecho Internacional Privado. II. El punto de partida: el Reglamento (CE) nº 4/2009. III. La competencia judicial internacional. IV. La determinación de la ley aplicable. V. El reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre obligaciones alimenticias. VI. ¿Qué Derecho Internacional Privado queremos para la Unión Europea?

I. Las obligaciones alimenticias y Derecho Internacional Privado

1. Cuando se publicó el nuevo *Reglamento (CE) nº 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* («Reglamento 4/2009»)¹ realicé una rápida lectura del texto y me preocupó la innecesaria

¹ *DOUE L* 7 de 10 enero 2009, p. 1; corrección de errores *DOUE L* 131 de 18 mayo 2011, p. 26.

complejidad que recibía el tema, máxime en una materia que, por obvias razones de necesidad económica, debería ser un modelo de simplificación para facilitar las legítimas expectativas de cada una de las partes enfrentadas. Esta preocupación la reflejé en el comentario que redacté a vuelo pluma para mi blog el mismo día de la publicación del Reglamento en el DOUE y tras esa primera lectura. En él manifestaba, en primer lugar, mi sorpresa y decepción por lo que parecía ser la incapacidad de la UE para solucionar el tema por sí misma e ir a remolque del Protocolo de La Haya de 2007; seguidamente, criticaba el doble régimen que el Reglamento instauraba en la UE, según los Estados miembros fueran o no parte en el citado Protocolo, diseñando para quienes no lo fueran un sistema de reconocimiento semejante al del *Reglamento n° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* («Reglamento Bruselas I»), a la vez que se excluía la aplicación de esta última norma. Entonces, ¿para qué lo tomábamos como modelo?, ¿no hubiese sido más sencillo, y operativo, adaptar Bruselas I a lo que la Unión deseaba en materia de alimentos?²

Ha llegado al momento de la entrada en vigor del Reglamento, el 18 de junio de 2011, y los profesores de DIPr. hemos tenido no sólo que asimilar y sistematizar la nueva regulación para intentar transmitirla a nuestros alumnos de una forma medianamente coherente, sino también integrarla en el conjunto normativo de las obligaciones alimenticias, y aquí es, precisamente, cuando han empezado los problemas. El Reglamento 4/2009 se ha convertido en la principal norma sobre obligaciones alimenticias para España y el resto de países de la UE, cambiando sustancialmente el panorama legislativo existente hasta este momento y transformándose también en la principal fuente de problemas. A medida que me iba adentrando en los entresijos del nuevo sistema descubrí que mi crítica y reticencia iniciales tenían su origen en una visión bastante ingenua, que, con todo, no era lo peor. Me di cuenta que la nueva regulación deriva en un pavoroso panorama de normas de la UE e internacionales, bilaterales y multilaterales, que bien se articulan bien colisionan entre sí, inaplicándose parcialmente en ciertos ámbitos. Que el tema interesa, lo demuestra que el *post* redactado el 10 de enero de 2009 se ha transformado en el más visitado de mi blog.

Las páginas que siguen no pretenden ser un estudio exhaustivo y minucioso del Reglamento 4/2009 —norma que ya ha empezado a ser analizada por la doctrina³— sino una aproximación al complejísimo panorama normativo en materia de obligaciones alimenticias, surgido con el Reglamento 4/2009. De aquí que me centre fundamentalmente en analizar el ámbito de aplicación de cada norma, aportando, para una mejor comprensión del tema, una breve referencia al contenido normativo de las principales disposiciones.

2. Dos son los problemas básicos que en DIPr. plantean las obligaciones alimenticias. El primero es determinar si, desde el punto de vista de la ley aplicable, una obligación de prestar alimentos tiene *carácter autónomo* o deriva de otro negocio jurídico (p.ej., de un divorcio, de una disposición testamentaria,...). Esta cuestión reviste especial importancia, pues en el primer caso, si goza de autonomía, la ley aplicable se determinará a través de las normas de conflicto específicas para obligaciones alimenticias, mientras que en el segundo puede acabar derivándose hacia el ordenamiento jurídico aplicable al negocio jurídico en el que se integran; en los ejemplos citados, hacia la ley del divorcio —así lo hace el Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias— y hacia la *lex successionis*. El segundo problema con el que nos enfrentamos deriva del *solapamiento de fuentes*

² Véase la entrada de mi blog *Conflictus Legum* del día 10 enero 2009 (<http://conflictuslegum.blogspot.com/2009/01/reglamento-bruselas-iii-o-bruselas-25.html>), que con el tiempo iría ampliándose para dar cuenta de los avatares que iban afectando al Reglamento 4/2009.

³ A título de ejemplo B. ANCEL, H. MUIR WATT, *Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2010-3 pp. 457 ss.; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas*, *Diario La Ley*, n° 7230 de 31 julio 2009, pp. 1 ss.; F. POCAR, I. VIARENGO, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2009-4, pp. 805 ss.; S. POILLOT-PERUZZETTO, «Le règlement n. 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 en matière d'obligations alimentaires», *Dalloz. Répertoire de droit communautaire*, mars 2009; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: Competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19 (2010).

y la consiguiente articulación entre ellas. Como veremos, existe un gran número de fuentes de origen no interno, por lo que los problemas de colisión se multiplican. Así, por ejemplo, en el ámbito de la ley aplicable veremos que la norma de origen interno queda desplazada totalmente por las normas convencionales y de la UE.

II. El punto de partida: el Reglamento (CE) n° 4/2009

3. El Reglamento 4/2009 es la norma sobre la que se articula el sistema de DIPr. de la UE en materia de obligaciones alimenticias. La mayor parte de sus preceptos se aplican a partir del 18 de junio de 2011, siempre y cuando el *Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* («Protocolo de La Haya de 2007») «sea aplicable en la Comunidad en esa fecha» (art. 76, p. 3°).

La UE firmó, en nombre de la Unión, el Protocolo de la Haya de 2007 el 8 de abril de 2010⁴. En el momento de la ratificación, la Unión declaró, en primer lugar, que su firma no vinculaba ni a Dinamarca ni al Reino Unido, puesto que estos países no participaban en la Decisión y, por lo tanto, no les era aplicable (art. 3 de la Decisión)⁵. Como veremos, esta declaración permite a ambos países continuar aplicando sus propias normas, de origen interno o convencional, para determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁶.

De conformidad con la Decisión del Consejo, la UE declaró igualmente que aplicará provisionalmente el Protocolo de La Haya de 2007 desde el 18 de junio de 2011, incluso si el Protocolo no hubiera entrado en vigor en esa fecha (art. 4 de la Decisión); es más, lo aplicará también a las obligaciones alimenticias anteriores y reclamadas en un Estado miembro a través del Reglamento 4/2009 a partir de esa fecha (art. 5 de la Decisión) —en el momento de escribir estas líneas, todavía no ha entrado en vigor el Protocolo, al no haber conseguido el número mínimo de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, y eso que solamente precisa dos ratificaciones—. Hay que reconocer que esta situación es, cuando menos, chocante: la UE aplica provisionalmente una norma que no emana de la Unión y que todavía no ha entrado en vigor, y todo ello con la finalidad de aplicar una norma propia, el Reglamento 4/2009. La aplicación provisional de un tratado se prevé en el art. 25 de la *Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el derecho de los tratados*, que la permite siempre que el tratado así lo disponga o cuando los Estados negociadores lo convengan de otro modo. Pues bien, en el Protocolo de La Haya de 2007 no se prevé expresamente su aplicación provisional antes de la entrada en vigor, por lo que, de cara a justificar la validez de esta anticipación, cabe plantearse si la declaración realizada por la UE puede entenderse como el «otro modo» de acordarlo, previsto en la Convención de Viena. De todas maneras, parece que la aplicación provisional es un acto consensuado, convenido, entre los Estados que han negociado el Tratado, característica ausente en una declaración unilateral; es más, en una declaración no prevista siquiera en el texto convencional (véase el art. 28 del Protocolo de La Haya de 2007).

4. Por lo que respecta a su *ámbito de aplicación territorial*, el Reglamento se aplica en todos los Estados miembros de la UE (art. 1.2). Estamos ante una norma pensada para *regular las obligaciones alimenticias* en el ámbito de la Unión: sus normas sobre competencia internacional hacen lo propio en relación con los tribunales (y autoridades) de los Estados miembros; pretende unificar el sistema de determinación de la ley aplicable, remitiéndose al Protocolo de La Haya de 2007; las normas sobre

⁴ Véase la Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (*DOUE* L 331 de 16 diciembre 2009, p. 17).

⁵ El fundamento del régimen excepcional para estos países está en el Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TCE (Protocolo n° 22 anejo al TFUE), y en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, anejo al TUE y al TCE (Protocolo n° 21 anejo al TFUE).

⁶ A estos países no les afecta el régimen de colisión entre el Protocolo de La Haya de 2007 y los Convenios de La Haya de 1956 y de 1973 sobre ley aplicable, regulado en el art. 18 del Protocolo (véase *infra* número 13), puesto que no son Estados parte en estos dos últimos textos convencionales.

reconocimiento, declaración de ejecutividad y ejecución forzosa se refieren a resoluciones judiciales, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva dictadas, celebradas, formalizados o registrados en Estados miembros que quieren ser hechos valer en otro Estado miembro; finalmente, la cooperación administrativa es entre autoridades de los distintos Estados miembros.

Del inevitable terceto de Estados miembros que, de entrada, no participan en las normas elaboradas por la UE al amparo del art. 81 TFUE (antiguo art. 65 TCE), *Irlanda* manifestó desde el primer momento su deseo de participar y aplicar el Reglamento. El *Reino Unido* empezó por manifestar su deseo de no participar, aunque con posterioridad notificó a la UE su intención de aceptarlo, siéndole también aplicable a partir del 18 junio 2011, siempre que el Protocolo de La Haya de 2007 sea aplicable en la UE en esa fecha —como la Unión ha decidido aplicarlo provisionalmente, no existirá retraso sobre la fecha prevista—⁷. Finalmente, *Dinamarca*, a diferencia de los anteriores países no puede participar, porque el Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TCEE (Protocolo n° 22 anejo al TFUE), no prevé la facultad de optar. Ahora bien, como este país estaba interesado en aplicar algunos preceptos del Reglamento 4/2009, hubo que diseñar un complejo sistema, que consistía en darle entrada utilizando como excusa la modificación que el Reglamento 4/2009 introducía en las normas sobre competencia internacional en materia de alimentos del Reglamento Bruselas I —debido a que Dinamarca tampoco puede participar en el Reglamento Bruselas I, en su día tuvo que concluir un Acuerdo con la UE que le permitiera aplicarlo⁸—. Así pues, se utilizó como excusa la citada modificación para permitir a Dinamarca *aplicar parcialmente* el Reglamento 4/2009: los capítulos III (ley aplicable) y VII (cooperación administrativa entre autoridades centrales) no se aplicarán, y el art. 2 (definiciones) y el capítulo IX (disposiciones generales y finales) únicamente serán aplicables en la medida en que se refieran a la competencia judicial, al reconocimiento, a la eficacia jurídica y la ejecución de sentencias, y al acceso a la justicia⁹.

Para algunas cuestiones de las obligaciones alimenticias relacionadas con países no miembros, la UE contará con el *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia* («Convenio de La Haya de 2007»). La UE ha aprobado la firma de este texto convencional, que todavía no está en vigor y que se ocupa de establecer un sistema de cooperación entre autoridades con el que pretende favorecer la obtención de decisiones en materia de alimentos, para posteriormente garantizar su reconocimiento y declaración de ejecutividad¹⁰.

5. Constituye el *ámbito de aplicación material* del Reglamento 4/2009 las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad (art. 1.1). Contiene disposiciones sobre competencia judicial internacional (capítulo II), ley aplicable (capítulo III), reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales (capítulo IV), justicia gratuita (capítulo V), transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva (capítulo VI), así como cooperación entre autoridades centrales (capítulo VII). Está estrechamente vinculado al Protocolo de La Haya de 2007, en la medida en que, por un lado, remite a este último el tema de la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Por otro lado, prevé el reconocimiento automático y la declaración de ejecutividad automática de las resoluciones dictadas en Estados miembros que han ratificado el Protocolo de La Haya de 2007 —igualmente prevé la declaración de ejecutividad automática para transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva celebradas, formalizados o registrados en Estados miembros parte en el Protocolo¹¹.

⁷ Véase la Decisión de la Comisión de 8 junio 2009 (DOUE L 149 de 12 junio 2009, p. 73), así como el Dictamen de la Comisión sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) n° 4/2009, COM(2009) 181 final, Bruselas, 21.4.2009.

⁸ Véase el Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 299 de 16 noviembre 2005, p. 61), aprobado mediante Decisión del Consejo de 27 abril 2006 (DOUE L 120, de 5 mayo 2006, p. 20), modificada por Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 (DOUE L 331, de 16 diciembre 2009, p. 25).

⁹ Véase el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 149, de 12 junio 2009, p. 80).

¹⁰ Véase la Decisión del Consejo de 31 marzo 2011 (DOUE L 93 de 7 abril 2011). Sobre el Convenio de La Haya de 2007 véase *infra* número 17.

¹¹ Véase el capítulo VI e.r. con el capítulo IV. De manera imprecisa, cometiendo una metonimia, tomando la parte por el todo, el art. 17 se titula «supresión del exequátur», cuando realmente suprime tanto el reconocimiento como la declaración de

III. La competencia judicial internacional

6. El capítulo II del Reglamento 4/2009 contiene las reglas para determinar la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros. De entrada, hay que precisar que estas normas sustituyen a las previstas para las obligaciones alimenticias en el Reglamento Bruselas I (art. 68.1 Reglamento 4/2009) – recordemos que, precisamente, esta modificación de las normas de Bruselas I ha sido la puerta trasera utilizada para introducir parcialmente a Dinamarca en el sistema del Reglamento 4/2009 (*supra* número 4).

Para una mejor comprensión, los foros atributivos de competencia deben abordarse en orden inverso al de su ubicación en el Reglamento. Así, en primer lugar, serán competentes los tribunales del Estado miembro ante el que comparezca el demandado, siempre que no lo haga para impugnar la jurisdicción del tribunal; en definitiva, el primer foro a tener en cuenta es el de la sumisión tácita (art. 5)¹². A continuación, serán competentes los tribunales de determinados Estados miembros elegidos por las partes (art. 4). Nos hallamos ante una sumisión expresa *limitada* a determinados órganos jurisdiccionales: los de la residencia habitual de las partes, de la nacionalidad de las partes, etc. Finalmente, y si no existe sumisión tácita ni expresa, se establece con carácter general la competencia de los tribunales de la residencia habitual del demandado o del acreedor, así como de los tribunales que entiendan de determinadas acciones vinculadas con la obligación alimenticia (acciones sobre el estado de las personas físicas o sobre responsabilidad parental) (art. 3).

Debe precisarse que cuando el Reglamento utiliza la expresión «tribunales», se incluyen en este concepto no solo los órganos jurisdiccionales sino también las autoridades administrativas con competencia para fijar alimentos (véase el Considerando 12 de su exposición de motivos).

7. La residencia habitual del demandado en un Estado no miembro de la UE no tiene como consecuencia la inaplicación de los foros atributivos de competencia del Reglamento, excluyéndose paralelamente la remisión a las normas internas sobre competencia del ordenamiento de los Estados miembros («del derecho nacional»)¹³. En este sentido, cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente de acuerdo con los foros de los arts. 3, 4 y 5 —ni tampoco ningún tribunal de un Estado parte en el Convenio de Lugano de 2007 que no sea Estado miembro sea competente con arreglo a lo dispuesto en dicho Convenio¹⁴—, se establece una *competencia subsidiaria* a favor de los tribunales del Estado de la nacionalidad común de las partes (art. 6).

ejecutividad —técnicamente, el exequátur se refiere únicamente a la segunda—. Igualmente, el art. 48 se refiere al «reconocimiento» de transacciones judiciales y documentos públicos, lo que es incorrecto, pues no despliegan ninguno de los efectos del reconocimiento sino únicamente el efecto ejecutivo, derivado de la declaración de ejecutividad. Sobre el tema véase F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 115; F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, 2ª edic. Palma, Servicio de Publicaciones de la UIB, 2008, p. 120.

¹² «Competencia basada en la comparecencia del demandado» se titula el art. 5 del Reglamento. En ocasiones, es aconsejable no prestar demasiada atención a los títulos de los preceptos de las normas de DIPr. elaboradas por la UE, pues pueden confundir más que aclarar. Así, p.ej., en el *Reglamento Bruselas II* [Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental] su art. 6 lleva por título «carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5», cuando este precepto regula el ámbito de aplicación personal de las normas sobre competencia directa en materia matrimonial. O su art. 10, titulado «Competencia en caso de sustracción de menores», que fija los criterios de competencia judicial para litigios sobre responsabilidad parental (no sobre sustracción de menores) en aquellos casos en que exista una sustracción. O su art. 28, titulado «resoluciones ejecutivas», que regula la concesión de la declaración de ejecutividad en el Estado requerido (no la ejecutividad de las resoluciones en el Estado de origen, como parece dar a entender el título).

¹³ En el Considerando 15 de la exposición de motivos se afirma que esta modificación del ámbito de aplicación personal en relación con el Reglamento Bruselas I —esta última norma se aplica, como regla general, cuando el demandado se halla domiciliado en un Estado miembro— se hace con la finalidad de preservar los intereses de los acreedores de alimentos y de favorecer una buena administración de justicia en el seno de la UE.

¹⁴ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (*DOUE* L 147 de 10 junio 2009, p. 5). En este momento, son Estados parte los países de la UE, incluida Dinamarca (desde el 1.1.2010), Noruega (desde el 1.1.2010), Suiza (desde el 1.1.2011) e Islandia (desde el 1.5.2011). El Convenio de Lugano, al igual que el Reglamento Bruselas I, incluye en su ámbito material de aplicación las obligaciones alimenticias.

8. Con carácter excepcional y con el objeto de evitar supuestos de denegación de justicia (porque el litigio no puede plantearse en un Estado no miembro de la UE), y cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente en aplicación de los foros de los arts. 3, 4, 5 y 6, el Reglamento prevé un *foro de necesidad*, mediante el cual la demanda puede plantearse ante los tribunales de un Estado miembro con el que el litigio guarde una conexión suficiente (art. 7)¹⁵.

La versión española del art. 7 del Reglamento contuvo una importante errata, que fue corregida poco antes de la fecha de inicio de su aplicación¹⁶. Así, en el inciso inicial se hacía referencia a los foros atributivos de competencia contenidos en los «artículos 3, 4 y 5», cuando debería haber dicho en los «artículos 3, 4, 5, y 6». Se trataba de un simple error material, que solamente afectaba a la versión oficial en lengua española y para cuya corrección la UE necesitó veintiocho meses – la lentitud de la UE en corregir sus propios errores empieza a convertirse marca de la casa¹⁷.

9. Los restantes preceptos del capítulo (arts. 8 a 14) contienen normas de funcionamiento de carácter procesal, que resuelven las cuestiones que puedan plantearse en relación con la competencia judicial internacional: verificación de la competencia, salvaguarda de los derechos de defensa, litispendencia, conexidad, procedimientos para la modificación de resoluciones anteriores, determinación del momento del inicio del litigio, medidas provisionales o cautelares.

IV. La determinación de la ley aplicable

10. El Reglamento 4/2009 establece que la ley aplicable a las obligaciones alimenticias se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya de 2007, siempre que la cuestión se plantee en un Estado miembro que esté vinculado por este instrumento internacional (véase art. 15). De este modo, los Estados miembros que no sean parte en el Protocolo —de momento, Dinamarca y el Reino Unido— continuarán aplicando sus propias normas de conflicto, de origen interno o convencional, en materia de alimentos.

Recordemos que la UE ha firmado el Protocolo de La Haya de 2007 en nombre de los Estados miembros, declarando que aplicará provisionalmente el Protocolo desde el 18 de junio de 2011, incluso si en esa fecha el Protocolo no hubiera entrado en vigor —lo que no ha sucedido—. La UE manifestó también que su ratificación del Protocolo no afecta a Dinamarca ni al Reino Unido, por lo que estos países deberán ratificarlo en su propio nombre¹⁸.

11. El Protocolo de La Haya de 2007 regula la ley aplicable a las obligaciones alimenticias derivadas de relaciones de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de los padres (art. 1). Tiene un ámbito de aplicación universal, esto es, se aplica aun cuando la ley designada por sus normas de conflicto sea la de un Estado que no lo ha ratificado (art. 2).

¹⁵ En el Considerando 16 de la exposición de motivos se cita como ejemplo de caso excepcional en el que poder utilizar el *forum necessitatis* cuando en el Estado tercero sea imposible iniciar un proceso porque, por ejemplo, existe una guerra civil, o cuando no se pueda esperar razonablemente que el solicitante inicie un procedimiento en ese país. Ahora bien, la competencia basada en este foro sólo podrá ejercerse cuando el litigio guarde un vínculo suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido, como, p. ej., sea el país de la nacionalidad de una de las partes.

¹⁶ DOUE L 131 de 18 mayo 2011. Se aprovechó para corregir también las disposiciones transitorias del art. 75 en 22 lenguas oficiales (todas menos el gaélico), que presentaban un problema semejante al del art. 28 del Reglamento (CE) n° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): las disposiciones del Reglamento 4/2009 se aplicarán «a partir de su fecha de aplicación», no «con posterioridad a su fecha de aplicación»; de acuerdo con esta última redacción, que era la inicial, sus disposiciones no se aplicarían el mismo día en que debía empezar a hacerse sino a partir del siguiente.

¹⁷ Casi año y medio desde la publicación oficial del Convenio de Lugano de 2007 (DOUE L 339 de 21 diciembre 2007) tardó la UE en corregir los errores materiales contenidos en la versión española de los art. 19 y 21.2 (DOUE L 147 de 10 junio 2009, p. 44).

¹⁸ *Supra* número. 3.

Con carácter general, las obligaciones alimenticias se rigen por el ordenamiento del Estado de la residencia habitual del acreedor (art. 3). Ahora bien, el art. 4 prevé las primeras excepciones a esta regla general, que surgirían cuando de acuerdo con la ley de la residencia habitual de determinados acreedores no se puedan obtener alimentos. Para estos casos se prevé la aplicación de la ley del foro o, en su caso, de la ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor. Con esta regla, de compleja redacción¹⁹, se pretenden aumentar las posibilidades jurídicas de que el acreedor obtenga alimentos. Una segunda excepción al principio general del art. 3 se refiere a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio ha sido anulado, en cuyo caso se regirán por la ley del Estado de la última residencia habitual común, siempre que una de las partes se oponga a la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor y, además, la ley de la última residencia habitual común presente una vinculación más estrecha con el matrimonio (art. 5).

El Protocolo prevé también, como excepción a la regla general, que las partes puedan designar expresamente el ordenamiento por el que ha de regirse la obligación alimenticia. Sin embargo, esta elección tiene una serie de limitaciones. En primer lugar, debe reunir determinadas características formales (arts. 7.2 y 8.2) y circunscribirse a ciertos ordenamientos jurídicos: el de la nacionalidad de una de las partes, el de la residencia habitual de una de las partes, el aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, al divorcio, a la separación, la del Estado en el que se lleve a cabo el procedimiento (arts. 7.1 y 8.1). En segundo lugar, no se permite la elección cuando concurren determinadas circunstancias personales (p.ej., el beneficiario de la obligación es un menor de 18 años) o materiales (la aplicación de la ley designada tiene consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para las partes y estas no fueron debidamente informadas ni eran conscientes de las consecuencias de la ley elegida) (art. 8, aps. 3º y 5º). Finalmente, y aun existiendo elección, la renuncia al derecho de alimentos no se rige por la ley designada por las partes sino por la del Estado de la residencia habitual del acreedor (art. 8.4).

La última excepción a la regla general del art. 3 se prevé en relación con el derecho de un organismo público a solicitar el reembolso de la prestación que haya realizado a favor del acreedor, en cuyo caso se regirá por la misma ley a la que el organismo está sujeto (art. 10).

Como puede verse, determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias mediante las reglas del Protocolo de La Haya de 2007 no es cuestión fácil, debido al complicado juego de excepciones a la regla general, de excepciones a las excepciones y de condiciones formales y materiales que deben cumplirse. Aun así, la aplicación del ordenamiento del Estado de la residencia habitual del acreedor, más que la regla general, puede acabar convertida en la regla excepcional o residual.

Para concluir, el Protocolo de La Haya de 2007 contiene disposiciones específicas sobre determinadas cuestiones relacionadas con la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias: problemas de conflicto móvil por cambio de residencia habitual del acreedor (art. 3.2); ámbito de la ley aplicable (art. 11); exclusión del reenvío (art. 12); orden público (art. 13); conflictos internos de leyes (art. 15); remisión a un sistema plurilegislativo (arts. 16 y 17); determinación de la cuantía de los alimentos (art. 14).

12. La incorporación del Protocolo de La Haya de 2007 tiene importantes consecuencias en el plano de las fuentes normativas. En primer lugar, y como consecuencia de su carácter universal (art. 2), la norma de conflicto española de origen interno, el *art. 9.7 Cc*, queda de nuevo totalmente desplazada por las normas de origen convencional²⁰. Ahora bien, como veremos seguidamente, el ámbito de aplicación universal del Protocolo es relativo.

13. El Protocolo de La Haya de 2007 sustituye entre Estados contratantes al *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* («Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable») y al *Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre obliga-*

¹⁹ El art. 4.3 contiene un complicado juego de excepción a la regla general del art. 3 y de excepción a la excepción.

²⁰ Esta situación de desplazamiento total del art. 9.7 Cc ya se venía dando ahora, desde la ratificación por España del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, debido igualmente a su carácter universal (véase su art. 3).

ciones alimenticias respecto a menores («Convenio de La Haya de 1956») (art. 18 del Protocolo). A su vez, el Convenio de 1973 sustituye entre Estados contratantes al Convenio de 1956 (art. 18 del Convenio de 1973). Este solapamiento de fuentes plantea importantes problemas, pues, en primer lugar, nos hallamos ante dos textos convencionales (el Protocolo de 2007 y el Convenio de 1973) que tienen carácter universal pero cuyas partes contratantes no coinciden —no olvidemos que la sustitución es «entre Estados contratantes»—. Así, España debe aplicar *erga omnes* tanto las normas del Protocolo como las del Convenio de 1973, pero las normas de conflicto de ambos textos no coinciden. A la vista de esta antinomia, entiendo que las normas del Protocolo de 2007 las podrá aplicar con carácter universal —más bien, *semi-universal*— siempre que la ley que designen no sea la de un Estado parte en el Convenio de 1973 que no ha ratificado el Protocolo de 2007. Efectivamente, cuando la ley designada por las normas de conflicto del Protocolo sean las de un Estado parte en el Convenio de 1973 que no ha ratificado el Protocolo²¹, España se halla obligada internacionalmente con esos países por el Convenio de 1973 y sus reglas de juego, que son diferentes de las del Protocolo. Por otro lado, y aunque el problema es diferente, España debe continuar aplicando el Convenio de 1956 en su relación con aquellos Estados que ratificaron el Convenio de 1956 pero no el de 1973 ni el Protocolo de 2007, pues el texto de 1956 se aplica bajo condición de reciprocidad, esto es, cuando la ley designada por sus normas de conflicto es la de un Estado contratante (art. 6)²². Por tanto, de momento, el carácter universal del Protocolo de La Haya de 2007 es relativo o, dicho en otras palabras, tiene un ámbito de aplicación *semi-universal*.

14. Por si lo anterior no constituye un panorama lo suficientemente complejo de fuentes colisionando entre sí —Protocolo de La Haya de 2007, Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable y Convenio de la Haya de 1956—, hay que tener presente que España tiene ratificado un convenio bilateral específico en esta materia. Se trata del *Convenio de 4 de noviembre de 1987 entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay sobre conflicto de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos* («Convenio bilateral con Uruguay») ²³. El art. 19 del Protocolo de La Haya de 2007 permite su coexistencia con otros textos convencionales en los que los Estados contratantes sean o lleguen a ser partes, siempre que los Estados parte no manifiesten lo contrario. Esto abre la vía para que el tratado hispano-uruguayo pueda continuar aplicándose, aunque su trascendencia práctica es manifiestamente escasa.

15. No puedo concluir el tema de la determinación de la ley aplicable sin referirme brevemente a la norma contenida en el art. 6.3 del *Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre la obtención de alimentos en el extranjero* («CNY»), que se limita a establecer, de forma imprecisa, que, salvo lo dispuesto en su propio articulado, «la Ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de la misma será la Ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho Internacional Privado de ese Estado».

El CNY es un instrumento internacional de difícil clasificación dentro de los grupos de normas que regulan las distintas cuestiones relacionadas con las obligaciones alimenticias, pues, dejando a un lado la norma a la que acabo de referirme, no tiene como objeto específico establecer la ley aplicable ni la competencia judicial internacional ni el reconocimiento y la declaración de ejecutividad. Sin embargo, su objeto afecta, más o menos directamente, a cada una de estas cuestiones: establece la colaboración entre autoridades centrales con la finalidad de facilitar la obtención de alimentos entre personas que se «encuentran» en Estados parte diferentes, sin que sea preciso el desplazamiento del acreedor al país en el que se halla el deudor. Su mecanismo de funcionamiento es sencillo: los Estados parte designan unas autoridades centrales, denominadas «Autoridad Remitente» e «Institución Intermediaria»; el acreedor de alimentos dirige su petición a la Autoridad Remitente del Estado en el que se encuentra, la cual, después

²¹ Japón, Suiza y Turquía ratificaron en su día el Convenio de 1973 pero todavía no han hecho lo propio con el Protocolo de La Haya de 2007.

²² En esta situación solamente cabe señalar a Liechtenstein, que ratificó el Convenio de 1956 pero no el Convenio de 1973 ni el Protocolo de 2007.

²³ *BOE* de 5 febrero 1992.

de comprobar que en la petición concurren una serie de requisitos y que se han aportado los documentos pertinentes para la reclamación, transmite la documentación a la Institución Intermediaria del Estado del demandado, que pasará a actuar en nombre del acreedor (arts. 3, 4 y 5). La Institución Intermediaria es la encargada de tomar las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, bien por transacción bien a través de reclamación judicial y, en su caso, ejecución de la resolución judicial obtenida (art. 6.1).

Como hemos visto, el art. 6.3 CNY se refiere a la ley aplicable a la obligación alimenticia (a la resolución de la acción y de toda cuestión que surja en relación con ella), por lo que debemos plantearnos su posible colisión con otras normas de origen internacional que regulan esta cuestión. Así, el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable no contempla específicamente su colisión con el CNY, por lo que habrá que estar a la regla general, según la cual el texto convencional de 1973 no afecta a los convenios de los que un Estado contratante sea o llegare a ser parte en materias coincidentes (art. 19 del Convenio de 1973). Por su parte, el Protocolo de 2007 tampoco regula expresamente su relación con el CNY, debiendo resolverse el tema por su regla general, que permite la aplicación de otros instrumentos internacionales de los que los Estados contratantes sean o llegaren a ser parte, salvo declaración de los propios Estados ratificantes (art. 19 del Protocolo). Por tanto, en ambos casos parece aplicable, en principio, la norma de conflicto del art. 6.3 CNY. Ahora bien, la remisión que este último precepto realiza al DIPr. del Estado del demandado —cuando este sea el caso de España— incluiría las normas de conflicto contenidas tanto en el Convenio de La Haya de 1973 como en el Protocolo de 2007 —la que sea aplicable en cada caso (*supra* número 13)—, por lo que finalmente estos últimos textos acabarán aplicándose, aunque sea a través de la tortuosa vía del art. 6.3 CNY²⁴.

Finalmente, y para acabar de redondear la cuestión de la colisión de normas, hay que tener en cuenta que, en el momento en que el mencionado Convenio de La Haya de 2007 entre en vigor, sustituirá entre los Estados que son parte al CNY (art. 49 del Convenio de 2007) (véase *infra* número 17).

V. El reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre obligaciones alimenticias

16. La norma fundamental para este grupo de cuestiones procesales es el Reglamento 4/2009, cuyos capítulos IV y VI se ocupan del reconocimiento, declaración de ejecutividad y ejecución en Estados miembros de la UE de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva dictadas, formalizados o registrados en otro Estado miembro de la UE. Es, por tanto, una norma de alcance entre Estados miembros²⁵. El Reglamento prevé dos procedimientos, según la resolución, la transacción o el documento haya sido dictada, formalizado o registrado en Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 o en Estados miembros no vinculados por el Protocolo de 2007 (Dinamarca y el Reino Unido). En el primer caso —Estado miembro *vinculado por el Protocolo de 2007*— se prevé un sistema más sencillo, de manera que tanto el reconocimiento como la declaración de ejecutividad son automáticos, es decir, se obtienen sin necesidad de recurrir a procedimiento judicial alguno (art. 17). Este principio se complementa con unos mecanismos que facilitan y agilizan la ejecución forzosa: simplificación del mecanismo de adopción de medidas cautelares (art. 18), limitación de motivos para solicitar un reexamen de la resolución en el Estado de origen (art. 19), limitación de motivos de denegación o suspensión de la ejecución (art. 21), simplificación documental (art. 20).

Para aquellos casos en los que la resolución, la transacción o el documento público con fuerza ejecutiva haya sido dictada, formalizado o registrado en un Estado miembro *no vinculado por el Protocolo de 2007*, los arts. 23 y siguientes prevén un sistema semejante al del Reglamento Bruselas I²⁶: se

²⁴ Japón, Estado parte en el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable, no ha ratificado ni el Protocolo de 2007 ni el CNY. El Convenio de La Haya de 1956 no plantea problema, puesto que, aparte de que, en su simplicidad, no contempla la colisión con otros instrumentos internacionales, en la actualidad España solamente lo aplica en sus relaciones con el Principado de Liechtenstein (vid. *supra* nota núm. 22), país que no es parte en el CNY.

²⁵ Sobre el ámbito territorial de aplicación de las disposiciones del Reglamento véase *supra* número 4.

²⁶ La pregunta me parece obligada: ¿por qué, entonces, no se realizó una remisión sin más al procedimiento regulado en el Reglamento Bruselas I? Lo que nos lleva a otra: ¿por qué se sacaron las obligaciones alimenticias del Reglamento Bruselas

parte de un reconocimiento automático —sin necesidad de recurrir a procedimiento jurisdiccional alguno— para desembocar después en una declaración de ejecutividad jurisdiccional, que permite plantear hasta dos recursos frente a la resolución sobre la solicitud de ejecutividad (véanse arts. 23, 26, 32 y 33). Con el objeto de evitar dilaciones, el Reglamento prevé que el órgano jurisdiccional que se pronuncia en primera instancia no controle los motivos de denegación del reconocimiento y resuelva en un plazo máximo de 30 días desde que se hayan concluido los trámites de presentación de la solicitud (art. 30) —en el caso de plantearse recursos posteriores, la solicitud solamente podrá desestimarse por los motivos tasados de denegación del reconocimiento (véase art. 24), debiendo resolverse en un plazo máximo de 90 días (art. 34)—. El Reglamento se ocupa también de las formalidades documentales de la solicitud (arts. 28 y 40), de la adopción de medidas provisionales o cautelares mientras se resuelve la solicitud (art. 36), de la ejecución parcial (art. 37), de la fuerza ejecutiva provisional (art. 39) y de la prohibición de revisión del fondo del asunto por parte del juez del exequátur (art. 42).

El capítulo V del Reglamento contiene una serie de disposiciones específicas sobre el *acceso a la justicia* y la articulación de los mecanismos de *justicia gratuita* para todos los procedimientos que se sustancien a su amparo. Finalmente, el Reglamento establece en su capítulo VII un sistema de *cooperación entre autoridades centrales*, con el objeto fundamental de intercambiar información, favorecer la consecución de sus objetivos y resolver las dificultades que pueda plantear su aplicación. En este sentido, las autoridades deben prestar ayuda a acreedores y deudores para que puedan hacer valer sus derechos, y deben intercambiar información con el objeto de localizar a acreedores y deudores y, en su caso, para poder determinar su patrimonio (véase el Considerando 31).

17. Además del Reglamento 4/2001, tenemos también el Convenio de La Haya de 2007, que contiene disposiciones sobre el reconocimiento y la declaración de ejecutividad de resoluciones en materia de alimentos y que serán aplicables en las relaciones *entre Estados miembros de la UE y países no miembros* que hayan ratificado este texto convencional. Lo mínimo que se puede decir de los procedimientos de reconocimiento y declaración de ejecutividad regulados en su capítulo V es que no son muy favorables a su obtención, puesto que, además de contenerse en preceptos prolijos y farragosos²⁷, se trata del regreso a los clásicos procedimientos jurisdiccionales —nada de reconocimiento y, mucho menos, de declaración de ejecutividad automáticos— en los que se examina por el derecho y el revés la resolución que se pretende ejecutar. Estamos ante un texto que representa un lavado de cara, un remake con alguna variación, de las olvidadas y superadas teorías de los años 60 y 70 del pasado siglo sobre el control de la competencia de origen por parte del juez del exequátur²⁸.

1? En el Reglamento 4/2009 podían haberse realizado remisiones genéricas al Reglamento Bruselas I para la competencia, el reconocimiento y la declaración de ejecutividad, y proceder a adaptar Bruselas I. Hubiese sido utilizar la misma técnica que para la determinación de la ley aplicable, solo que esta vez la remisión se hubiese realizado a una norma de la UE y no a un texto convencional.

²⁷ El art. 20, titulado «Bases para el reconocimiento y la ejecución», aparte de meter en un mismo saco el reconocimiento y la declaración de ejecutividad, contempla hasta seis foros de competencia internacional indirecta (núm. 1), luego permite la posibilidad de reservar hasta tres de esos foros (núm. 2), lo que no impedirán el reconocimiento de la resolución (núms. 3, 4 y 5) y concluye con una enigmática disposición: «una decisión sólo se reconocerá si surte efectos en el Estado de origen» (núm. 6); ¿qué quiere decir «surte efectos»? ¿que es firme?, ¿...? El art. 22, que vuelve a juntar reconocimiento y declaración de ejecutividad, contempla hasta seis (!) motivos de denegación de tales pronunciamientos, introduciendo uno bastante llamativo: «la decisión se hubiera obtenido mediante fraude cometido en el procedimiento». Como ejemplos de «fraude», en el Informe del Convenio se mencionan «where the plaintiff deliberately serves the writ, or causes it to be served on the wrong address, or where the party seeks to corrupt the authority or conceals evidence» (A. BORRÁS, J. DEGELING, W. DUNCAN, PH. LORTIE, *Explanatory Report on the Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, núm. 480). En definitiva, estamos ante motivos, algunos de ellos de naturaleza subjetiva, de difícil prueba y que pueden tener como resultado una innecesaria dilación de la ejecución de la resolución judicial. Los arts. 23 y 24 regulan unos complejos procedimientos (11 apartados integran el art. 23 y 7 el art. 24) para la solicitud del reconocimiento y la declaración de ejecutividad, y eso que se parte de que estos procesos se regirán, en principio, por el ordenamiento del Estado requerido, para, a continuación, regularlo (art. 23) e, incluso, reglamentar un procedimiento alternativo (art. 24). No menos complejas son las formalidades documentales, recogándose hasta 11 (art. 25).

²⁸ En la línea de contención de algunos de los últimos textos elaborados por la Conferencia de la Haya, este texto convencional tiene 65 artículos (!!!), y eso que no se ocupa de las cuestiones de competencia internacional ni de ley aplicable.

18. Pero aquí no acaba la cosa, pues todavía tenemos más fuentes en liza. España es parte también en el *Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores* («Convenio de La Haya de 1958»), así como en el *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias* («Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento»). Ambas normas son el correlato de los textos convencionales de 1956 y de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (véase supra número 13). La aplicación de ambos textos es muy menguada, puesto que el Convenio de La Haya 1958 es sustituido entre Estados parte por el Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento (art. 29 del Convenio de 1973), y este último queda desplazado entre los Estados miembros de la UE por el Reglamento 4/2009 (art. 69.2 del Reglamento) y en las relaciones entre Estados miembros y terceros países por el Convenio de La Haya de 2007 (art. 48 del Convenio de 2007)²⁹. Ahora bien, esta última regla de colisión diseñada por el Convenio de 2007 no es tan sencilla, pues a la hora de reconocer y declarar ejecutiva una resolución dictada en un Estado parte del Convenio de La Haya de 1958 o del Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Convenio de La Haya de 2007 y que no pudiera ser reconocida en virtud de las condiciones del reconocimiento y de la declaración de ejecutividad contenidas en el Convenio de 2007 pero sí lo sería al amparo de las condiciones contenidas en los Convenios de 1958 o de 1973, entonces al reconocimiento de dicha resolución le serán de aplicación las condiciones de estos últimos textos convencionales (véase art. 56.2 del Convenio de 2007). Es decir, los Convenios de 1958 y de 1973, al igual que Rodrigo Díaz de Vivar, alias el Cid Campeador, acabarán ganando batallas después de muertos.

19. Pero todavía no hemos acabado. Aun hay más fuentes... y más colisiones. Las normas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva contenidas en el Reglamento Bruselas I no se aplican a las obligaciones alimenticias. Ya hemos visto que el Reglamento 4/2009 sustituye a las disposiciones del Reglamento Bruselas I en materia de obligaciones alimenticias (art. 68.1 del Reglamento 4/2009) (véase supra número 6). Igualmente, tampoco serán aplicables las disposiciones del *Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, excepto cuando se trate de títulos ejecutivos europeos relativos a obligaciones alimenticias expedidos en el Reino Unido, pues no se halla vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 (véase art. 68.2 Reglamento 4/2009)³⁰.

20. Como si de pilas Duracell se tratara, el tema de las fuentes dura y dura y dura... España ha ratificado convenios bilaterales que incluyen en su ámbito de aplicación las obligaciones alimenticias. Ya me he referido al Convenio bilateral con Uruguay (véase supra número 14), que, por lo que respecta al reconocimiento y declaración de ejecutividad de decisiones y transacciones judiciales, establece en su art. 9 que se atenderá al *Convenio de 4 de noviembre de 1987 sobre cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay*³¹, en vigor desde el 30 de abril de 1998 —un auténtico despropósito de innecesarias remisiones normativas—. Como Uruguay no ha ratificado todavía ni el Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento ni el Convenio de La Haya de 2007, los dos tratados bilaterales con Uruguay se añaden a la lista de fuentes que España debe aplicar en materia de obligaciones alimenticias. Ahora bien, si en algún momento Uruguay decidiera ratificar alguno de los mencionados textos convencionales de la Conferencia de La Haya, hay que tener presente que el art. 23 del Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento establece que este último texto convencional «no impedirá que otro Instrumento internacional que vinculare al Estado de origen y al Estado requerido

²⁹ El Convenio de La Haya de 2007 sustituye tanto al Convenio de 1958 como al Convenio de 1973 sobre reconocimiento y ejecución en las relaciones entre los Estados contratantes, «en la medida en que su ámbito de aplicación entre dichos Estados coincide con el ámbito de aplicación del [Convenio de 2007]».

³⁰ Reglamento 805/2004 en *DOUE* L 143, de 30 abril 2009. Dinamarca no se ve afectada por esta disposición porque, aunque no ha ratificado el Protocolo de 2007, no le es aplicable el Reglamento 805/2004.

³¹ *BOE* de 30 abril 1998.

o que el derecho no convencional del Estado requerido sean invocados para obtener el reconocimiento o la ejecución de una resolución o de una transacción». Igualmente el Convenio de La Haya de 2007 permite su coexistencia con otros textos convencionales en los que los Estados contratantes sean o lleguen a ser partes (art. 19 del Convenio de La Haya de 2007). Por tanto, los convenios hispano-uruguayos podrían continuar aplicándose en las relaciones entre ambos países.

21. Y también concluyó España en su día el *Tratado de 3 de enero de 1988 entre el Reino de España y la República Democrática Alemana sobre asistencia judicial en materia civil*³², cuyo capítulo VI está dedicado al «Reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre alimentos». Si bien es cierto que el Tratado se considera extinguido con el establecimiento de la unidad de Alemania, el 3 de octubre de 1990, todavía es aplicable a las resoluciones judiciales adoptadas por tribunales o autoridades de la antigua R.D. Alemana con anterioridad a dicha fecha.

22. Y para acabar de rematar la faena tenemos que, por lo que se refiere a los textos convencionales celebrados entre Estados miembros de la UE y terceros países, el Reglamento 4/2009 permite que continúen aplicándose (art. 69). Este sería el caso del tantas veces citado Convenio de La Haya de 2007. Ahora bien, de acuerdo con el *Reglamento (CE) n° 664/2009 del Consejo, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos*³³, la UE controla directamente tanto la celebración de nuevos acuerdos como la modificación de acuerdos ya existentes que afecten a las materias del Reglamento 4/2009³⁴. Los Estados miembros deben notificar a la Comisión su intención de negociar un nuevo acuerdo o modificar uno ya existente, que evaluará dicha posibilidad y decidirá si autoriza o deniega al Estado miembro el inicio de negociaciones formales, reservándose la Comisión el derecho a participar en las negociaciones (véanse arts. 3 a 7). En virtud del *principio de desconfianza mutua*, que se está instalando en la UE, una vez concluidas las negociaciones y antes de firmar el acuerdo negociado, se transmitirá a la Comisión el texto final del acuerdo para que aquella vuelva a evaluarlo y decida finalmente si concede o deniega al Estado miembro la autorización para celebrar el acuerdo (véanse arts. 8 y 9). Si tuviera que definir el papel de la Comisión en este Reglamento, utilizaría el clásico dicho «hoy no se fia, mañana tal vez».

VI. ¿Qué Derecho Internacional Privado queremos para la Unión Europea?

23. Acabamos de ver en las páginas anteriores el *barroquismo normativo* que impregna las obligaciones alimenticias desde la perspectiva del DIPr. español. Ello tiene como consecuencia un complejo sistema de colisión de fuentes, en el que las disposiciones de origen internacional acaban en algunas ocasiones desplazadas y en otras coexistiendo con otras normas de origen internacional o con normas de la UE. Por si ello no fuera suficiente, nos encontramos con un discutible diseño del sistema, formado por complejas normas con reglas generales, excepciones a la regla general y excepciones a las excepciones (un ejemplo lo tenemos en los arts. 3, 4, 5, 7 y 8 del Protocolo de La Haya de 2007 o en los arts. 3 a 7 del Reglamento 4/2001). Intrincadas disposiciones, que entorpecen aun más las difíciles reclamaciones jurisdiccionales. Ejemplo de ello es el art. 40 del Reglamento 4/2009, que establece las condiciones formales para «invocar» en un Estado miembro una resolución *adoptada en otro Estado miembro y previamente reconocida de forma automática o jurisdiccionalmente*: copia auténtica de la resolución, extracto expedido por el tribunal de origen en el modelo formalizado, transcripción o traducción de ese mismo modelo «en la lengua oficial del Estado miembro interesado o, si este tuviera varias

³² BOE de 19 mayo 1989.

³³ DOUE L 200, de 31 julio 2009, p. 46.

³⁴ Véase art. 1.2. También incluye en su ámbito de aplicación las materias reguladas por el Reglamento Bruselas II.

lenguas oficiales, en la lengua o en una de las lenguas oficiales de los procedimientos judiciales del lugar en que se invoque la resolución reconocida, conforme al Derecho de dicho Estado miembro, o en otra lengua que el Estado miembro interesado haya indicado que puede aceptar», y, por si todo esto fuera poco, la traducción debe estar realizada «por personas autorizadas para realizar traducciones en uno de los Estados miembros». Y este cúmulo de exigencias formales se exige para «invocar», por ejemplo, el efecto de cosa juzgada material de una resolución originaria de otro Estado miembro. Todo un paso atrás en relación con las disposiciones del Reglamento Bruselas I. Repito que, con los años, en la UE hemos llegado al *principio de desconfianza mutua*.

Continuo pensando, en la línea de la primera impresión que me produjo el Reglamento 4/2009, que la UE debería, en primer lugar, ser capaz de diseñar su *propio sistema de obligaciones alimenticias*, con *normas propias* sobre competencia internacional, sobre determinación de la ley aplicable y sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, transacciones judiciales o documentos públicos con fuerza ejecutiva entre Estados miembros. Ello implica dejar de remitirse a normas convencionales que, como hemos visto, no hacen sino complicar innecesariamente el tema. En este sentido no me parece argumento convincente para justificar la remisión del Reglamento 4/2009 al Protocolo de La Haya de 2007 el que, por un lado, la UE participase activamente en la elaboración de este instrumento internacional y, por otro, evitar de este modo la coexistencia de dos normas de carácter general o *erga omnes*³⁵. Este último es poco creíble desde el momento que, como hemos visto, tanto la UE como la Conferencia de La Haya de DIPr. no pueden evitar que España y otros Estados miembros deban aplicar *erga omnes* tanto las normas del Protocolo de La Haya de 2007 como las del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable, con contenidos diferentes (véase *supra* número 13). Si la intención de la UE era evitar problemas como el señalado, el resultado conseguido me lleva a plantear que la UE revise la política de elaboración de sus normas de DIPr. Creo que debe dejar de realizar esfuerzos de coordinación con otros instrumentos internacionales y pasar directamente a resolver sus problemas mediante la redacción de normas propias pensadas por y para sus Estados miembros. Una organización como la UE, con 27 Estados miembros y en fase de aumentar, debe tener la suficiente madurez para legislar y resolver por sí misma los problemas de DIPr. que se plantean en su seno.

Pero la creación de sus propias normas no es el único reto que tiene la UE. Más importante me parece que elabore unas normas fácilmente comprensibles y aplicables. Es cuestionable el *manierismo* del Reglamento 4/2009, con nada menos que 12 normas para fijar la competencia judicial internacional en materia de alimentos. Con 27 normas —y dos procedimientos paralelos— para reglamentar el reconocimiento y la declaración de ejecutividad de las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva dictadas, formalizados o registrados en otro Estado miembro de la UE, repito, *en otro Estado miembro de la UE*, sobre obligaciones alimenticias —¿por qué no se utilizó una remisión al procedimiento del Reglamento Bruselas I?—. Por no hablar del Protocolo de La Haya de 2007, al que el Reglamento se remite, con 15 complejas disposiciones, entre normas de conflicto y normas de funcionamiento, para establecer la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (véase *supra* número 11).

24. Determinar qué norma utilizar para fijar la competencia internacional, luego para establecer la ley aplicable y, en última instancia, para reconocer la resolución adoptada es una ardua tarea que, en el mejor de los casos, parece exigir la superación de un máster universitario. Y lo que es peor, la norma a utilizar cambia constantemente en función de los distintos elementos concurrentes en la obligación: acreedor o deudor residente en un Estado miembro o no —o en un Estado miembro parte en un determinado texto convencional—, Estado en el que se plantee la reclamación, Estado en el que se sitúa el tribunal o autoridad de origen, país en el que se pretende dar efecto o ejecutar la resolución, transacción o documento en el que se contiene la obligación alimenticia.

En la UE se ha creado un laberíntico sistema de obligaciones alimenticias que, más que facilitar su reclamación y satisfacción, ha acabado por convertirlas en un problema complicado en exceso y

³⁵ Véase A. BORRÁS, La cooperación internacional de autoridades: en particular, el caso del cobro de alimentos en el extranjero, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VIII (2008), p. 144. Véase el Considerando 8 de la exposición de motivos del Reglamento 4/2009.

al alcance de una minoría, que posiblemente deba pertenecer a un sector económico privilegiado para poder hacer frente a los altos costes de un asesoramiento jurídico especializado. Leo algunos de los recientes textos de la UE y convencionales sobre obligaciones alimenticias y tengo la sensación de estar ante un *Derecho Internacional Privado extravagante*, lleno de mecanismos y soluciones complejos, y totalmente ajenos a los destinatarios de las normas: la gente de la calle —sus auténticos sufridores— y los tribunales de justicia o autoridades competentes en la materia —sus aplicadores—. No creo que un *Derecho Internacional Privado friqui*, hiperespecializado y solo para iniciados, elaborado por y para la autocomplacencia de una minoría intelectual, por muy bien intencionados que sean sus motivos, sea lo que más convenga a la UE. No me parece que el legislador, de la UE o convencional, pueda sentirse satisfecho con la creación de enmarañadas normas, puesto que una norma pierde operatividad cuando quienes tienen que aplicarla no saben cómo hacerlo porque, sencillamente, no la entienden. Lamentablemente, este no es un problema reciente, pues a finales del pasado siglo ya se planteó la deriva de un DIPr. por y para especialistas, con la consiguiente dificultad de comprensión y de aplicación que planteaba³⁶. Y la UE no era ajena a este problema³⁷, solo que se ha agravado en los últimos tiempos con la aprobación de algunas normas de DIPr., como el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)³⁸, el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)³⁹ o ahora el Reglamento 4/2009. Miedo me da que la reforma del Reglamento Bruselas I, que ahora se tramita, acabe convirtiéndolo en un instrumento plagado de normas eruditas pero ininteligibles y de escasa operatividad práctica.

Debemos preguntarnos si en el futuro deseamos para la UE un DIPr. hiperespecializado y sectorializado, secuestrado por los especialistas y que genere normas incomprensibles para la mayoría de sectores jurídicos, excepto para los técnicos en la materia, que posiblemente sean los mismos que las han creado. Esto sería un grave error. En mi opinión, las futuras disposiciones de DIPr. —y necesaria la reforma de las existentes— deberían estar integradas por normas sencillas, de fácil comprensión para sus destinatarios (que, obviamente y aunque a algunos les cueste creerlo, no somos los especialistas) y que dejen un margen de actuación a quienes deben aplicarlas —me parece tarea vana intentar reglamentar todos y cada uno de los flancos que la práctica hace surgir, lo que desemboca indefectiblemente en el manierismo normativo que hemos visto—. Finalmente, es necesario aligerar al máximo los problemas de colisión mediante cláusulas que establezcan la primacía de la normativa de la UE sobre los textos convencionales⁴⁰ y, llegado el caso, la UE proceda bien a denunciar directamente los textos convencionales que perturben el funcionamiento de sus normas bien a recomendar a los Estados miembros su denuncia. No se trata de crear un *microclima normativo para la UE* sino de ser prácticos: la Unión está

³⁶ Véase B. OPPETIT, «Le droit international privé, droit savant», *R. des C.*, vol. 234 (1992-III), pp. 331 ss.. Sobre los problemas que ya entonces planteaba el DIPr. convencional véanse las pp. 422 ss., donde, con toda razón, cita como ejemplo de normas convencionales de gran complejidad los Convenios de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, y de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales (p. 425). Una crítica a la complejidad de los dos primeros textos en L. GARAU JUANEDA, «Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil», en C. JIMÉNEZ PIERNAS (Ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, Alicante, AEPDIRI, 1990, pp. 444-449; este autor califica a las normas de conflicto de estos textos de extraordinariamente complejas y directamente ininteligibles (vid. notas 68 y 72). Me pregunto cuál sería hoy la opinión de estos autores tras una lectura del Protocolo de La Haya de 2007.

³⁷ Así, B. OPPETIT, *op. cit.*, que, refiriéndose a las normas de conflicto contenidas en los arts. 7 y 8 de la Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE, afirmaba que «confinent à l'ésotérisme» (p. 425).

³⁸ ¿Dónde ha quedado la claridad y simplicidad con que el Convenio de Roma resolvía las cuestiones? ¿Qué decir de la sustitución de la aplicación, en defecto de elección por las partes de la *lex contractus*, de la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos por la laberíntica regulación del art. 4 del Reglamento Roma I? ¿Tiene sentido unos preceptos crípticos como los artículos 5 y 7 para determinar la ley aplicable al contrato de transporte y de seguro?

³⁹ A pesar de complejas normas, como los arts. 5 y 6, y de aspectos formales, como ubicar la regla general —la autonomía de la voluntad— en el art. 14, ¿es lógico excluir de su ámbito de aplicación los casos de responsabilidad de mayor relevancia en la práctica, como son los derivados de la violación de la intimidad y de derechos de la personalidad, como la difamación?

⁴⁰ Ejemplos de ello no nos faltan: arts. 69, 70 y 71 Reglamento Bruselas I; arts. 60 y 61 Reglamento Bruselas II.

integrada por 27 países y alrededor de 500 millones de habitantes, lo que le otorga suficientes títulos para reglamentar por sí misma las cuestiones jurídicas que le afectan. Ello no empece que, si considera técnicamente conveniente concluir convenios internacionales o participar en su negociación, lo haga, pero siempre mirando el interés de la Unión (no el de los especialistas) y, sobre todo, analizando los resultados que ello va a tener sobre su propia normativa. Se trata, ni más ni menos, de *preservar la coherencia del sistema*. ¿No es esto lo que hace cualquier país con unos objetivos jurídicos y políticos mínimamente claros?

LA ADHESIÓN ESPAÑOLA (2011) A LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES (2005)

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 20.08.2011 / Aceptado: 23.08.2011

Resumen: España ha decidido adherirse a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. Pese a que este tratado no ha entrado en vigor todavía constituye ya el marco jurídico internacional de referencia en materia de inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado.

La Convención parte de una concepción restringida de la inmunidad (de jurisdicción y de ejecución), previendo una lista de procesos en los que la inmunidad del Estado no puede hacerse valer.

La Convención de las Naciones Unidas pretende ser el régimen jurídico universal en este ámbito, aunque no ha afrontado lo que hoy es seguramente una de las cuestiones claves en el tema: la relación entre la inmunidad soberana del Estado y el respeto a las normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*).

Palabras clave: Convenio de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, Derecho español e inmunidad de jurisdicción y ejecución, inmunidad de jurisdicción, inmunidad de ejecución, excepciones a la inmunidad de jurisdicción, excepciones a la inmunidad de ejecución, inmunidad de jurisdicción e *ius cogens*.

Abstract: Spain has decided to accept the United Nations Convention on the jurisdictional immunity of States and their property. Although this treaty is not yet in force, it has already become the legal international reference in both jurisdictional and enforcement immunities.

This Convention embraces a restrictive approach to immunity and, therefore, provide for a wide list of proceedings in which State immunity cannot be invoked.

The United Nations Convention seek to represent the universal juridical framework on the immunity of States. However, the Convention does not include the treatment of a actual and important subject: the relationship between the sovereign immunity and the international *ius cogens*.

Key words: United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their property, Spanish Law of immunity from jurisdiction and execution, immunity from jurisdiction, immunity from execution, exceptions to de jurisdictional immunity, exceptions to de immunity from execution, sovereign immunity and *ius cogens*.

Sumario: I. Introducción. II. El Derecho español sobre la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros. III. La Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes: 1. Génesis. 2. La inmunidad jurisdiccional del Estado: A) Inmunidad restringida o relativa. B) Las «excepciones». 3. La inmunidad de ejecución. 4. Disposiciones procesales sobre la inmunidad del Estado. 5. Las cláusulas finales. 6. Ámbitos excluidos de la Convención. IV. ¿Qué supone pues para nuestro Derecho nuestra incorporación a este tratado?. V. A modo de conclusión: la Convención, en todo caso, no resuelve ciertas cuestiones actualmente claves en el tema de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados.

I. Introducción

1. La institución de la inmunidad hunde sus raíces en el principio de igualdad soberana: si todos los Estados son iguales, ninguno de ellos podrá, por medio de sus órganos, ejercer jurisdicción sobre un Estado extranjero sin su consentimiento. El principio de inmunidad de los Estados tiene en el Derecho internacional naturaleza consuetudinaria. En España, la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985)¹, tras reconocer la jurisdicción de los tribunales españoles sobre personas y materias en todo el territorio español en la forma establecida en la Constitución y en las leyes, admite como excepciones las basadas en los «supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público» (artículos 4 y 21.1).

La concesión de esta prerrogativa obedece, sin duda, a la necesidad de que los Estados sean capaces de moverse con plena libertad en el ejercicio de sus funciones, evitando ser objeto de acusaciones que pudieran resultar infundadas; la coraza de privilegios e inmunidades no es, por tanto, una vía para que quienes los disfruten actúen de manera descontrolada, sino una garantía de su independencia y libertad de actuación. Respecto del principio de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados destacan varios instrumentos jurídicos de diverso tipo y alcance:

- Tratados sobre materias en principio ajenas al tema pero que contienen disposiciones concretas que recogen inmunidades específicas; por ejemplo, respecto de los buques de guerra que pertenezcan a un Estado².
- Tratados de carácter regional como el *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados* (Basilea, 16 de mayo de 1972)³.
- O convenios de carácter multilateral como el relativo a la *inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes*, que se basa en una revisión del proyectos de artículos que en esta materia aprobara la Comisión de Derecho Internacional (1991), y fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴ y abierto a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005.

2. El principio de inmunidad de jurisdicción se expresó con claridad en fecha temprana (1812) en un asunto de carácter interno (*The Schooner Exchange vs. McFaddon y otros*), resuelto por el juez MARSHALL, presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el que se discutía la propiedad de nacionales estadounidenses sobre uno de sus buque requisado en su momento por Napoleón para incorporarlo a su marina de guerra. Una vez que la goleta *Exchange* arribó al puerto de Filadelfia, sus antiguos propietarios lo reclamaron judicialmente, lo que motivó que el juez afirmara el principio en los siguientes términos:

«esta perfecta igualdad... de los soberanos, y este interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, ha dado lugar a una categoría de situaciones en las que se entiende que cada soberano renuncia al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial plena y exclusiva de la que se ha dicho que es un atributo de todas las naciones»⁵.

¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* de 2 de julio de 1985 (y corrección de errores en el de 4 de noviembre).

² Convenios de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua, artículo 22 y sobre la alta mar, artículos. 8 y 9 (*BOE* de 24 diciembre 1971); o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, artículos 32, 95 y 96 (*BOE* de 14 diciembre 1997).

³ *International Legal Materials*, 1972, pp. 470 y ss. (España no lo ha ratificado). También han sido textos de referencia para la doctrina el proyecto de Convenio sobre la inmunidad del Estado aprobado por la ILA (*International Law Association*) el 4 de septiembre de 1982 o el proyecto de Convenio interamericano sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados de 21 de enero de 1983 (*ILM* 1982, pp. 292-295).

⁴ Resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004.

⁵ 11 US 116 (1812).

La inmunidad de jurisdicción de los Estados fue afianzándose por obra de la jurisprudencia interna de varios países a la que, posteriormente, fueron sumándose leyes nacionales específicas reguladoras del tema⁶.

Tradicionalmente, el Estado ha poseído una inmunidad de jurisdicción absoluta, es decir, en ningún caso podía verse sometido a los tribunales de otro Estado, pero su evolución ha acabado en la actualidad, sin embargo, por consagra la tesis restringida que implica que, en ciertos supuestos, un Estado extranjero sí puede ser llevado ante la jurisdicción de otro⁷. Desde principios del siglo XX, una distinción entre las actividades «soberanas» (*acta iurii imperii*), respecto de las que los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción, y las actividades privadas (*acta iure gestionis*), en las que la inmunidad desaparece, empezó a abrirse camino en la jurisprudencia de los tribunales belgas e italianos, para, poco a poco, por medio de su reconocimiento en los tratados internacionales (o proyectos) que he mencionado y su inclusión en ciertas las legislaciones de carácter interno⁸, se ha ido imponiendo en la mayoría de los Estados⁹. Sigue habiendo con todo algunos sistemas jurídicos internos anclados en la concepción más tradicional de la inmunidad de jurisdicción¹⁰. La tendencia hacia una inmunidad más restrictiva resulta lógica a la par que necesaria, en tanto en cuanto en las últimas décadas los Estados han incrementado notablemente su actuación en ámbitos antes reservados únicamente a actuaciones privadas: firman contratos, compran, venden, alquilan, emplean personal y actúan como empresarios, con lo que sería injusto que simplemente por detentar esa condición *estatal* no pudieran ser demandados ante los tribunales, pues se generaría una clara situación de desigualdad respecto de sus co-contratantes particulares...

Aceptada la posibilidad de demandar a los Estados surge el problema de cómo determinar si una determinada actividad escapa o no a la inmunidad de jurisdicción:

- El criterio tradicional para dilucidar la cuestión ha sido, según he señalado ya, el de la distinción entre los *iure imperii* (actos de soberanía, poder público u oficiales) y los actos *iure gestionis* (de naturaleza privada). Pero distinguir a su vez unos de otros no resulta siempre fácil, consistiendo el problema principal en seleccionar el criterio concreto a utilizar (naturaleza, finalidad del acto...). De hecho, pudiera darse el caso de que un mismo acto sea considerado en dos países, que empleen criterios diferentes, como *sujeto* o *no* a la inmunidad de jurisdicción; pensemos en un supuesto clásico: la compra de suministros militares por un Estado a una empresa de otro (botas, uniformes...) puede por la *naturaleza del acto* (contrato de compraventa) considerarse como de gestión, mientras que si atendemos a su *finalidad* (satisfacción de funciones propias de las Fuerzas Armadas) sería seguramente un acto *ex iure imperii*¹¹.

⁶ Por ejemplo, la ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras de 21 de octubre de 1976 (modificada en 1989 y 1996); ley británica sobre inmunidad estatal de 20 de julio de 1978, ley de Singapur sobre inmunidad estatal (1979), ordenanza pakistaní sobre inmunidad de los Estados (1981), ley sudafricana sobre inmunidades de los Estados extranjeros (1981), ley canadiense sobre inmunidad de los Estados (1982), ley australiana sobre inmunidad de los Estados extranjeros (1985), o la ley argentina (1995).

⁷ Para una síntesis muy clara de su evolución, en particular en la jurisprudencia tanto interna como internacional, *vid.* R. DE GOUTTES: «A propos de l'immunité de juridiction des Etats étrangers», *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissechet*, París, Éditions A. Pédone, 2008, pp. 117-126 (pp. 120 ss.).

⁸ Los primeros en adoptar la tesis restrictiva fueron, a principios del siglo XX, Bélgica, Italia, Francia, Suiza, Austria y la RFA. Los tribunales norteamericanos y británicos se mostraron algo más reacios (los primeros lo hicieron a mediados de los años cincuenta, como reacción al hecho de que la URSS era partidaria de la inmunidad de jurisdicción absoluta y los segundos en los años setenta).

⁹ I. SINCLAIR: «The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/Collectes Course...*, 167 (1980-II), pp. 113-284 (p. 133).

¹⁰ Probablemente pueda decirse que desaparecidos los Estados de etiqueta socialista, que tradicionales defensores de la soberanía abogaron siempre por la tesis de la inmunidad de jurisdicción absoluta (C. OSAKWE: «A soviet perspective on foreign sovereign immunity: Law and practice», *Virginia Journal of International Law*, 1982, pp. 13-52), esta doctrina solo sigue vigente, y «a veces solo por inercia» (A. REMIRO BROTONS Y R. RIQUELME, E. ORIHUELA, J. DIEZ-HOCHLEITNER, L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 568), en algunos países africanos, asiáticos (China por ejemplo) y latinoamericanos.

¹¹ De hecho, este supuesto ha provocado en la realidad conclusiones diferentes según el país de que se tratara. La compra fue calificada como acto *iure gestionis* en los tribunales italianos (Governo rumano c. Trutta, Giur. It. 1926, Pt I (1): 774; Foro

- La distinción que ha hecho cierta jurisprudencia estatal (la del Reino Unido por ejemplo) entre actividades *comerciales* y *no comerciales* puede subsumirse en la anterior, en la medida en que, por lo general, los actos comerciales serán de naturaleza privada (de gestión).

El que la jurisprudencia no hay sido capaz de determinar con claridad, por medio de un criterio general o abstracto, los límites precisos de la inmunidad de jurisdicción es lo que explica que la práctica de los últimos años haya tendido a enumerar, directamente, los actos que se consideran de gestión y en los que, por tanto, no puede hacerse valer la inmunidad de jurisdicción; es lo que hace, por ejemplo el *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados* de 1972 (artículos 4, 5, 9-11). La misma tendencia ha fructificado en la *Convención sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes* (2005), cuya Parte III (artículos 10-17) recoge los «procesos en los que la inmunidad de jurisdicción no se puede hacer valer»; volveremos sobre ella en el apartado II de este estudio.

Hasta ahora nos hemos referido a la inmunidad de jurisdicción de un Estado, pero sin concretar qué debe entenderse por tal, lo que resulta necesario para discernir si el acto de un determinado órgano puede ser considerado estatal y beneficiarse, por tanto, de la inmunidad. La Convención de Naciones Unidas (2005) utiliza un concepto amplio y flexible, más que el del Convenio de Basilea (1972), al entender por Estado (artículo 2.1.b) a éste y sus órganos de gobierno, a los elementos constitutivos de un Estados federal o las subdivisiones políticas del Estado que puedan realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana, a los organismos e instituciones del Estado u otras entidades que, igualmente, realicen actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado y a los representantes del Estado cuando actúen con tal carácter (artículo 2.1.b). No está en todo caso claro que dicho concepto sea aceptado generalizadamente; por ejemplo, y antes ya lo apuntaba, el Convenio del Consejo de Europa no reconoce la inmunidad de jurisdicción de las entidades miembros de un Estado federal, salvo en el caso de que este formule una declaración en sentido contrario dirigida al Secretario del Consejo de Europa (artículo 28) y esta tesis ha sido igualmente recogida en algunas legislaciones estatales (como las del Reino Unido o Singapur).

3. Si, según he considerado, es posible demandar a un Estado extranjero en ciertos supuestos sin que éste resulte protegido por el principio de inmunidad de jurisdicción, la pregunta siguiente es la de si, en caso de que resultara condenado ante los tribunales, sería posible ejecutar dicha sentencia o, por el contrario, el Estado extranjero goza de *inmunidad de ejecución*. Una respuesta coherente con todo lo examinado hasta aquí sería inequívocamente negativa. La tendencia predominante, sin embargo, ha sido la de establecer una clara diferencia entre ambas modalidades de inmunidad, de manera que es posible que un tribunal tenga jurisdicción respecto de actividades no soberanas de un Estado extranjero pero pueda verse imposibilitado de autorizar medidas de ejecución contra cualquiera de sus bienes. De hecho, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no se considera automáticamente aplicable a la de ejecución.

En todo caso, hoy se acepta que la inmunidad de ejecución tampoco es absoluta, por lo que las medidas de ejecución forzosa adoptadas por los tribunales contra un Estado extranjero para ejecutar una sentencia condenatoria serían aplicables siempre que los bienes de ese Estado objeto de las mismas estuviesen destinados a una actividad del mismo *iure gestionis*, no pudiendo llevarse a cabo contra bienes afectos a la realización de actividades propias del Poder Público, esto, *ex iuri imperii*. Claro que la determinación de cuándo un bien se destina o no para objetivos públicos no siempre es fácil, como veremos con mayor detalle al comentar las disposiciones al efecto pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas (2005).

II. El Derecho español sobre la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros

4. El Derecho español sobre de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ha experimentado cambios profundos, parejos a la evolución del principio en Derecho internacional. De una

It. (1925), I, Col. 584 y ss.) y como acto *iure imperii* por los franceses (Gouvernement espagnol c. Casaux, 22 de enero de 1849, Dalloz, 1849, 1) y de Estados Unidos (Kingdom of Roumania v. Guarantee Trust Co. of New York, 240 Fed. 341 (1918).

parte, la inmunidad de jurisdicción activa (demanda de un Estado extranjero ante tribunales españoles) ha sido tenida en cuenta tanto por la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985), que, como vimos, dispone que la jurisdicción de los tribunales españoles «se exceptúa en los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por el Derecho Internacional» (artículo 21.1 y 2) como por la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) (artículo 36.2)¹².

También se ocupa nuestro Ordenamiento jurídico de la inmunidad de jurisdicción pasiva (cuando sea España el Estado demandado ante los tribunales de otro). Inicialmente, se contó con el Real Decreto 1654/1980, de 11 de julio, sobre el Servicio de lo Contencioso del Estado en el extranjero¹³, cuya exposición de motivos aceptaba que la inmunidad de jurisdicción del Estado español ante los tribunales extranjeros admitía excepciones¹⁴. Este texto fue derogado por el Real Decreto 997/2003, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado¹⁵, modificado posteriormente por Real Decreto 247/2010, de 5 de marzo¹⁶. El nuevo texto, podría decirse, oscurece para un observador exterior el Derecho español respecto de lo que transmitía el viejo decreto 1654 (1980), pues en él se adopta un enfoque puramente orgánico-institucional, hurtándose el enunciado de pautas de actuación y la identificación de los criterios aplicables por el Estado español; el nuevo Decreto se limita a remitir a las decisiones pertinentes que adopte el Ministro de Asuntos Exteriores¹⁷. Ha podido afirmarse en este sentido que la nueva disposición «supone un claro retroceso» en este aspecto, si la comparamos con el Real Decreto de 1980 al que deroga¹⁸.

5. La jurisprudencia española se ha inclinado finalmente por la tesis de la inmunidad restringida desde las STS de 10 de febrero y de 1 de diciembre de 1986 (Sala 6ª)¹⁹. Estas resoluciones son más discutibles en cuanto a la inmunidad de ejecución, pues en ellas se condiciona la aplicación de las sentencias a la existencia de acuerdos bilaterales o prácticas internacionales sujetas, además, al principio de reciprocidad, desconocido en la práctica interna e internacional existente; además, aun de admitirse la ejecución, no se precisa sobre qué bienes o derechos podría recaer²⁰. El tema se aclaró en parte posteriormente cuando la ejecución de la STS de 1 de diciembre de 1986, que había condenado a África del Sur por el despido improcedente de una de sus secretarías en su embajada en Madrid, dio lugar a la presentación por ésta, ante la imposibilidad de obtener la ejecución de la condena, de un recurso de amparo ante el TC. Este, en su sentencia 107/1992, de 1 de julio, llegó a la «doctrina» siguiente:

- El Derecho internacional no impone la inmunidad de ejecución absoluta (FJ 5º). Ésta es relativa, basándose en la distinción entre bienes destinados a actividades *iure imperii* e *iure gestionis*, pero los bienes de las misiones diplomáticas y consulares son inmunes a la ejecución (Convenios de Viena de 1961 y 1963).
- Entre los bienes de las misiones diplomáticas deben incluirse las cuentas corrientes bancarias de la Embajada, puesto que la práctica internacional contemporánea «exceptúa claramente de toda medida de ejecución las cuentas corrientes bancarias de la Embajada» (FJ 5º).

¹² «Los Tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforma a las normas del Derecho Internacional Público» (Ley1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE de 8 de enero de 2000).

¹³ BOE de 16 de agosto de 1980.

¹⁴ Y también lo recogían los artículos 7, 8 y 16.

¹⁵ BOE de 7 de agosto de 2003.

¹⁶ BOE de 6 de marzo de 2010.

¹⁷ Vid. fundamentalmente sus artículos 32.2, 34.a), 35.2 y 41.3.

¹⁸ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Sistema de Derecho Internacional Público*, Cizur Menor (Navarra), Civitas y Thomson Reuters, 2011, p. 88.

¹⁹ Sobre la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros en España hasta 1986, vid. F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, pp. 63-99 (pp. 64-70).

²⁰ Sentencia de 10 de febrero de 1986, considerando 5º. En los mismos términos se expresaba la sentencia citada de 1 de diciembre de 1986.

- Otros bienes del Estado al que se demanda sí pueden ser objeto de ejecución, cubriendo la inmunidad de ejecución sólo a aquellos que estén destinados a la realización de actos *iure imperii*. Correspondería en cada caso al juez ejecutor determinar, conforme a nuestro Ordenamiento, de entre los bienes de los que sea titular el Estado, cuáles están destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que se actúa de la misma manera que un particular²¹.

Sentencias posteriores confirman la tendencia, volviendo a insistirse en la idea de que «cuando en una determinada actividad o... en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como... el interno desautorizan que se inejecute una sentencia; en consecuencia, una decisión de inejecución supondría en tales casos una vulneración del artículo 24.1 CE». Así, el Tribunal Constitucional español (2002) ha determinado, por ejemplo, la embargabilidad de las cantidades correspondientes a la devolución del IVA, por entender que las mismas provenían tanto de actividades públicas como de actividades privadas (comerciales o de cooperación), no estando protegidas, estas últimas, por la inmunidad²². Y más recientemente aún, el Tribunal Supremo (2009) rechaza el recurso interpuesto por los Estados Unidos de América contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que confirmó la viabilidad del embargo decretado por un juzgado de Bilbao respecto de las devoluciones del IVA de las Agencia Tributaria a los Estados Unidos para hacer frente al pago de las indemnizaciones por despido improcedente de dos empleados del consulado de ese país en la ciudad vasca, y, citando el auto 112/2002 del TC anteriormente apuntado, afirma:

«Lejos de ello [se refiere a la comisión del error judicial argumentado por el demandante] lo que hizo la sentencia impugnada fue una interpretación perfectamente posible, razonada y coherente de la implicación de tales preceptos [entre otros el artículo 32.3º de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas] en relación con unos bienes muy singulares, las devoluciones del impuesto sobre el valor añadido, que en absoluto están directamente comprendidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 o en la Convención sobre Relaciones consulares de 24 de abril de 1963, pues lo esencial para la Sala del País Vasco, y para el Juzgado de instancia, consistía en que de tales preceptos no se desprende necesariamente esa inembargabilidad. Además los razonamientos jurídicos de la sentencia se extienden a la ausencia de acreditación por parte del Estado recurrente, de que esas devoluciones estuviesen vinculadas con actividades que supusieran el ejercicio de *ius imperio*, por lo que tenían la condición de devoluciones de impuestos, o beneficios fiscales ligados a actividades de gestión»²³.

En todo caso se sigue manteniendo la absoluta inmunidad de los bienes de las Misiones Diplomáticas y Consulares, cuentas corrientes incluidas²⁴. El Tribunal Supremo confirma en este punto, y lo hace a conciencia, la doctrina del Constitucional:

«Y ya en concreto, por ello hay que proclamar la inembargabilidad de las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares, constituye la práctica internacional generalizada, de la que se deriva que la inmunidad de los Estados y de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares en materia de ejecución impide que la ejecución forzosa pueda dirigirse, dentro de los bienes que las misiones diplomáticas y consulares puedan tener en el Estado del foro, contra aquellas cuentas corrientes. Y ello incluso si las cantidades depositadas en Entidades bancarias puedan servir también para la realización de actos en lo que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades *iure gestionis* a las que puede no alcanzar la ratio de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares. Esta eventualidad de que una cuenta corriente destinada a asegurar el funcionamiento de la misión diplomática y consular del Estado extranjero pueda ser utilizada también para fines comerciales no justifica la exclusión de esa inmunidad de ejecución y consecuente inembargabilidad, tanto por el carácter único e indivisible del saldo de la cuenta corriente, como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática, lo que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho Internacional Público»²⁵.

²¹ La STC 18/1997, FJ 6º señala la importancia que al respecto cobra la colaboración con los poderes públicos del Estado del foro y, en especial, de su Ministerio de Asuntos Exteriores.

²² ATC 112/2002, de 1 de julio.

²³ STS (Sala de lo Social, sección 1ª) de 22 de junio de 2009, f.j. quinto (RJ\2009\6059).

²⁴ STC 176/2001, de 17 septiembre FJ 2º (BOE de 19 octubre 2001).

²⁵ Auto TS (Sala de lo Civil) de 13 de junio de 2005 (RJ 2005/7041).

Las decisiones del Tribunal Constitucional español, también del Tribunal Supremo, sobre la inembargabilidad de las cuentas corrientes de embajadas y en su caso otras instalaciones gubernamentales de un Estado extranjero mencionadas se alinean con las decisiones análogas de los tribunales de otros Estados (Alemania, Reino Unido). Esta tendencia facilitará, sin duda, el que los afectados se encuentren con el muro de la inmunidad de ejecución, después de haber sorteado y vencido los obstáculos que supone la de jurisdicción, de manera que el propio Tribunal Constitucional ha propuesto vías de solución alternativas: en primer lugar, que el particular ponga en conocimiento del Ministerio de AAEE la cuestión, para que éste exija al Estado extranjero el cumplimiento de sus funciones; en segundo lugar, ejercer la protección diplomática (si procede, puesto que se precisa la existencia de un hecho internacionalmente ilícito imputable al Estado demandado) o, en tercer lugar, la posibilidad de que se presente la reclamación oportuna ante los tribunales extranjeros²⁶.

Vías de escape posibles, sí, pero poco satisfactorias pues limitados son los casos en que podrán plantearse, de modo que lo más normal será que el particular afectado por la conducta de un Estado extranjero no encuentre manera de resarcirse, aun siendo justa su pretensión y la compensación merecida. Surge entonces la duda de si su derecho a la tutela judicial efectiva se ha respetado, pero parece que incluso en este caso ha vencido (de momento y salvo sentencias aisladas) la inmunidad de ejecución. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado que la inmunidad prevalece sobre el derecho de acceso a un tribunal independiente e imparcial consagrado en el artículo 6.1 del Convenio de Roma²⁷. En el ámbito del Derecho español, nuestro TC ha reconocido también que el derecho de toda persona a una tutela judicial efectiva «ni [le] garantiza la solvencia de los deudores, ni impide la aplicación del régimen de inmunidad de ejecución de ciertos bienes de los Estados extranjeros», pero sí ha recordado a los jueces su deber de extremar la diligencia en asegurarse que no hay bien alguno del Estado extranjero que pueda ser objeto de medidas de ejecución²⁸.

En todo caso, al menos para la víctima, una opción preferible a esta situación sería sin duda la ya sugerida en la STC 107/1992: la asunción por el Estado del foro del deber de satisfacer la obligación judicialmente declarada y no ejecutada (FJ 3º), lo que acaso pueda efectuarse invocando la responsabilidad patrimonial de la Administración a la que se refieren la Constitución Española vigente y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimientos Administrativo Común²⁹. Y, de no ser posible o mientras no se resuelvan ciertas cuestiones que habría que abordar (¿deberá probarse la relación de causalidad entre el daño sufrido por el particular y la [in]acción de la Administración o estamos hablando de una responsabilidad absolutamente absoluta de esta?), quizás lo más práctico fuera el establecimiento de un Fondo de Compensación a estos efectos³⁰.

6. Conviene advertir ya, desde otra perspectiva, que el Derecho español permite la adopción de medidas provisionales de naturaleza coercitiva sobre bienes de un Estado extranjero si no antes del fallo (artículo 18 de la Convención de Naciones Unidas) sí antes de que la sentencia condenatoria sea firme³¹.

Y también que no exige, para proceder a la ejecución de bienes de un Estado extranjero, que los bienes en cuestión tengan un nexo con la entidad contra la que el proceso se ha incoado (artículo 19 de la Convención de Naciones Unidas)³².

²⁶ FJ 3º STC 1 de julio de 1992 y FJ 10º; STC 140/1995.

²⁷ Sentencias Al-Adsani v. Reino Unido (nº 35763/97), Fogarty v. Reino Unido (asunto nº 37112/97) y McElhinney v. Irlanda (asunto nº 31253/96), todas ellas de 21 de noviembre de 2001.

²⁸ STC 18/1997, de 10 de febrero.

²⁹ Artículos 106 de la Constitución y 139.1 de la Ley de 26 de noviembre de 1992 (BOE del 27).

³⁰ Vid. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, «El estatuto internacional del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)», en A. MANGAS MARTÍN (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho internacional público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 91-223 (p. 133); J. FERRER LLORET, «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, pp. 3-61 (pp. 58-60); F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «La inmunidad de ejecución de los Estados...» cit. (nota 19), pp. 90-91.

³¹ STC 292/1994, de 27 de octubre.

³² STC 107/1992, f.j. quinto y STC 292/1994, f.j. cuarto.

7. Nuestro país ha decidido finalmente adherirse a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes que abordaré en los apartados sucesivos. El Consejo de Ministros lo acordó en febrero³³, en marzo la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados emitió el preceptivo dictamen concediendo al Gobierno la autorización previa al tratarse de un tratado de los relacionados en el artículo 94.1 de la Constitución española vigente sin proponer declaración ni reserva alguna y el Congreso de los Diputados aprobó por asentimiento dicho dictamen³⁴, el Senado comunica a principios de abril que no se han formulado propuestas de enmienda de ningún tipo (ni declaraciones ni reservas por entendernos) y, finalmente, el Senado da cuenta de su autorización el 8 de abril del presente año³⁵.

Hasta la fecha, el Gobierno español no ha dado cuenta de haber depositado ante el Secretario General de Naciones Unidas el instrumento de adhesión ni la Convención se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado³⁶. Si finalmente lo hace, España será, probablemente, como veremos en un apartado ulterior el Estado número 12 de los vinculados a la Convención.

A mi entender y por las razones que apuntaré en un apartado sucesivo, se trata de un paso positivo.

III. La Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes

1. Génesis

8. La elaboración de este tratado ha consumido no pocos años de trabajo y ha implicado la intervención de órganos de Naciones Unidas diferentes.

9. La Comisión de Derecho Internacional comenzó sus trabajos de codificación y desarrollo progresivo de este tema en 1978, al crear un grupo de trabajo, presidido por el tailandés Sompong Sucharitkul, que fue designado después Relator Especial. Sus informes, permitieron a la Comisión aprobar, en primera lectura, un Proyecto de artículos en 1986³⁷. En 1987, se nombra como Relator Especial al Sr. Motoo Omiso, que condujo la segunda lectura del Proyecto. El texto final, que tiene en cuenta las observaciones formuladas por los Estados al alcanzado en primera lectura así como los debates que tuvieron lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, se adopta por la Comisión en 1991³⁸.

El Proyecto definitivo de artículos (1991), para el que la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su Estatuto, recomendar a la Asamblea General que convocase a una conferencia internacional de plenipotenciarios para estudiarlo y celebrar una convención sobre el tema³⁹, adoptó la tesis de la inmunidad de jurisdicción restringida, es decir, que el texto proclama como regla general que

³³ Referencias del Consejo de Ministros (viernes 4 de febrero de 2011): Acuerdo por el que se autoriza la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y se dispone su remisión a las Cortes Generales (<http://www.lamoncloa.gob.es>).

³⁴ Dictamen de la Comisión 110/000247, Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, serie C: Tratados y Convenios internacionales, 15 de marzo de 2011, nº 293-2 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura*, p. 1); *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanentes. Sesión plenaria nº 219 celebrada el miércoles 16 de marzo de 2011*, año 2011, IX Legislatura, nº 231, p. 40 y Congreso de los Diputados, aprobación por el Pleno, dictamen 110/000247..., 16 de marzo de 2011, serie C..., nº 293-3 (*BOCG. Congreso de los Diputados. IX Legislatura*, p. 1).

³⁵ Propuestas (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, IX Legislatura*, nº 43, 5 de abril de 2011, p. 4); el Pleno del Senado autoriza el 6 de abril de 2011 la adhesión española a la Convención (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, IX Legislatura*, nº 46, 8 abril 2011, p. 74).

³⁶ Hasta hoy, sábado 20 de agosto de 2011.

³⁷ «Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo octavo período de sesiones», *Anuario de la CDI*, 1986, volumen II (Segunda Parte), pp. 7-23.

³⁸ «Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones», *Anuario de la CDI*, 1991, volumen II (Segunda Parte), pp. 12-67.

³⁹ «Informe...», *Anuario de la CDI 1991*, volumen II (Segunda Parte), p. 13 (párrafo 25).

los Estados y sus bienes gozan de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de un Estado extranjero y solo en el caso de excepciones tasadas (artículos 7-17) dicho principio no se aplica.

Es un hecho, enfatizado por el internacionalista austriaco que se implicó, como apuntaré enseguida, en la segunda fase de elaboración de lo que luego sería Convención de Naciones Unidas, que:

«a lo largo de todo el proceso de elaboración de este proyecto, se prestó particular atención al respeto de la práctica y a los intereses de los Estados, que han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre el texto y de proponer las correcciones que juzgaban necesarias. Los intereses de los países en vías de desarrollo se tuvieron particularmente en cuenta»⁴⁰.

Y sin embargo, los Estados que formaban parte de la Sexta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas no aprobaron el texto que les presentó la Comisión. Por el contrario, crearon un grupo de trabajo en el seno de la misma, presidido por el brasileño R. Calero-Rodrigues, para estudiar más en profundidad ciertas cuestiones, y decidieron examinar de nuevo ulteriormente la convocatoria o no de una conferencia de plenipotenciarios⁴¹.

10. Desde 1992 a 1994, el grupo de trabajo se centró sobre algunas cuestiones esenciales intentando alcanzar un compromiso generalmente aceptable sobre ellas. No se consiguió, decidiendo la Asamblea General suspender las negociaciones hasta 1997⁴².

En 1998, la Asamblea General estableció, en el seno de la Sexta Comisión, un nuevo grupo de trabajo al que se encargó el año siguiente de examinar las cuestiones de fondo sobre las que no había acuerdo. Al mismo tiempo invitó a la Comisión de Derecho Internacional a presentar observaciones sobre aquéllas⁴³. Esta creó un grupo de trabajo bajo la presidencia del internacionalista austriaco GERHAD HAFNER, que volvió a debatir las cuestiones esenciales objeto aún de disputa y finalizó su Informe con un apéndice en el que se daba cuenta a la Sexta Comisión de la evolución que en la práctica se iba observando sobre la relación entre las inmunidades soberanas de los Estados y su deber de respetar las normas de *ius cogens*, en particular la referida a la prohibición de la tortura. Este informe se anexó al Informe que la Comisión de Derecho Internacional presenta a la Asamblea General anualmente⁴⁴.

La Asamblea General convirtió en Comité Especial este grupo de trabajo, bajo la misma Presidencia⁴⁵, que finalmente pudo alcanzar un acuerdo sobre el texto de la Convención, incluido un «entendimiento sobre la interpretación de ciertas disposiciones de la Convención»⁴⁶.

11. La Asamblea General adoptó por asentimiento un 2 de diciembre de 2004 su resolución 59/38 (Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes).

La Convención quedó abierta a la firma desde el 17 de enero de 2005 hasta el 17 de enero de 2007 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York (artículo 28).

Entrará en vigor 30 días después del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. A primeros de agosto del presente 2011, once (11) Estados han depositado

⁴⁰ G. HAFNER Y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens», *Annuaire Français de Droit International*, vol. L (2004), pp. 45-76 (p. 47).

⁴¹ Resolución 46/55, Examen del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 9 de diciembre de 1991, párrafo 4, letras a y b.

⁴² Para una exposición más detallada de los trabajos en esta fase, G. HAFNER y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies...» cit. (nota 40), pp. 48-49.

⁴³ A/RES/53/98, de 8 de diciembre de 1998. Se dio así a la Comisión la posibilidad de volver a trabajar sobre la cuestión sin llevar a cabo una tercera lectura formal del Proyecto de artículos, situación, esta, no prevista en el procedimiento de codificación adoptado en su día por la Asamblea General.

⁴⁴ «Informe de la CDI sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, vol. II, Segunda parte, pp. 158-183. Véase también el párrafo 33 de este Estudio.

⁴⁵ A/RES/55/150, de 12 de diciembre de 2000.

⁴⁶ «Informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes, 1-5 de marzo de 2004», *Asamblea General, Documentos oficiales, Quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n° 22 (A/59/22)*, Nueva York, Naciones Unidas, 2004, pp. 1-24.

ante el Secretario General de Naciones Unidas sus instrumentos respectivos de prestación del consentimiento. España lo hará, presumiblemente, en breve.⁴⁷

2. La inmunidad jurisdiccional del Estado

A) Inmunidad restringida o relativa

12. La Convención parte de principio de que los Estados, «todo Estado», «goza(n), para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otros Estados, según lo dispuesto en la presente Convención» (artículo 5). Esta dispone después determinadas excepciones a la regla general.

Siendo esto así, todo Estado tiene el deber de abstenerse de ejercer su jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado, teniendo incluso que velar «por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado» (artículo 6).

13. La inmunidad de jurisdicción no es absoluta. De una parte, sí puede invocarse en ciertos supuestos que la Convención recoge y a los que me referiré enseguida; pero de otro y naturalmente, la inmunidad de jurisdicción puede ser objeto de renuncia por el Estado en cuestión. Renuncia tanto expresa como tácita:

— De manera expresa, un Estado puede renunciar por tratado internacional, por contrato escrito o mediante una declaración ante el tribunal de otro Estado o comunicación escrita en un proceso determinado (artículo 7).

Es interesante advertir que estas exigencias de la Convención de las Naciones Unidas no son vinculantes para el Estado del foro, que podrá imponer reglas más estrictas para entender prestado el consentimiento⁴⁸.

— El consentimiento tácito se entiende prestado cuando el Estado extranjero incoa él mismo el proceso o interviene realizando cualquier acto en relación con el fondo (artículo 8.1). Aunque no se considerará prestado, si el Estado extranjero interviene en un proceso solo con el fin de invocar su inmunidad o de hacer valer un derecho o interés sobre los bienes objeto del litigio (artículo 8.2) o uno de sus representantes comparece en calidad de testigo ante los tribunales de otro Estado (artículo 8.3).

Por último, si un Estado incoa o interviene en un proceso ante tribunales de otro no puede invocar su inmunidad frente a una demanda reconvenional que se base en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal (artículo 9.1 y 2). Y si el Estado extranjero formula una reconvenión en un proceso incoado contra él ante los tribunales de otro Estado tampoco podrá invocar su inmunidad ante ese tribunal en lo relativo a la demanda principal (artículo 9.3).

B) Las «excepciones»

14. Las excepciones a la regla general, según la cual los Estados tienen inmunidad de jurisdicción, se enumeran por la Convención básicamente en su tercera parte, que se ocupa de los «procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer» (artículos 10-17). La CDI, al adoptar en 1991 su Proyecto definitivo de artículos, evitó utilizar términos como los de «límites» o «excepciones» en aras de un compromiso frente a las tesis enfrentadas a propósito del fundamento y naturaleza de la inmunidad, pero como a la postre el párrafo primero del preámbulo de la Convención parece inclinarse por una de esas tesis⁴⁹ me ha parecido correcto emplear el término de «excepción».

⁴⁷ Vid. párrafos 7 y 23 del presente Estudio.

⁴⁸ «Informe de la CDI... cuadragésimo tercer...», *Anuario CDI 1991*, vol. II, Segunda Parte, cit. (nota 38), p. 29 (comentario 11 al artículo 7).

⁴⁹ Así, para algunos Estados la inmunidad del Estado era un principio de Derecho internacional consuetudinario que tenía

15. Partiendo pues del principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (artículos 5 y 6.2), la Convención señala como excepciones de carácter dispositivo, es decir, si los Estados interesados no convienen otra cosa, las siguientes:

1ª) Las transacciones mercantiles con una persona física o jurídica (no estatal en todo caso), salvo pacto en contrario de las partes (artículo 10.2.b)⁵⁰. La Convención enumera una serie de contratos (artículo 2.1.c), determinando que, a efectos de la calificación de un acto como «transacción mercantil», debe atenderse principalmente a «la naturaleza del contrato o de la transacción» pero también a su «finalidad» siempre que así lo acuerden las partes o en la práctica del Estado del foro «tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o la transacción» (artículo 2.2). La decisión sobre los criterios a utilizar para la definición de transacción mercantil llevó su tiempo⁵¹. La fórmula finalmente acordada llegó en el 2003 como fruto de las consultas informales coordinadas por el Relator CHUSEI YAMADA en el seno del Comité especial de la Asamblea General y supone una variante de la que la CDI adoptó en su Proyecto definitivo de artículos (1991)⁵². Y es que si se tiene en cuenta únicamente el criterio de la naturaleza del acto, los supuestos en los que la aplicación de la inmunidad fuera posible se reducen considerablemente: así, si un Estado ofrece una recompensa para la captura de una persona buscada por sus autoridades, la naturaleza del acto llevaría a considerar que dicho Estado no tiene inmunidad de jurisdicción, mientras que si tenemos en cuenta el criterio del fin sí podría invocar dicho principio (...) ⁵³. La fórmula finalmente acordada se aproxima a la que se utiliza en ciertas jurisdicciones nacionales, como la francesa, en la que la determinación de la inmunidad o no depende «de la naturaleza del acto o de su finalidad» o «de la naturaleza del acto y de su finalidad»⁵⁴.

Repárese en que, en el contexto de un proceso por una transacción mercantil, la inmunidad de jurisdicción del Estado no resultará afectada (por entender que el Estado no es parte en la transacción) cuando en dicho proceso intervenga como parte en la transacción una empresa estatal u otra entidad creada por dicho Estado que estén dotadas de personalidad jurídica propia y tengan capacidad para demandar y ser demandadas y adquirir bienes, tener su propiedad o posesión y disponer de ellos, incluidos bienes que ese Estado le haya autorizado a explotar o a administrar (artículo 10.3). Esta disposición, que se introdujo en el Proyecto definitivo de artículos de la CDI (1991) fue mantenida finalmente por el Comité Especial de la Sexta Comisión, pero dio lugar a intensos debates. Fue propuesta por los Estados socialistas, que estaban modificando con rapidez su sistema económico, social y político y pasando de un sistema de economía rígida de Estado a empresas estatales con personalidad propia, que como regla general realizaban transacciones mercantiles en su propio nombre, como entidades independientes del Estado que las crea; en dichos países se articuló en este contexto la noción de «bienes de Estado separados», esto es, que los bienes de una empresa estatal eran distintos de los del Estado por razón de la

algunas excepciones, reconocidas como tales por la práctica; para otros soñ embargo, la inmunidad del estado se limitaba a algunos ámbitos solo por lo que no podría ser calificada de regla general (...) («Informe de la CDI...», *Anuario CDI 1991*, volumen II, Segunda Parte cit. [nota 38], p. 35, párrafo 1 de los comentarios a la Parte III).

⁵⁰ M. GÓMEZ JENE, «Inmunidad y transacciones mercantiles internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, nº 1, pp. 155-178.

⁵¹ Para un breve pero actual e interesante recorrido por la jurisprudencia comparada sobre la aplicación de los criterios de la «naturaleza» y de «finalidad», vid. M. GÓMEZ JENE, «Inmunidad y transacciones mercantiles...» cit., pp. 161-164.

⁵² Vid. en este sentido las observaciones de G. HAFNER Y L. LANGE, «La Convention des Nations Unies...» cit (nota 40), pp. 58 y 55.

⁵³ Sentencia de 1 de noviembre de 2006, *José Guevara v. Perú*, Tribunal de Apelación del distrito 11 (Estados Unidos), núm. 05-16235.

⁵⁴ Respectivamente, sentencia de 20 de junio de 2003, Cour de Cassation, Mme. Naira X c- École saoudienne de Paris et Royaume d'Arabie Saoudite, *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 107, nº 4, 2003, pp. 1002-1008 (anotada por F. POIRAT; también R. DE GOUTTES, «A propos de l'immunité...» cit. [nota 7], pp. 121-122); y sentencia de 20 de septiembre de 2006, Cour de Cassation, Société Prony habitations c. Guinée Bissau et Mme. Marie Regina Da Costa Gómez, *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 110, nº 4, 2006, pp. 971-972 (nota de G. LE FLOCH). La diferencia de terminología (el «y» en vez de «o») entre las decisiones de 2006 y 2003 no ha merecido concreción doctrinal mayor («sans que l'on sache si le changement mineur apporté est significatif», P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit International Public*, LGDJ, Paris, 2009, 8ª edición, p. 500).

personalidad jurídica propia de aquella entidad. La solución no satisfizo a algunos Estados occidentales, que temían que ciertos Estados intentasen una limitación de su responsabilidad, en perjuicio de las otra parte en una transacción comercial, mediante la creación de empresas estatales poco capitalizadas para la conclusión de este tipo de actos⁵⁵. La disposición se mantuvo, pero se decidió su inclusión en el «Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención» que forma parte, como anexo, de la misma; en él se establece que el párrafo 3 del artículo 10:

«no prejuzga la cuestión del ‘levantamiento del velo de la persona jurídica’, las cuestiones relativas a una situación en que una entidad estatal haya hecho deliberadamente una exposición falsa de su situación financiera o haya ulteriormente reducido su activo para evitar el pago de una deuda, ni otras cuestiones conexas».

En consecuencia, que el problema de en qué casos concretos se puede «levantar el velo» no parece haberse resuelto, por lo que habrá que esperar a la práctica. Y es que no (me) parece que las palabras del grupo de trabajo, creado por la CDI el 7 de mayo de 1999 (2569ª sesión) y presidido por G. HAFNER, sean suficientemente precisas para arrojar una luz definitiva al respecto:

«Para poder considerar los actos de una entidad como actos de una institución del Estado es necesario que exista una relación jurídica entre el Estado y la entidad de que se trate. Si no se puede demostrar esa relación, no será posible «penetrar el velo» para tener acceso a los bienes de la institución»⁵⁶

2ª) Los contratos de trabajo, salvo en los casos siguientes (artículo 11):

- a) Que el trabajador haya sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público. El alcance de esta excepción se fue restringiendo desde su incorporación, en 1989, al Proyecto de artículos de la CDI en primera lectura («funciones en el ejercicio del poder público»), pasando por el texto en segunda lectura de 1991 («funciones estrechamente ligadas al ejercicio del poder público»). La fórmula finalmente adoptada en la Convención («contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público») incluye a secretarios privados, criptógrafos, traductores, intérpretes y otras personas que ejercen funciones ligadas a la seguridad o a los intereses fundamentales del Estado⁵⁷; una propuesta de Australia para enumerar las categorías de empleados contempladas no se aceptó⁵⁸.
- b) El empleado es una persona que tiene inmunidad diplomática (agente diplomático, funcionario consular, miembro del personal diplomático de misiones permanentes ante organizaciones internacionales, de una misión especial, que haya sido designado representante de un Estado en una conferencia internacional o cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática).
- c) El empleado es nacional del Estado extranjero al iniciarse el proceso y no tiene su residencia permanente en el Estado del foro.
- d) el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador.
- e) el objeto del proceso es la rescisión del contrato y el Estado contratante determine que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad.
- f) Si Estado empleador y trabajador han convenido por escrito otra cosa y siempre que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro no tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.

⁵⁵ Vid. sobre esta cuestión H. HAFNER Y L. LANGE, «La Convention des Nations Unies...» cit. (nota 40), pp. 62-63; C. KESSEDIAN Y C.H. SCHREUER, «Le Projet d'articles de la CDI des Nations Unies sur les immunités des Etats», *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 96, nº 2, 1992, pp. 299-341 (p. 325).

⁵⁶ «Informe de la CDI...», *Anuario CDI*, 1999, vol. II, 2ª Parte cit. (nota 44), pp. 170 ss. (p. 174, párrafo 73).

⁵⁷ «Informe de la CDI...», *Anuario CDI*, 1991, vol. II, 2ª Parte cit. (nota 38), p. 46 (comentario 9 al artículo 11 de su Proyecto).

⁵⁸ Doc. A/C.6/48/L.4, párrafo 63 y propuesta Q.

3ª) Las acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes causados por un acto u omisión atribuible al Estado (artículo 12). Pero para ello, esto es, para que no sea invocable la inmunidad de jurisdicción, resulta preciso que se den, cumulativamente, dos condiciones: la presencia del autor del acto u omisión en el territorio del Estado del foro y que la producción de estos tenga lugar, total o parcialmente, en ese mismo territorio. Se está pensando principalmente en los accidentes de circulación causados por el transporte de personas o bienes por carretera, ferrocarril, aire o agua, pero al mismo tiempo está redactado en términos lo suficientemente amplios para abarcar todo daño intencional, incluidos los eventuales asesinatos políticos⁵⁹; la inmunidad de jurisdicción sí jugaría en el caso de daños no materiales, esto es, daño moral, procedente de la difamación o la calumnia o que implique un perjuicio de derechos contractuales...⁶⁰. Siendo dispositiva esta excepción, no debe descartarse que los Estados pacten que ciertos incidentes originados por la presencia de efectivos militares en un Estado amigo (tráfico, trifulcas nocturnas...) no impidan la invocación de la inmunidad de jurisdicción.

La Convención de Naciones Unidas carece de una disposición como la del artículo 31 del Convenio Europeo sobre Inmunidad del Estado (1972), a tenor de la cual:

«Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux immunités ou privilèges dont un Etat contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci, lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant».

Si a este dato añadimos que la redacción del artículo 12 que estamos comentando lo permitiría por su amplitud, pudiera pensarse que la Convención ha establecido una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado en los casos de la comisión por éste de violaciones graves de los derechos humanos. Hay un sector doctrinal que se lo ha planteado⁶¹ y de hecho, algunas de las declaraciones efectuadas por los Estados que se han vinculado a la Convención (Noruega, Suecia y sobre todo Suiza) desean dejar claro, por si acaso, que la Convención en general y su artículo 12 en particular no regulan esta problemática⁶². No es así, desde luego, como de los trabajos preparatorios en su última fase de la Convención demuestran⁶³; más en concreto, podría añadirse que durante la presentación a la Sexta Comisión del Informe del Comité Especial que intervino en la fase final de los trabajos, su Presidente, el Sr. HAFNER, dejó claro que en las negociaciones todos estaban en el entendido de que el tremass de las inmunidades en caso de actividades militares no formaban parte del objeto de la Convención⁶⁴.

4ª) Y las demás excepciones, que plantearon menos debate, hasta el punto que permanecieron inmutables desde su adopción en la segunda lectura del Proyecto de artículos de la Comisión, en 1991, a saber, no hay inmunidad de jurisdicción en los procesos:

- Para determinar los derechos u obligaciones de un Estado extranjero respecto de bienes, muebles e inmuebles, situados en el territorio del Estado del foro (artículo 13).
- Para determinar los derechos de un Estado extranjero en temas de propiedad industrial o intelectual o la lesión por este de un derecho de la misma naturaleza de un tercero en el Estado del foro (artículo 14).
- En los procesos relativos a la participación del Estado extranjero con sujetos privados en sociedades constituidas con arreglo al Derecho del Estado del foro o con su sede o establecimiento principal en él (salvo que las partes hayan pactado la inmunidad de jurisdicción en acuerdo escrito o así lo dispusiera el instrumento por el que se rija la sociedad (artículo 15).

⁵⁹ «Informe de la CDI...», *Anuario CDI 1991*, volumen II, Segunda Parte cit., p. 48 (comentario 4 al artículo 12).

⁶⁰ *Ibidem*, p. 48 (comentario 5).

⁶¹ *Vid. ad ex.* J. FINKE: «Sovereign immunity: rile, comity opr something else?», *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), n° 4, pp. 853-881 (pp. 862-864).

⁶² *Vid. infra* el párrafo 33 *in fine* de este Estudio.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Vid. infra* el párrafo 27 de este Estudio.

- En procesos sobre la explotación por un Estado extranjero de un buque que en el momento de iniciarse la acción se utilizara para fines que no sean un servicio público no comercial, así como los cargamentos propiedad de un Estado y su transporte en tales buques (salvo que los Estados interesados convengan otra cosa) (artículo 16).
- En los procesos que un Estado, que haya concertado por escrito con una persona natural o jurídica extranjera un convenio a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretenda interponer sobre la validez, interpretación o aplicación del convenio arbitral, el procedimiento de arbitraje o la confirmación o anulación del laudo (salvo que el convenio arbitral disponga otra cosa).

3. La inmunidad de ejecución

16. La imposición a un Estado extranjero que ha sido condenado por los tribunales del Estado del foro en un proceso en el que aquel fue demandado por un particular de eventuales medidas coercitivas para la ejecución de la sentencia fue uno de los problemas más delicados de resolver en los trabajos que condujeron a la Convención de Naciones Unidas⁶⁵. Es comprensible, pues el ejercicio de la coerción, por relativa y no armada que esta sea, es percibido por los Estados como un atentado a su soberanía y aun a su dignidad mucho más grave que el hecho de verse sometido a la jurisdicción de otro (...). De ahí, que las restricciones que al principio de inmunidad de jurisdicción se han ido consolidando no han llegado a calar del mismo modo en cuanto a la inmunidad de ejecución, última trinchera en la que la inmunidad se ha refugiado.

Esto explica el que en la práctica ambas inmunidades (jurisdicción y ejecución) se traten separadamente, lo que a su vez permite entender por qué la Convención de Naciones Unidas determina que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción por el Estado extranjero «no implicará [su] consentimiento para adoptar medidas coercitivas» (artículo 20), esto es, no supone su renuncia a la inmunidad de ejecución.

17. La Convención de Naciones Unidas es menos rígida o estricta en cuanto a la protección de la inmunidad de ejecución de lo que la práctica anterior refleja, es decir, acepta un concepto de inmunidad de ejecución restringida aunque las excepciones a esta inmunidad no lleguen tan lejos como en el caso de la jurisdicción. Una comparación, por ejemplo, entre la Convención del Consejo de Europa (1972), que excluye toda medida de ejecución forzosa que no sea consentida expresamente por escrito por el Estado extranjero (artículo 23), y las disposiciones que ahora comentaré de la Convención (2005) permite hacerse una idea clara de lo que he escrito.

Según las reglas que finalmente se adoptaron, se establece una distinción entre las medidas coercitivas anteriores al fallo, esto es, las de tipo cautelar, y aquellas que se adoptan con posterioridad al mismo y atienden pues a la ejecución de la sentencia: *En relación con las primeras*, las medidas coercitivas están prácticamente excluidas, a menos que el Estado extranjero las consienta expresamente (por tratado, acuerdo de arbitraje en un contrato escrito o mediante una declaración o comunicación escrita ante el tribunal) o cuando haya asignado bienes a la satisfacción de la demanda (artículo 18)⁶⁶; *por lo que a las medidas de ejecución de la sentencia se refieren* estas pueden adoptarse, además de cómo en el caso anterior, sobre todo bien del Estado extranjero que cumple tres exigencias: utilización o destino específico por el Estado para fines distintos de los oficiales de carácter no comercial, que se encuentren en el territorio del Estado del foro y que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso (artículo 19). Dos comentarios y un estrambote merecen estas disposiciones, la del artículo 19 sobre todo. Los comentarios:

⁶⁵ Vid. F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, «La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, julio 2006, pp. 711-736; J. FERRER LLORET, «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004...» cit. (nota 30), pp. 3-31.

⁶⁶ Vid. *supra* párrafo 6 de este Estudio.

- Uno, la Convención no precisa qué deba entenderse por medida coercitiva, limitándose a poner como ejemplo «el embargo y la ejecución» (artículo 18). Parece lógico suponer que será el Derecho del Estado del foro el que decida al respecto.
- Dos, «el nexo» que los bienes deben tener con la entidad contra la que se incoe el proceso, de acuerdo con el «Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención» anejo a la misma, «se entenderá en un sentido más amplio que el de ‘propiedad’ o ‘posesión’».

El estrambote de este soneto tiene que ver en particular con la tercera de las exigencias mencionadas también, el que los bienes deben tener un nexo con la entidad contra la que la demanda se presenta y requiere a su vez tres consideraciones:

- Este requisito se centra únicamente en la entidad demandada eliminándose la alternativa que el Proyecto de la Comisión (1991) contemplaba al requerir que el bien tuviese «alguna relación con la demanda objeto del proceso o con el organismo o institución contra el que se haya incoado el proceso»⁶⁷.
- El término «entidad», de acuerdo con el «Entendimiento» anejo a la Convención, designa tanto al Estado, como a las unidades constitutivas de un Estado federal, las subdivisiones de un Estado, los organismos o instituciones del Estado y a cualquier otra entidad que goce de personalidad jurídica independiente. En todo caso, en dicho texto se precisa igualmente que el artículo 19 «no prejuzga la cuestión del ‘levantamiento del velo de las personas jurídicas’, cuestión que se refiere al supuesto en que una entidad estatal haya tergiversado intencionalmente su situación financiera o haya reducido ulteriormente sus activos para evitar atender una reclamación» ni tampoco las demás cuestiones conexas.
- La exigencia de que los bienes en cuestión deban tener un nexo con la entidad contra la que el proceso se incoa ha sido muy criticada por un sector doctrinal, que alega su inexistencia en la práctica internacional existente⁶⁸. Tampoco en el caso de España, se ha dicho, se exige este requisito⁶⁹, cuya presencia llevaría a, por ejemplo:

«si se inicia un procedimiento judicial por despido improcedente contra una misión diplomática, no podremos ejecutar una supuesta sentencia favorable adoptando medidas coercitivas contra los bienes de la representación consular del mismo Estado que cumplieran los restantes requisitos establecidos por el artículo 19.c» (la cursiva es mía)⁷⁰.

De ahí, incluso que se haya sostenido que este aspecto «es el principal inconveniente para expresar tajantemente una opinión favorable a su [la Convención de Naciones Unidas] ratificación»⁷¹.

Para facilitar la aplicación uniforme de estas disposiciones, la Convención de Naciones Unidas enumera, blindándolos así frente a una concepción restrictiva de la inmunidad pero sin carácter exhaustivo⁷², una serie de bienes protegidos por la inmunidad de ejecución, al presumirse *iuris et de iure* su adscripción a un servicio público no comercial (artículo 21.1), caso de:

⁶⁷ Artículo 18.1.c, «Informe de la CDI...», *Anuario CDI 1991*, volumen II, Segunda Parte cit. (nota 38), p. 60.

⁶⁸ Así, para M. BYERS la única práctica estatal que apoya dicha idea está en unos pocos tratados bilaterales de carácter comercial y de inversiones, una práctica pues de escasa entidad. Para este autor, el requisito del que hablo no debería figurar en la Convención («State immunity: article 18 of the International Law Commission's Draft», *The International and Comparative Law Quarterly*, n° 4, 1995, pp. 882-893 (pp. 884, 891).

⁶⁹ *Vid. supra* el párrafo 6 de este Estudio.

⁷⁰ STC 292/1994 de 27 de octubre, *BOE* de 29 de noviembre de 1994.

⁷¹ F.J. CARRERA HERNÁNDEZ: «La inmunidad de ejecución...» cit. (nota 65), pp. 724-725.

⁷² De acuerdo con la formulación amplia del artículo 19.c, no cabe descartar la existencia de otros bienes, distintos de los relacionados en el artículo 21, que un Estado utilice o destine a servicios públicos no comerciales. En este mismo sentido, M. HERZ: «La nueva Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes. Su compatibilidad con el régimen argentino», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 10 (2005), pp. 1-21 (p. 13, nota 45).

- Los bienes, incluidas las cuentas bancarias, utilizados o destinados al desempeño de las misiones diplomáticas y oficinas consulares del Estado, misiones especiales, misiones y delegaciones ante Organizaciones y Conferencias internacionales.
- Los bienes de carácter militar o los que se utilicen o destinen para el desempeño de funciones militares.
- Los bienes del Banco Central o de otra autoridad monetaria del Estado; 4) los bienes.
- Los bienes del patrimonio cultural y de los archivos, así como los que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico (a menos que, en uno u otro caso, se hayan puesto en venta o estén destinados a serlo).

Repárese en que en la disposición mencionada cita expresamente el tema de las cuentas corrientes de embajadas o consulados en cuanto bienes susceptibles de poder ser objeto de medidas de ejecución forzosa. El hecho de que sean, en no pocos supuestos, los únicos bienes del Estado extranjero disponibles en el Estado del foro explica que los particulares que han obtenido una sentencia a su favor traten de que la ejecución de la misma se lleve a cabo con ellos. El artículo 21 de la Convención, si se lee con cuidado, no establece la inembargabilidad sistemática de dichos activos y punto; en su texto lo que se dice es que no pueden ser objeto de medidas de ejecución las cuentas bancarias «que sean utilizadas o estén destinadas a ser utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática o de sus oficinas consulares...», *ergo* si una cuenta bancaria de una embajada o un consulado, o parte de la misma, se destina a actividades que no tienen que ver con esas funciones sí podría ser ejecutada. De algún modo, por tanto, la Convención permite, en una interpretación razonable de su artículo 21, medidas coercitivas también respecto de esas cuentas corrientes o respecto de parte de las mismas, lo cual la hace más flexible, a mi entender, que lo que la práctica jurisprudencial revela, incluida la española hasta hoy dominante, que acepta sin matices la inembargabilidad de las cuentas corrientes de embajadas y consulados, en la medida en que presenten un saldo único e indivisible, e incluso defiende «la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática» dado que «suponía una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a la reglas del Derecho Internacional Público»⁷³. En este sentido, nuestra jurisprudencia se enmarca en la línea de la seguida por otros países, como Argentina, Alemania, Austria Bélgica, Francia, Países Bajos o Reino Unido, en las que la carga de la prueba sobre el destino privado o comercial (y por tanto abiertos a la adopción de medidas coercitivas) de los fondos de las cuentas corrientes corresponde al demandante⁷⁴.

18. Práctica reciente ha confirmado que una decisión del Consejo de Seguridad que impone a un Estado determinadas obligaciones, en cuanto medidas coercitivas que el Consejo adopta contra él en aplicación del sistema de seguridad colectiva (capítulo VII de la Carta), no priva a este de invocar el principio de inmunidad de ejecución.

En el marco del *asunto Dumez*, la Cour de Cassation francesa, sentencia de 15 de julio de 1999, y posteriormente, el 20 de febrero de 2002, la Cour d'appel de París, se pronunciaron sobre esta cuestión. En esta última decisión el tribunal llegó a mantener que las sanciones impuestas a Irak con motivo de su invasión de Kuwait por el Consejo de Seguridad impedían a este Estado invocar ante los tribunales galos su inmunidad de ejecución⁷⁵. El 25 de abril de 2006, sin embargo, la Cour de Cassation casó esta última decisión considerando, de una parte, que la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad⁷⁶ ca-

⁷³ Auto TS (Sala de lo Civil) de 13 de junio de 2005 (RJ 2005/7041). *Vid.* también párrafo 5 *supra* del presente Estudio.

⁷⁴ Baste como botón de muestra la decisión de la Cámara de los Lores británica en el *asunto Alcolm Ltd. c. Republic of Colombia* (House of Lords, 12 de abril de 1984, *All ER*, 1984, vol. 2, pp. 6-16), en la que la Cámara consideró que la inmunidad de ejecución opera solo como presunción *iuris tantum*, que la parte interesada puede levantar si demuestra que el Estado extranjero ha asignado determinadas cantidades de la misma para actividades de gestión o comercial (...). Para jurisprudencia de otros países de nuestro entorno, *vid. ad ex.* J. FERRER LLORET: «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004...» cit. (nota 30), pp. 26-27.

⁷⁵ «En enjoignant à l'Irak d'exécuter ses obligations, a, à titre punitif, affecté substantiellement la souveraineté de cet Etat en le privant de la possibilité d'invoquer le bénéfice d'une immunité d'exécution»

⁷⁶ Sobre el alcance de esta resolución del Consejo a la que, parodiando las palabras de Sadam Hussein de que un ataque de la Coalición de Estados amigos de Kuwait abriría «la Madre de todas las guerras», se la calificó de «La madre de todas las

recía de efecto directo en Derecho francés y, de otra, que no podía deducirse de los términos de la misma que el Estado de Irak hubiese perdido su derecho a prevalerse de las inmunidades, de jurisdicción y de ejecución, que el Derecho internacional consuetudinario reconoce⁷⁷.

19. Aunque no en la misma medida que en el caso de la jurisdicción, la Convención de Naciones Unidas ha aceptado la tesis de una inmunidad de ejecución restringida. Y ha conseguido así, a juicio de algún autor, un claro «éxito»⁷⁸, al encontrar el medio para lograr una solución generalmente aceptable que prevé excepciones a la antes omnimoda y absoluta inmunidad de ejecución de los Estados.

En particular, considero personalmente que de consolidarse una interpretación razonable del artículo 21 de la Convención (2005), por lo que a las cuentas corrientes de misiones diplomáticas y consulares se refiere, se habrá dado un paso ciertamente positivo.

4. Disposiciones procesales sobre la inmunidad del Estado

20. La Convención dedica su quinta parte a la regulación de determinados aspectos procesales relativos a la inmunidad de los Estados.

21. El artículo 22 determina las condiciones en las que habrá de notificarse la demanda en el proceso que se incoe contra un Estado extranjero, así como cuando debe entenderse recibida y los documentos que la acompañarán.

El artículo 23 regula la adopción de sentencias en rebeldía contra un Estado extranjero. Una de las condiciones requeridas es que este no se beneficie de la inmunidad de jurisdicción (la otra consiste en que el Estado en cuestión haya sido demandado y la demanda notificada), lo que permite entender por qué se ha afirmado que «un jugement par défaut fondé simplement sur l'absence de l'Etat ne peut donc pas être rendu»⁷⁹. Las sentencias en rebeldía, pues, serán posibles cuando el Estado extranjero haya consentido a la jurisdicción (artículos 7-9 de la Convención) o sea aplicable alguna de las excepciones examinadas a la regla general que consagra la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

Finalmente, en el artículo 24 se protege al Estado extranjero de sanciones por no conformarse al requerimiento que pudiera dirigirle el tribunal de otro Estado para realizar o abstenerse de realizar actos o presentación de documentos, indicándose que «en particular, no se condenará a ninguna multa o pena al Estado que haya incumplido o rehusado tal requerimiento» (párrafo 1). En el párrafo 2, se establece que ningún Estado estará obligado «a prestar caución, fianza o depósito sea cual sea su denominación, para garantizar el pago de las costas o gastos judiciales de cualquier proceso en que sea parte demandada ante el tribunal de otro Estado».

5. Las cláusulas finales

22. Distingamos entre aquellas disposiciones finales relativas a la entrada en vigor de la Convención y otras. Y empezaremos por las primeras.

23. La Convención determina que su entrada en vigor requiere la prestación del consentimiento de 30 Estados (artículo 30.1). Alguno de quienes estuvieron implicados en la fase final de, y decisiva para, su adopción, han comentado al respecto que este número «est assez restraint (...) pour assurer une entrée en vigueur relativement rapide»⁸⁰.

resoluciones» (dictadas por el Consejo contra Irak), *vid. ad ex.* C. GUTIÉRREZ ESPADA Y E. SILVELA DÍAZ-CRIADO, *El conflicto de Irak I*, Madrid, Ministerio de Defensa e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos «Francisco de Vitoria» de la Universidad Carlos III de Madrid, 2006, pp. 63-71.

⁷⁷ *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 110, nº 4, 2006, pp. 950-958 (con nota de J.D. SARCELET y presentación de F. POIRAT).

⁷⁸ G. HAFNER Y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies...» cit. (*supra* nota 40), p. 71.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 72.

⁸⁰ G. HAFNER Y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies...» cit. (nota 40), p. 73.

Sí y no. Sí se trata de un número no demasiado elevado que en teorías hubiera permitido una pronta entrada en vigor, pero no ha sido así. A primeros de agosto de 2011 son 11 los Estados que han prestado su consentimiento, bien es verdad que parece detectarse un cierto impulso en este sentido en los dos últimos años (3 Estados se vincularon a la Convención en 2010 y, de momento, 1 en el 2011)⁸¹.

En vigor o no, no puede, en mi opinión, negarse ya que la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se adoptó con la ambición de constituir el fundamento del régimen jurídico-internacional universal de las inmunidades del Estado⁸², y constituye la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Público vigente en este tema⁸³. Item más, aun sin haber entrado en vigor este tratado internacional se ha convertido en el marco jurídico internacional de referencia en materia de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados, de lo que da fe su cita constante por las más altas instancias judiciales tanto internacionales como internas⁸⁴.

24. Cuatro puntos me parece de interés abordar respecto de las otras cláusulas finales. Su artículo 25 explicita que «el anexo de la presente Convención constituye parte integrante de ella». Anexo que incorpora el ya varias veces citado «Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención». La interpretación que en dicho texto se hace de alguno de los artículos se consideró esencial por los Estados que participaron en su elaboración. De hecho, el Comité Especial que creara la Asamblea General y que culminó el texto de la Convención, dejó claro, si no en el texto mismo de su Informe sí en palabras de su mismo Presidente, que la Convención solo era aceptable con la condición de que los puntos convenidos a propósito de algunas de sus disposiciones se aceptasen⁸⁵.

El artículo 26 de la Convención nos hace saber en su carácter subsidiario respecto de otros tratados internacionales en vigor y que hayan suscrito sus Estados parte sobre esta materia. Sorprende un poco la generosidad de la cláusula, pues dada su redacción el intérprete puede llegar a la conclusión de que en caso de conflicto entre las disposiciones de la Convención y cualquier otra de un tratado internacional vigente entre las partes, se refiera en general o no a las inmunidades jurisdiccionales (por ejemplo, un tratado sobre Derecho del mar con cláusulas reguladoras de la inmunidad...), éste último debe prevalecer⁸⁶. Por ejemplo, en las relaciones entre dos Estados que son partes, ambos, tanto en el Convenio Europeo (1972) como en la Convención de Naciones Unidas (2005), aquél debe aplicarse.

La Convención incluye un procedimiento para la solución de las controversias sobre la interpretación y/o aplicación de la misma (artículo 27). No es, desde luego, el mejor de los posibles. Negociación que, si no permite resolver el problema en un plazo de seis meses, permite a cualquiera de las partes en él la solicitud de un arbitraje y, si en el plazo de seis meses no consiguen organizarlo, cualquiera de ellas puede presentar el caso ante la Corte Internacional de Justicia. Hasta aquí perfecto, de no ser porque la Convención incluye la posibilidad de todo Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella, pueda declarar no sentirse obligado por la disposición n sobre el arbitraje y la CIJ. De los 11 Estados que hasta el momento han prestado su consentimiento, dos (Arabia Saudita y la República Islámica de Irán) han hecho uso, con matices en sus respectivas declaraciones, de esta que podemos llamar reserva permitida.

Finalmente, la Convención, que pretende llevar a cabo la codificación y el desarrollo progresivo de un tema dado, incluye en sus cláusulas finales dos decisiones que no parecen razonables en un tratado de su naturaleza y que se explican probablemente por el deseo de facilitar a los Estados su

⁸¹ Austria, Noruega y Portugal (2006), Rumania (2007), República Islámica de Irán y Líbano (2008), Suecia (2009), Kazkhstan, Suiza y Arabia Saudita (2010) y Japón (2011) (...). España como sabemos puede ser el próximo habiendo sido autorizado ya el Gobierno a adherir a nuestro país a la Convención tanto por el Congreso como por el Senado (marzo y abril de 2011).

⁸² G. HAFNER Y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies...» cit, p. 76.

⁸³ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Sistema de DIP* cit. (nota 18), p. 87.

⁸⁴ M. GÓMEZ JENE: «Inmunidad y transacciones mercantiles...» cit. (nota 50), p. 156 (párrafo 1).

⁸⁵ Dice el Informe: «Entre los asuntos examinados cabe mencionar la relación entre el proyecto de artículos y el entendimiento...» (Informe del Comité Especial..., A/59/22 cit. [*supra* nota 46], p. 4, párrafo 9). El Sr. GERHARD HAFNER, su Presidente, lo ha explicado con más claridad: «Dans le comité, il fut établi très clairement que le texte des articles n'était acceptable que sous condition de l'acceptation de ces points» (G. HERNER Y L. LANGE: «La Convention des Nations Unies...» cit. [nota 40], p. 50).

⁸⁶ Dice así el artículo 26 (Otros acuerdos internacionales): «Lo dispuesto en la presente Convención se entenderá sin perjuicio de los derechos y deberes enunciados en los acuerdos internacionales vigentes suscritos por Estados Partes, relacionados con cuestiones a que se refiere la presente Convención».

aceptación, de que su entrada en vigor se produzca cuanto antes y de que la misma pueda alcanzar al mayor número posible de Estados vinculados por sus disposiciones: así, su artículo 31 permita la posibilidad de que los Estados partes puedan denunciarla o retirarse; y de otra, la Convención no contiene disposición alguna sobre las reservas, más allá de las declaraciones que los Estados pueden llevar a cabo excluyendo la jurisdicción del arbitraje y de la CIJ (artículo 27.4). De este modo, se ha aceptado el juego, no siempre ejemplar, de las reglas que regulan las reservas (artículos 19 y ss. del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969)⁸⁷; hasta el momento, solo 2 de los 11 Estados que han prestado su consentimiento a la Convención lo han hecho con reservas, y en los dos casos (Arabia Saudita y la República Islámica de Irán) no se trata de reservas en sentido propio, al estar previstas en la propia Convención.

6. Ámbitos excluidos de la Convención

25. El artículo 3 de la Convención excluye de su campo de aplicación las inmunidades de las misiones diplomáticas y consulares y su personal (párrafo 1), los privilegios e inmunidades *ratione personae* de los Jefes de Estado (párrafo 2) y las inmunidades de las aeronaves y objetos espaciales propiedad de un Estado u operados por él (párrafo 3). Dicho de otro modo, la Convención ha querido no aplicarse en todo caso en el que juegue otro régimen de inmunidad. Si recordamos el artículo 26 de la misma antes comentado, la Convención se declara subsidiaria respecto de cualquier otro tratado internacional «relacionado con cuestiones a que se refiere la presente Convención».

Respecto del párrafo 1, la Comisión de Derecho Internacional aclaró en sus comentarios que las inmunidades excluidas de la Convención son las que se encuentran recogidas en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (1961), sobre relaciones consulares (1963), la Convención sobre misiones especiales (1969), la Convención sobre la prevención y represión de las infracciones cometidas contra las personas que gozan de protección especial, incluidos los agentes diplomáticos (1973), y la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (1975)⁸⁸.

En relación con el párrafo 2, es de interés comentar que aunque literalmente en él solo se alude a los Jefes de Estado y no a otros representantes del Estado, el Presidente del Comité Especial que nombró la Asamblea General para concluir los trabajos preparatorios, el Sr. HAFNER ya mencionado, aclaró que ello no quería decir que las inmunidades de esos otros representantes sí debían considerarse incluidas en la Convención⁸⁹.

26. La Convención no se refiere a las actuaciones penales. Tal fue el entendido al que llegó el grupo de trabajo luego convertido en Comité Especial y así se hace constar en el Informe final de este a la Sexta Comisión⁹⁰. La resolución de la Asamblea General que aprueba la Convención e invita a los Estados a hacerse parte de ella declaró expresamente:

«su acuerdo con la interpretación general a que se llegó en el Comité Especial en el sentido de que la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes no comprende las actuaciones penales»⁹¹

Según el Presidente del Comité Especial, esta resolución forma parte del contexto de la Convención de las Naciones Unidas de conformidad con la regla general de interpretación de los tratados

⁸⁷ Sobre las mismas y las consecuencias que su aplicación pueden generar respecto de los tratados *vid. ad ex.* C. GUTIÉRREZ ESPADA Y M^a.J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la Encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Trotta, 2008 (2^a edición), pp. 151-160.

⁸⁸ «Informe de la CDI...», Anuario CDI 1991, vol. II, Segunda Parte cit. (nota 38), p. 22 (comentario 2 al artículo 3 de su Proyecto).

⁸⁹ Sexta Comisión, Acta de la 13^a sesión (A/C.6/59/SR. 13, 25 octubre 2004, párrafo 36).

⁹⁰ «Informe del Comité Especial...» (A/59/22) cit. (nota 46), p.3 (párrafo 11).

⁹¹ A/RES/59/38, de 2 de diciembre de 2004, párrafo 2 de la parte preambular.

codificada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969⁹². En mi opinión, y a la luz del artículo 32.2.b de la Convención de Viena dicha afirmación es correcta⁹³.

27. La inmunidad de jurisdicción y ejecución en el caso de las actividades militares quedó fuera de la Convención. Ya los comentarios al artículo 12 del Proyecto de la CDI, que regula uno de los procesos en los que la inmunidad de jurisdicción no puede ser invocada, se determina que su texto no se aplica a las situaciones de conflicto armado. Además, podría añadirse que durante la presentación a la Sexta Comisión del Informe del Comité Especial que intervino en la fase final de los trabajos⁹⁴, su Presidente, el Sr. HAFNER, dejó claro que en las negociaciones todos estaban en el entendido de que el temas de las inmunidades en caso de actividades militares no formaban parte del objeto de la Convención, refiriéndose en concreto a la cláusula de salvaguarda contenida en el párrafo quinto del Preámbulo de la misma («las normas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente Convención»)⁹⁵.

De los 11 Estados que han prestado su consentimiento a la Convención, Noruega, Suecia y Suiza han declarado expresamente que «La Convención no se aplica a las actividades militares»⁹⁶.

IV. ¿Qué supone pues para nuestro Derecho nuestra incorporación a este Tratado?

28. La Convención de Naciones Unidas no ha entrado en vigor aún, pero la mayoría de sus disposiciones codifican normas de Derecho internacional consuetudinario que a tal efecto pueden ser alegada y aplicadas por nuestros tribunales y demás órganos del Estado.

29. En cuanto al fondo del tema, la incorporación de la Convención a nuestro Derecho no parece forzar a que la interpretación que nuestra jurisprudencia ha venido haciendo hasta ahora sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros deba ser alterada sustancialmente. Nuestros tribunales vienen aplicando ya, como muchos otros Estados, la tesis de la inmunidad de jurisdicción restrictiva.

En lo que a la inmunidad de ejecución se refiere, nuestro país, con reglas que difieren de las de la Convención en aspectos como la posible adopción de medidas coercitivas contra bienes de Estados extranjeros antes del fallo (lo que en el artículo 18 de la misma no se permite) o como respecto de la no exigencia de que exista un nexo entre los bienes objeto de las medidas coercitivas y la entidad contra la que el proceso se ha incoado (como establece el artículo 19 de aquella), deberá decidir si presta su consentimiento con declaraciones (caso, quizás del artículo 18, como por lo demás ha hecho Noruega, uno de los 11 Estados que han prestado su consentimiento a la Convención)⁹⁷ o reservas (supuesto del artículo 19), lo cual, sí, puede plantear problemas en las relaciones con otros Estados partes que consideraron vital esas disposiciones⁹⁸, o, por el contrario, asumir los planteamientos de la Convención (...).

30. Queda pendiente la cuestión de si con la «entrada» de la Convención de Naciones Unidas en el Derecho español, sigue vigente la necesidad o la conveniencia de adoptar una legislación nacional específica, como en otros países se ha hecho, de este tema. No creo que entorpezca nada el hacerlo así, pues su elaboración nos dará tiempo y reflexión para fijar nuestra postura definitiva sobre ciertas cuestiones,

⁹² G. HAFNER Y L. LANGE, «La Convention des Nations Unies...» cit. (nota 40), p. 75.

⁹³ Sobre el contexto de un tratado y su papel en la interpretación del mismo *vid. ad. ex. C. GUTIÉRREZ ESPADA Y M^a.J. CERVELL HORTAL, El Derecho Internacional en la encrucijada... cit. (nota 87), pp. 187-188.*

⁹⁴ «Informe del Comité Especial...», A/59/22 cit.

⁹⁵ Sexta Comisión, Acta de la 13^a sesión (A/C.6/59/Sr.13), p. 6 (párrafo 36)

⁹⁶ <http://treaties.un.org>.

⁹⁷ «(...) Además, cuando queda establecido que los bienes de un Estado se utilizan en particular o están destinados a serlo por este Estado para fines distintos de los de los fines no comerciales de carácter público y se encuentran en el territorio del Estado del foro, Noruega entiende que el artículo 18 no impide que se tomen antes del fallo medidas coercitivas contra los bienes de la entidad que es objeto del proceso» (13. Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, Declaraciones y reservas, declaración de Noruega, <http://treaties.un.org>).

⁹⁸ *Vid. J. FERRER LORET: «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004...» cit. (nota 30), pp. 54-56.*

entre ellas las del eventual establecimiento de un Fondo para cubrir las indemnizaciones a los particulares cuando no se encuentren bienes de un Estado extranjero que escapen a la inmunidad de ejecución.

V. A modo de conclusión: la Convención, en todo caso, no resuelve ciertas cuestiones actualmente claves en el tema de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados⁹⁹

31. Uno de los ejemplos más representativos de la tendencia que en el mundo moderno ha aparecido de cuestionar el poder absoluto del Estado es el de la reconfiguración de la figura de la inmunidad de los Estados. Así, de una inmunidad absoluta de jurisdicción se ha pasado a la inmunidad de jurisdicción (y de ejecución) relativa tan solo.

Pero hay algo más. Incluso en los supuestos de inmunidad de jurisdicción del Estado en aplicación de la tesis restrictiva, ha aparecido con fuerza la idea de la necesidad de que los Estados puedan ser juzgados (y condenados) por un tribunal de otro cuando las actividades de imperio o no comerciales realizadas por él hubiesen supuesto la vulneración de ciertas normas particularmente relevantes del Derecho Internacional, las normas imperativas o de *ius cogens*¹⁰⁰.

32. Si las normas imperativas son de rango superior y sólo pueden ceder ante otras posteriores del mismo carácter, ¿sería consecuente afirmar que la inmunidad soberana habría encontrado un límite en ellas? *A priori*, la única respuesta lógica debiera ser la afirmativa y, sin embargo, los tribunales no siempre lo han defendido, como lo prueban algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*asunto Lechouritou*)¹⁰¹ y, sobre todo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto Al Adsani*¹⁰², en el que, pese a reconocer el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura entendió (por 9 votos contra 8) que no apreciaba:

⁹⁹ Agradezco a la profesora MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL que me haya proporcionado, de cara a la redacción de este último apartado, un ejemplar del *Proyecto Investigador y docente* que presentó en el concurso de acceso a la plaza de Profesor Titular 8/2011, del área de conocimiento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales convocado por la Resolución del Rectorado de la Universidad de Murcia R-5/2011 de 10 de enero de 2011 (BOE de 21 de enero de 2011) y que ganó brillantemente. Las páginas 57 y ss. del mismo me han sido de particular utilidad a estos efectos.

¹⁰⁰ Al respecto, J.F. FLAUS, «Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme» *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 10, n° 3, 2000, pp. 299-324; L.M. KAPLAN, «State immunity, human rights and ius cogens: A critique of the normative hierarchy theory», *American Journal of International Law*, 2003, pp. 741-781; K.R. THOMAS Y J. SMALL, «Human rights and State immunity: Is there immunity from civil liability for torture», *Netherlands International Law Review*, 2003, pp. 1-30; F. POIRAT, «Les immunités des sujets du Droit International (États wet organisations internationales)», Verhoeven, J. (Dir.), *Le Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, París-Bruselas, LGDP-Lercier, 2004, pp. 11-60 (pp. 51-60); C. ESPÓSITO MASSICCI, *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007; C. FOCARELLI: «Immunité des états et jus cogens. La dynamique du Droit International et la fonction du jus cogens dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangers», *Révue Générale de Droit International Public*, vol. 112, n° 4, 2008, pp. 761-795; J. FINKE: «Sovereign immunity: rule, comity or something else?» cit. (nota 61), pp. 853-881 (pp. 853-857, 861 ss., 866 ss., 880-881).

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de febrero de 2007, C-292/05. Al respecto, M. REQUEJO ISIDRO: «Las instituciones comunitarias ante las reclamaciones civiles por violaciones graves de derechos humanos frente al Estado», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, n° 1, 2007, pp. 153-174 (155 y ss.) y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: «Inmunidades jurisdiccionales de los Estados, normas comunitarias y derechos humanos», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. XI/XII, 2007/2008, pp. 27-54.

¹⁰² *Asunto Al-Adsani v. UK*, 21 de noviembre de 2001 (n° 35763/97, 2001-XII). El Sr. Al-Adsani, con doble nacionalidad británico y kuwaití, sufrió en Kuwait una serie de torturas que denunció a su vuelta al Reino Unido ante los tribunales de este país, demandando al Gobierno kuwaití para obtener una indemnización por daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, la inmunidad que se reconoció a este Estado le impidió resarcirse de manera adecuada (la ley británica exceptuaba la inmunidad de jurisdicción sólo en casos de indemnización por muerte o lesiones si los hechos se habían producido en el Reino Unido). La sentencia contó con las opiniones disidentes de varios jueces. Sobre la misma, A. SÁNCHEZ LEGIDO: «Ius cogens, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, n° 1 y 2, 2001, pp. 313-330; H. TIGROUDJA: «La Cour européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles d'États: observations sous les arrêts McEhinney, Fogarty et Al-Adsani contr Royaume-Uni de 21 novembre 2001», *Révue Belge de Droit International*, vol. 34, n° 2, 2001, pp. 526-548; V. BOU FRANCH: «Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de ius cogens: el asunto Al-Adsani contra Reino Unido», *ADI*, vol. 18, 2002, pp. 279-303 y E. BATES: «The Al-Adasni case, state immunity and the International Legal Prohibition on Torture», *Human Rights Law Review*, vol. 2, n° 2, 2003, pp. 193-224.

«en los instrumentos internacionales, las decisiones judiciales o los otros documentos en su poder ningún elemento sólido que le permita sostener que en materia de Derecho Internacional un Estado ya no goza de inmunidad frente a una acción civil ante los jueces y tribunales de otro Estado ante los que se formulen alegaciones de tortura»¹⁰³.

La práctica de los Estados no ha hecho sino aumentar la confusión en torno a la cuestión. Así, en Estados Unidos, venciendo las reticencias de los primeros años y a la luz de ciertas decisiones de sus tribunales, se modificó en 1996 su legislación de 1976 sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros para introducir una nueva excepción a la inmunidad en casos de daños o muertes causadas por torturas o actos de terrorismo¹⁰⁴, mientras que Europa, más reticente en un principio, le ha empezado a imitar¹⁰⁵. En 2000 y 2004 dos procedimientos contra Alemania terminaron dando la razón a los demandantes en el *asunto Distomo*¹⁰⁶ ante los tribunales griegos y en el *asunto Ferrini* ante los italianos¹⁰⁷. En concreto, en este último la Corte Suprema italiana entendió que no cabía defender la inmunidad de un Estado extranjero por actos constitutivos de crímenes de guerra, alegando que si la responsabilidad penal del individuo que comete crímenes internacionales es una excepción a la norma que le otorga inmunidad, lo mismo debiera aplicarse para el Estado¹⁰⁸. El efecto extraterritorial de esta sentencia no se ha dejado sentir, sin embargo, en asuntos similares. Así, en Francia se reconocía la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante demandas de particulares por comisión de crímenes de guerra durante la Segunda Guerra Mundial, en las que se dejaba abierta a la víctima, sin embargo, la posibilidad de acudir a los tribunales alemanes¹⁰⁹, y Canadá¹¹⁰, Reino Unido¹¹¹ y Nueva Zelanda¹¹² llegaban a conclusiones similares en diferentes decisiones.

¹⁰³ Párrafo 61 de la sentencia.

¹⁰⁴ *Vid. ad ex.* F. POIRAT: «Les immunités des sujets du Droit International...» cit. (nota 100), pp. 55-57.

¹⁰⁵ Al respecto, *vid.* A. SÁNCHEZ LEGIDO: «Ius cogens, inmunidad...» cit. (nota 102), pp. 325-326 y J. FERRER LLORET, «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, nº 1, 2007, pp. 29-63 (pp. 44 y ss.)

¹⁰⁶ Un resumen de las mismas ofrecen I. BANTEKAS, *American Journal of International Law*, 1998, pp. 765-768 (sentencia de primera instancia de 30 de octubre de 2004) y M. GAVOUNELI, *American Journal of International Law*, 2001, pp. 198-204 (sentencia del TS de 4 de mayo de 2000). Respecto del asunto Distomo, los demandantes solicitaban una indemnización por la masacre causada por las tropas alemanas en la población griega de la que toma el nombre (Distomo). En 1997, el Tribunal de Leivadia les dio la razón (*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, 137/1997). El TS griego confirmó la sentencia en mayo de 2000. El Ministro de Asuntos Exteriores griego negó la aprobación necesaria para ejecutar la sentencia contra un estado extranjero (tal y como exige la normativa griega). El caso no corrió mejor suerte ante el TEDH (app. Nº 59021/00, *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, 12 diciembre 2002 y también el Tribunal Supremo alemán rechazó la ejecución de la sentencia en Alemania (lo que en 2006 confirmaría el Tribunal Constitucional alemán). Cuando surgió el asunto Ferrini en Italia, los demandantes del asunto Distomo iniciaron un procedimiento en Italia para ejecutar la sentencia griega contra Alemania desde allí y el tribunal les dio la razón (*Corte di Cassazione*, 14199, 29 May 2008).

¹⁰⁷ Sentencia del TS de 11 de mayo de 2004, disponible en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2004, pp. 539-551. El demandante solicitaba una indemnización contra Alemania por los daños sufridos cuando en 1944 fue capturado por las tropas alemanas y en Italia y deportado a ese país donde fue sometido a trabajos forzados.

¹⁰⁸ Sobre el asunto, C. FOCARELLI: «Denying foreign state immunity for commission of international crimes: the Ferrini decision», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 951-958.

¹⁰⁹ X. C. État allemand, Sentencia de la Corte de Apelación de París, 9 de septiembre de 2002 (disponible en *Annuaire Français de Droit International*, vol. XLIX, 2003, p. 724); también Bucheron c. RFA, sentencia de 16 de diciembre de 2003, Cass. Civ. 1^a, *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 108, nº 1, 2004, pp. 259-262 (con nota de F. POIRAT) y Cour de Cassation, 1^o Cámara Civil, Giménez Expósito c. RFA, sentencia de 2 de junio de 2004 (que confirma sentencia de 29 de enero de 2003 de la Cour d' appel de Montpellier), *Révue Critique de Droit International Privé*, nº 1, enero-marzo 2005, pp. 75-89 (nota de H. MUIR WATT).

¹¹⁰ Asuntos Bouzari v. Iran (sentencia del TSJ de Ontario de 1 de mayo de 2002; véase *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XLII, 2004, pp. 607-713) y Arara v. Jordan (Sentencia del TSJ de Ontario de 28 de febrero de 2005).

¹¹¹ Asunto Jones v. Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Sudiya (Sentencia de la Corte de Apelación de Inglaterra de 28 de octubre de 2004 (en *British Yearbook of International Law*, vol. LXXV, 2004, pp. 489-504); examinado de nuevo el caso por la Cámara de los Lores, en su decisión de 14 de junio de 2006, la Cámara consideró que la decisión alcanzada en el asunto Piunochet era válida para procesos penales basados en el Convenio sobre la tortura, pero que el Derecho Internacional no obligaba al Estado a reconocer una excepción al principio de inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros en el caso de peticiones de indemnización civil aun en caso de tortura (*House of Lords, session 2005-06 [2006] UKHL 26, on appeal from [2004] EWCA Civ 1394, Opinions of the Lords of appeal for judgement in the cause, Hearing dates: 24, 25, 26 and 27 April 2006, on Wednesday 14 June 2006, pp. 12-17 (párrafos 19-28) y pp. 18 ss. (párrafos 29 ss.)*) (sobre la Opinión de los Lores puede consultarse también en *American Journal of International Law*, vol. 100, nº 4, 2006, pp. 901-907)

¹¹² Asunto Sam Fang and others v. Zemin Jiang and others, Sentencia de la High Court de Nueva Zelanda, de 21 de diciembre de 2006.

En definitiva, la inmunidad de jurisdicción permanece, pese a los avances que la defensa de la dignidad del ser humano ha logrado en otras esferas del Derecho internacional. A la vista de la jurisprudencia que emana de diferentes tribunales nacionales, resulta difícil concluir que la inmunidad de jurisdicción debe en virtud del Derecho Internacional vigente retroceder ante las violaciones graves de Derechos humanos. La CEDH, en *asunto Kalogeropoulos y otros*, en el que los afectados en el caso Dístomo y ante el reconocimiento por los tribunales griegos de la inmunidad de ejecución del Estado alemán demandan a Grecia y a Alemania, ha puesto probablemente el dedo en la lleva sobre el estado del tema en la actualidad:

«el Tribunal no considera establecido que esté ya admitido en Derecho Internacional que los Estados no puedan pretender gozar de inmunidad en caso de acciones civiles por daños--intereses por crímenes contra la humanidad que se presentan en el territorio de otro Estado (...) lo que no excluye un desarrollo del Derecho Internacional consuetudinario en el futuro»¹¹³.

Mientras, continúan las propuestas para vencer este tipo de escollos: la creación de una Corte Internacional de Derechos Humanos en la que no jugaría la inmunidad de jurisdicción del Estado, la aprobación de un protocolo a la Convención de Naciones Unidas (2005) en el que en caso de violaciones graves de los derechos fundamentales del ser humano se previese una excepción a la inmunidad estatal¹¹⁴ o la de un Protocolo, en el caso de los Estados europeos, al Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)¹¹⁵, pero son todas propuestas de *lege ferenda* cuya arribada a buen puerto no tendrá lugar (si es que se da) precisamente hoy.

A buen seguro, antes de que eso ocurra la Corte Internacional de Justicia arrojará un poco de luz sobre la cuestión. El 23 de diciembre de 2008 Alemania demandaba a Italia por violaciones reiteradas de su inmunidad jurisdiccional, mencionando expresamente la sentencia Ferrini de 2004 e, indirectamente, la sentencia Distomo¹¹⁶. El caso, de momento, ya ha empezado a mostrar su complejidad y después de que la Corte rechazara la contrarréplica de Italia por la que esta pretendía que ésta declarase la existencia de un deber de reparación para las víctimas de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad llevados a cabo por el III Reich y la violación por Alemania de su obligación de reparar a las víctimas¹¹⁷, Grecia solicitaba intervenir en el procedimiento¹¹⁸.

Determinar si la soberanía de un Estado está sometida a excepciones será el reto principal de la Corte. ¿Están los Estados dispuestos a aceptarlas?, ¿se confirmará que el *ius cogens* es una de ellas? La sentencia podría poner fin a la confusión y diversidad de pronunciamientos que, como ya he señalado, priman en los tribunales nacionales, pero la Corte no lo tiene fácil. Aceptar la inmunidad de los Estados sería socavar la jurisprudencia previa que sobre el *ius cogens* como norma suprema ella misma ha contribuido a perfilar, mientras que no hacerlo supondría acaso un peligroso precedente. ¿Cuántos procedimientos se animarían algunos afectados a iniciar de ser así? Los Estados ya han demostrado ser bastante reacios a las intrusiones en su soberanía, sobre todo si discurren ante tribunales de otros Estados, y no sólo cuando se trata de cuestiones relacionadas con la inmunidad estatal: las trabas al ejercicio del principio de jurisdicción universal en el caso de particulares acusados de crímenes internacionales son un buen ejemplo, que en España han sido además una de las causas principales para la modificación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero también

¹¹³ Decisión de Admisibilidad, de 12 de diciembre de 2002, en *el asunto Kalogeropoulos y otros c. Grecia y Alemania*.

¹¹⁴ C. ESPÓSITO MASSICCI, *Inmunidad del Estado y derechos humanos* cit. (nota 100), pp. 262, 263.

¹¹⁵ BOE de 10 de octubre de 1979. Al respecto, J. FERRER LLORET, «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves...» cit. (nota 105), p. 59.

¹¹⁶ Y.R. ZENERE, «Inmunidad de jurisdicción en la CIJ: República Federal de Alemania v. República de Italia», RECORDIP, vol 1. (2009) (<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip>); «La relation conflictuelle entre immunité et impunité. Commentaire de l' article du Pr. Dr. Paech, 'Staatenimmunität und Kriegsverbrechen' in Archiv des Völkerrechts par Noémie Coutro-Cieslinski», Université Paris Ouest, Nanterre, La défense, pp. 1-5 (<http://m2bde.u-paris10.fr...>, consulta de 14 de agosto de 2011).

¹¹⁷ Párr. 3 del auto de la CIJ de 6 de julio de 2010, asunto de las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania v. Italia), contrarréplica.

¹¹⁸ Lo hacía el 17 de enero de 2011, alegando un interés jurídico en la causa puesto que en su demanda Alemania hacía mención a sentencias griegas de carácter similar a las italianas, pero precisando que no pretendía convertirse en parte del asunto, sino sólo resolver las dudas que pudieran surgir a la CIJ respecto de los procedimientos abiertos en Grecia.

ha quedado patente con la resistencia de algunos Estados a aceptar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, precisamente de aquellos (de aquel) que más abierto se ha mostrado a aceptar en sus tribunales internos demandas contra Estados cuando la violación de derechos humanos estaba en juego (sí, Estados Unidos). Si la Corte decidiera finalmente negar la inmunidad, un problema técnico-jurídico añadido sería percibido por los internacionalistas, pues dado que su decisión iría contra la doctrina formulada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se plantearía un nuevo caso¹¹⁹ de contradicción de sentencias nacidas de tribunales internacionales diferentes ¿Se arriesgará el Tribunal?

Inquietan desde luego algunas de las afirmaciones que, en su sesión de 2009, el Instituto de Derecho Internacional, reunido en Nápoles para analizar, entre otras, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de los Estados y de sus representantes en caso de crímenes internacionales, efectúa en la resolución aprobada¹²⁰. Dice así el artículo 4 (el dedicado a la inmunidad de los Estados) de la misma:

«En un asunto civil en el que se plantee el crimen internacional cometido por el representante de un Estado, las disposiciones precedentes [referidas a la responsabilidad de esos individuos] no prejuzgan la existencia y las condiciones de aplicación de la inmunidad de jurisdicción que ese Estado puede, dado el caso, invocar ante los tribunales de otro Estado»

33. Nada de todo esto podrá encontrarse en la Convención de las Naciones Unidas. Pese a ser aprobada por la Asamblea General en diciembre de 2004 y abierta a la firma a principios de 2005, en fechas pues en las que los debates anteriormente apuntados estaban en pleno apogeo, quienes la redactaron no quisieron saber nada del tema. Lo cual, si bien se mira, es también una respuesta. Como si dijieran en definitiva, Bastante tenemos nosotros con saber si la naturaleza del acto o su finalidad son quienes deben marcar la senda de la inmunidad y otras cuestiones conexas como para complicarnos la vida con lo del *ius cogens* (...).

Los intentos, que se hicieron, para que la Comisión de Derecho Internacional y luego la Sexta Comisión se pronunciasen sobre el tema fueron inútiles: La Comisión, en la segunda fase de los trabajos preparatorios, creó como se ha indicado un grupo de trabajo bajo la presidencia de GERHARD HAFNER, confiándose la relatoría al Sr. YUSEI YAMADA; el grupo elaboró un informe en el que decidió incluir un apéndice por el que se hacía saber a la Sexta Comisión la existencia de una práctica incipiente que veía en los violación de normas de *ius cogens* por actos de Estado una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción; en él se recogía, por ejemplo, la enmienda en 1996 por los Estados Unidos de América de su *Foreign Sovereign Immunity Act* (1976) para incluir en ella una nueva excepción a la inmunidad de los Estados extranjeros, que se refería a los supuestos en que «se demandan indemnizaciones pecuniarias a un Estado extranjero por daños corporales o muerte causados en un acto de tortura...» o se citaba el asunto PINOCHET ante la Cámara de los Lores británica (...)¹²¹. Pero la Sexta Comisión no lo tuvo en cuenta¹²². Parece razonable entender que entonces (1999) los Estados consideraron que la tendencia de la que se les informaba acerca de la emergencia de una nueva excepción a la inmunidad de los Estados era solo eso entonces, una tendencia (...).

Algunos de los 11 Estados que hasta el momento han prestado su consentimiento a la Convención han declarado expresamente entender que ésta no regula el tema de la relación entre inmunidad de

¹¹⁹ Sobre la cuestión de la «proliferación» de tribunales internacionales y del riesgo de fragmentación del Derecho Internacional, incluidos los casos que ya se han presentado de contradicción jurisprudencial, *vid. ad ex.* C. GUTIÉRREZ ESPADA Y M^a.J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general...* cit. (nota 87), pp. 380-381; T. TREVES, «La Corte Internacional de Justicia: Su relación con otros tribunales internacionales», en A.J. RODRIGO Y C. GARCÍA (Editores), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas (Barcelona, 21-22 de mayo de 2009)*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 243-253.

¹²⁰ Disponible en http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/2009_naples_01_fr.pdf cabe la salvación del Estado. Sí, la soberanía del Estado puede verse acosada, pero se resiste con uñas y dientes a dejar la plaza (...).

¹²¹ «Informe de la CDI (...), anexo: Informe del grupo de trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes», *Anuario de la CDI*, 1999, vol. II, Segunda Parte cit. (nota 44), pp. 158 ss. (pp. 181-182, párrafos 9-12 del Apéndice al Informe del Grupo).

¹²² Convention on jurisdictional immunities of States and their property. Report of the Chairman of the Working Group *Chairman*: Mr. Gerhard Hafner (Austria), doc.: A/C.6/54/L.12, 12 noviembre 1999, pp. 1-10 (p. 7, párrafos 46-48).

jurisdicción y derechos fundamentales y que, por tanto, habrá que estar en su caso a la evolución que el mismo pueda tener en el futuro¹²³.

34. Esperaremos pues. No me atrevo a asegurar que sea así finalmente, pero intuyo al menos que muchos de los que esperan lo hacen para ver pasar el cadáver del enemigo. ¿Qué quien es el «enemigo», me preguntas?, te dejo a ti querido lector, en estos tiempos de mensajes y programas interactivos, la opción de la respuesta.

¹²³ Casos de Noruega («para Noruega, la Convención se entiende sin perjuicio de cualquier hecho nuevo que se produzca en la escena internacional en materia de protección de los derechos humanos»), Suecia («Suecia declara que para ella, la Convención debe entenderse sin perjuicio de cualquier hecho nuevo que se produzca en la escena internacional en materia de protección de los derechos humanos») y Suiza («Suiza considera que el art. 12 no regula la cuestión de las acciones de reparación pecuniaria por violaciones graves de los derechos humanos atribuibles presuntamente a un Estado y cometidas fuera del Estado del foro. En consecuencia, esta convención no prejuzga los desarrollos del Derecho internacional en este ámbito) (<http://treaties.un.org>).

LA PROPOSTA PER LA RIFORMA DEL REGOLAMENTO «BRUXELLES I» E I PROVVEDIMENTI PROVVISORI

FRANCESCO SEATZU

*Professore Straordinario di Diritto Internazionale
Università degli studi di Cagliari*

Recibido: 12.04.2011 / Aceptado: 27.04.2011

Riassunto: La proposta di revisione del regolamento (CE) n. 44/2001 (cd. regolamento «Bruxelles I»), presentata dalla Commissione europea il 14 dicembre 2010, contiene, tra molte cose, alcune importanti novità concernenti la competenza giurisdizionale in materia di provvedimenti provvisori. Secondo quanto esplicitamente previsto nella predetta proposta, le autorità giurisdizionali competenti rispettivamente sul merito della causa e sulle misure provvisorie e protettive devono cooperare tra loro allo scopo di assicurare che tutte le circostanze del caso vengano debitamente prese in esame quando il provvedimento provvisorio o protettivo è adottato. In secondo luogo, si stabilisce la libera circolazione nello spazio giudiziario europeo, sia pure con talune restrizioni, non soltanto per i provvedimenti adottati dalle autorità competenti in via principale ma anche per quelli cd. *ex parte*. Siffatte modifiche vanno interpretate alla luce della decisione dei redattori della proposta di rendere i provvedimenti provvisori e protettivi adottati da autorità giurisdizionali diverse da quelle competenti nel merito della causa principale non eseguibili in un altro Stato membro, così da scongiurare il rischio di *forum shopping*. Il presente scritto offre un esame critico di queste novità previste nella proposta della Commissione europea, soffermandosi altresì su una questione fortemente legata alle precedenti: vale a dire quella concernente il significato e la definizione di «misure provvisorie e protettive» ai fini dell'applicazione del nuovo regolamento.

Parole chiave: giurisdizione in materia civile e commerciale, provvedimenti provvisori e protettivi, diritto all'equo processo, soppressione dell'*exequatur*, provvedimenti *ex parte*.

Abstract: The proposed regulation aimed at amending (EC) regulation no. 44/2001 (hereinafter the «Brussels I regulation»), presented by the Commission on 14th of December 2010, seeks to modify, inter alia, the rules governing the allocation of jurisdiction for provisional and protective measures ordered by a court which does not have jurisdiction on the substance of the matter. According to the proposal, the court where proceedings on the substance are pending and the court that is addressed in relation to provisional measures, should cooperate in order to ensure that all circumstances of the case are taken into account when a provisional measure is granted. The Commission's proposal further provides for the free circulation of those measures that have been granted by a court having jurisdiction on the substance of the case, including —subject to certain conditions— of measures which have been granted *ex parte*. On the background of these revisions lies a decision adopted by the drafters of the proposal: the choice of making provisional measures ordered by a court other than the one having jurisdiction on the substance unenforceable in another Member State, in view of the large divergence of national law on this issue and to avoid the risk of abusive forum-shopping. The article supplies a critical evaluation of the suggested amendments. It also deals with an issue, strictly related to the foregoing: that is the definition and meaning of «provisional and protective measures» under the new Brussels I regulation.

Key words: jurisdiction in civil and commercial matters, provisional measures, right to fair trial, abolition of *exequatur*, *ex parte* measures.

Sommario: I. Premessa. II. Cenni alle principali novità previste nella proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I». III. Le prime reazioni della dottrina nei confronti della disciplina ad hoc sui provvedimenti provvisori e protettivi contenuta nella proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I». IV. (Segue): Osservazioni critiche sui rilievi fatti finora in sede di primi commenti nei confronti della disciplina sui provvedimenti provvisori e protettivi nella proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I». V. Osservazioni finali.

I. Premessa

1. L'articolata e recente proposta di revisione del regolamento n. 44/2001/CE (doc. COM/2010/748 DEF. del 14 dicembre 2010)— facendo seguito al rapporto sull'applicazione del regolamento n. 44/2001 (doc. COM (2009)174 def.)¹ e al libro verde sulla revisione del regolamento stesso (doc. COM (2009) 175 def.)²— presenta, come è già stato puntualmente sottolineato da vari commentatori, una serie di innovazioni alcune delle quali palesemente importanti e altre, spesso soltanto all'apparenza, di semplice dettaglio³. Queste novità possono essere schematicamente riassunte, a fini descrittivi, nella maniera seguente:

- 1) una prima serie di novità concerne l'eliminazione, in linea con altri regolamenti dell'Unione europea nel settore della cooperazione civile, del cosiddetto *exequatur* tra gli Stati membri per tutte le decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale (ivi compresi i provvedimenti provvisori e protettivi);
- 2) un secondo gruppo di innovazioni prevede l'attribuzione della competenza all'autorità giudiziaria del Paese in cui è ubicato il domicilio del consumatore, persino nell'ipotesi in cui il convenuto ha la propria sede in uno Stato terzo;
- 3) ulteriori novità, strettamente correlate a questa appena descritta, riguardano l'inserimento di nuovi titoli giurisdizionali come, ad esempio, il cd. foro del patrimonio (Art. 25) ed il foro di necessità (Art. 26), finalizzati ad operare sussidiariamente - nell'eventualità in cui le disposizioni regolamentari non riconoscano la cognizione delle liti alle autorità giurisdizionali di alcuno Stato membro - allorché il convenuto non sia domiciliato all'interno dello spazio giudiziario europeo;
- 4) altre innovazioni hanno ad oggetto la semplificazione, in linea con la recente Convenzione dell'Aja del 2005 sugli accordi di scelta del foro⁴, delle disposizioni uniformi sulla scelta del foro competente;
- 5) va anche annoverato l'inserimento nel «nuovo» *corpus* regolamentare della materia arbitrale, esplicitamente esclusa dall'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento n. 44⁵;

¹ Sull'applicazione del regolamento «Bruxelles I» nelle giurisdizioni nazionali v. anche il *Report of Regulation Brussels I in the Member States*, elaborato per la Commissione europea dai proff. HEISS, PFEIFFER, SCHLOSSER, http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf

² In argomento v., per tutti, P. DE MIGUEL ASENSIO, «El Libro Verde sobre la revisión del Reglamento Bruselas I», <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2009/04/el-libro-verde-sobre-la-revision-del.html>

³ In argomento si vedano in particolare gli scritti di P. FRANZINA, «La garanzia dell'osservanza delle regole sulla competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del regolamento “Bruxelles I”», in *www.sidi-isil.it, Forum*, p. 1 ss; A. LEANDRO, «La proposta per la riforma del regolamento “Bruxelles I”» e l'arbitrato», *ibidem*, p. 1 ss; F. MARONGIU BUONAIUTI, «Litispendenza e connessione nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001», in *ibidem*, p. 1 ss.

⁴ I testi in lingua inglese e francese della Convenzione dell'Aja del 30 giugno 2005 sulla scelta del foro competente, firmata dall'Unione europea il 1 aprile 2009, sono reperibili all'indirizzo ufficiale della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98. In argomento v. *ex multis* C. KESSEDIAN, «La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for», in *Journal du Droit International*, 2006, p. 813 ss; T. C. HARTLEY, «The Hague Choice-of-Court-Convention», in *European Law Review*, 2006, p. 414.

⁵ In argomento si rimanda alle puntuali osservazioni di A. LEANDRO, «La proposta per la riforma del regolamento “Bruxelles I”» e l'arbitrato», cit. p. 1 ss.

- 6) ancora, deve segnalarsi una proposta di *reformatio* dell'attuale disciplina sulle misure provvisorie e cautelari, ivi incluse quelle protettive, finalizzata, tra le altre cose, al loro riconoscimento e alla circolazione giuridica (vedremo meglio in seguito però con quali limitazioni) nello spazio giudiziario europeo;
- 7) in ultimo, tra le tante novità salienti, non vanno nemmeno trascurate le modifiche alla disciplina regolamentare concernenti gli istituti della connessione e litispendenza, finalizzate a rendere la medesima maggiormente rispondente alle esigenze sorte nella pratica giudiziaria⁶.

2. Il presente scritto si prefigge il duplice obiettivo di descrivere e successivamente valutare criticamente le principali novità della proposta *de qua* aventi ad oggetto i provvedimenti provvisori e protettivi, su cui ci sembra essersi ancora scarsamente appuntata l'attenzione dei primi interpreti. Ciò anche allo scopo di potere, conclusivamente, valutare sia la congruità delle innovazioni introdotte rispetto alle finalità per cui esse sono state previste sia soprattutto la loro eventuale rispondenza alle esigenze di disciplina della materia dei provvedimenti provvisori così come emerse nella prassi (ormai quasi decennale) del regolamento n. 44 che, all'art. 31, dedica all'istituto delle misure provvisorie e protettive un'apposita regolamentazione *ad hoc* nonché così come esse sono state percepite e segnalate dalla dottrina più attenta che si è finora occupata del tema in oggetto .

II. Cenni alle principali novità previste nella proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I»

3. Occorre, a questo punto, procedere ad una descrizione delle principali novità introdotte dalla proposta di revisione. Prima però è opportuno richiamare, sia pure sinteticamente, i tratti più salienti dell'attuale disciplina contenuta nell'art. 31 del regolamento «Bruxelles I». Quest'ultimo (come già l'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968), previsto per fronteggiare le esigenze di tutela provvisoria a carattere urgente, testualmente dispone che: «I provvedimenti provvisori e cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti al giudice di detto Stato anche se, in forza del presente regolamento, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta al giudice di un altro Stato membro».

4. La proposta di revisione, profondamente novellando la normativa appena richiamata, contiene talune innovazioni che, a meri scopi didascalici e secondo un ordine espositivo suggerito dalla loro rilevanza pratica, possono essere utilmente raggruppate nella maniera seguente:

- 1) una prima novità ovvero, come forse sarebbe meglio dire, un primo aspetto caratterizzante la disciplina sui provvedimenti provvisori e protettivi nella nuova proposta di regolamento «Bruxelles I» riguarda l'obbligo di cooperazione tra l'autorità competente ad emanare il provvedimento provvisorio e/o protettivo e l'autorità giurisdizionale («principale») investita della questione di merito. Come è ben spiegato nel considerando n. 31 della proposta *de qua* tale obbligo risponde all'esigenza di garantire un'adeguata considerazione di tutte le circostanze e peculiarità del caso concreto al momento dell'adozione del provvedimento provvisorio;
- 2) un'altro aspetto, strettamente connesso sia alla scelta del legislatore della riforma di abolire l'*exequatur* sia a quella ad essa speculare di assimilare i provvedimenti provvisori alle decisioni giudiziarie, riguarda il principio del mutuo riconoscimento e della libera circolazione di siffatti provvedimenti nello spazio europeo se adottati dall'autorità «principale», nonché, sia pure con talune restrizioni, se adottati da un'altra autorità procedente («measures which have been granted *ex parte*»);

⁶ *Amplius* F. MARONGIU BUONAIUTI, «Litispendenza e connessione nella proposta di revisione», cit., p. 1 ss.

- 3) in ultimo, la proposta di regolamento stabilisce che i provvedimenti *de quibus* adottati da un'autorità giurisdizionale «secondaria» (*rectius*: non competente nel merito) non possono trovare esecuzione in uno Stato diverso da quello originario. Ciò chiaramente allo scopo di scongiurare così il rischio di un *forum shopping*.

III. Le prime reazioni della dottrina nei confronti della disciplina ad hoc sui provvedimenti provvisori e protettivi contenuta nella proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I»

5. ANDREW DICKINSON, intervenendo nel più popolare *blog* dedicato al diritto internazionale privato e processuale, *conflict of laws.net*, ha vivacemente contestato quasi tutte le novità di cui sopra⁷. È importante sottolineare che i rilievi fatti dall'Autore sono stati condivisi sia pure, a seconda dei casi, soltanto parzialmente anche da altri autorevoli commentatori come, ad esempio, JONATHAN HILL e XANDRA KRAMER, parimenti intervenuti nella discussione sulla revisione del regolamento «Bruxelles I» avviata nel sopra richiamato *blog*.

6. Conviene quindi soffermarsi sulle singole censure proposte che, se considerate nella loro globalità, sembrano riassumibili nell'auspicio di un sostanziale *departissement* della nuova disciplina ancora *in fieri* dall'*acquis communautaire* esistente in materia (in particolare dalla nota giurisprudenza *Van Uden* della Corte di giustizia dell'UE)⁸. Una riflessione sulle censure fatte finora sembra anche particolarmente utile allo scopo di valutare l'effettiva congruità della proposta *de qua* rispetto alle sue stesse finalità generali. Seguendo, ancora una volta, un ordine espositivo suggerito dalla rilevanza pratica delle questioni discusse, può ricordarsi il primo rilievo critico di DICKINSON sul cd. «real connecting link» (ovvero il legame territoriale) - ai fini della sussistenza della competenza di un'autorità giurisdizionale diversa da quella investita della questione principale o di merito - per l'adozione di provvedimenti provvisori o protettivi. Sintetizzando in questa sede un ragionamento altrimenti troppo lungo e complesso basti ricordare l'osservazione che, nell'economia dell'argomentazione proposta, risulta maggiormente saliente e cioè, per adoperare ancora le parole di ANDREW DICKINSON: «... if the Member State whose courts have jurisdiction as to the substance of the matter were empowered to discharge, modify or adopt a provisional measure granted by the courts of a Member State having jurisdiction on the basis of Art. 3, the “real connecting link” could be abandoned»⁹. Indubbiamente trattasi di un suggerimento che, se effettivamente accolto nella versione definitiva della proposta di revisione, potrebbe concorrere a garantire - secondo quanto giustamente auspicato, sia pure ad altro proposito, dalla nostra Corte Costituzionale - che ogni situazione giuridica disponga del suo «momento cautelare»¹⁰. Sennonché, così come formulata, la proposta di revisione del regolamento n. 44 suggerita da ANDREW DICKINSON solleva anche alcune importanti perplessità.

7. Prima però di soffermarsi su queste ultime conviene richiamare per chiarezza espositiva le altre censure fatte, sempre dal medesimo Autore (l'unico, a nostra conoscenza, che si è già confrontato con la disciplina regolamentare *in fieri* sui provvedimenti provvisori e protettivi). Procedendo pertanto nella disamina di queste censure giova osservare che un'altra doglianza concerne l'assenza (nel regolamento n. 44/2001) di una definizione autonoma di «misure protettive e provvisorie». Quest'ultima, si sostiene, risulta quanto mai necessaria anche in considerazione dell'eterogeneità dei provvedimenti che, nei vari Paesi membri, sono usualmente ricondotti nell'alveo della categoria delle misure provvisorie

⁷ Cfr. A. DICKINSON, «Comments on the Review of the Brussels I Regulation», sul sito: <http://conflictoflaws.net/2009/brussels-i-review-andrew-dickinson/> e più recentemente ID., «Provisional Measures in the “Brussels I” Review: Disturbing the Status Quo?», in *Journal of Private International Law*, 2010, p. 520 ss.

⁸ In argomento v., per tutti, A. MARCISSE, P. WILDERSPIN, «Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts Van Uden et Mietz», in *Revue critique de droit international privé*, 1999, p. 669 ss.

⁹ *Ibidem*, p. 2.

¹⁰ Corte costituzionale, ordinanza 26 maggio 1998, n. 193, in *Giur. cost.*, 1998, I, p. 1558, così come citata da F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, 3° ed., Padova, 2006, p. 282.

e cautelari. Al riguardo, l'auspicio di Dickinson è l'adozione di una nozione uniforme suscettibile di ricomprendere al proprio interno tutte le misure ed i provvedimenti: «... which are intended to preserve a factual or legal situation so as to safeguard rights the recognition of which is otherwise sought from another court»¹¹, secondo quanto peraltro è stato autorevolmente suggerito anche dalla stessa Corte del Lussemburgo nella celebre pronuncia sul caso *Van Uden*)¹². Assai più interessante è l'osservazione - sulla cui condivisibilità sembra lecito però avanzare qualche riserva¹³ - secondo cui la nozione *de qua* dovrebbe avere soltanto un contenuto «minimo» e comunque non preclusivo di ulteriori inclusioni per gli Stati membri¹⁴. Ancora, censure aggiuntive riguardano la distinzione tra le ipotesi in cui le misure cautelari sono adottate dalle autorità giurisdizionali competenti nel merito e quelle in cui esse sono adottate, invece, da altre autorità giurisdizionali (o persino arbitrali) straniere¹⁵. Siffatta distinzione, sempre a volere richiamare qui le stesse parole dell'Autore, è da ritenersi: «...unhelpful and should be rejected in favour of a test based on the question whether measures are sought in support of proceedings issued or to be issued in that Member State or a non-Member State (Art. 31 should apply) or in support of proceedings in another Member State (Art. 31 restrictions should apply)»¹⁶.

IV. (Segue): Osservazioni critiche sui rilievi fatti finora in sede di primi commenti nei confronti della disciplina sui provvedimenti provvisori e protettivi nella proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I»

8. Conviene adesso procedere ad un vaglio attento e critico di questi rilievi così da fare emergere con maggiore chiarezza il nostro punto di vista rispetto alla disciplina *in fieri* sui provvedimenti provvisori e protettivi.

9. Una prima osservazione, ovvero più esattamente un primo elemento di forte perplessità rispetto a quanto indicato da DICKINSON, può esprimersi con le parole di Francesco Salerno il quale —dopo avere acutamente sottolineato nel suo bel volume dedicato al regolamento n. 44: «che sarebbe contrario al principio dell'effetto utile la presenza nel diritto nazionale del foro esorbitante di criteri di giurisdizione per il rilascio di provvedimenti provvisori o cautelari privi di nesso territoriale»— opportunamente ricorda che: «la ricerca del legame territoriale deve valere per ogni provvedimento provvisorio (anche se naturalmente condizionato dal contenuto del provvedimento cautelare)»¹⁷. Ciò è sicuramente esatto nonostante le (soltanto occasionali) difficoltà di determinazione obiettiva di questo criterio giurisdizionale come ad, esempio, per i beni telematici disponibili su Internet¹⁸ oppure nell'ipotesi in cui un provvedimento cautelare o provvisorio debba essere riconosciuto o eseguito in parte nel territorio dello Stato in cui è stato emesso e in parte all'estero¹⁹. A quest'ultimo proposito, giova sottolineare che nessuna

¹¹ Cfr. A. DICKINSON, «Comments on the Review of the Brussels I Regulation», cit., p. 2.

¹² Sentenza 17 novembre 1998, causa C-391/95 *Van Uden Marittime BV*, in *Raccolta*, 1998, p. I-7131, punto 37. Sulla quale in senso fortemente critico v. H. PALSON, «Interim Relief under the Brussels and Lugano Conventions», in *Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, p. 621 ss.

¹³ V. *infra* par. 4.

¹⁴ Osserva Andrew Dickinson che: «Further elaboration of that definition with respect to particular measures (e.g. interim payments) should be left to Member State courts and the ECJ».

¹⁵ L'inclusione dell'arbitrato nella proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I» fuga infatti qualsiasi eventuale dubbio sulla piena validità ed efficacia dell'insegnamento impartito dalla Corte di giustizia nel noto caso *Van Uden* (punto 151) in cui era stato sostenuto che l'esclusione dell'arbitrato dal regolamento (così come attualmente in vigore) non determina altresì l'estraneità dall'ambito applicativo del regolamento stesso di un'eventuale richiesta di misure provvisorie e/o cautelari in materia civile e commerciale per il semplice fatto dell'esistenza *in casu* di una clausola arbitrale.

¹⁶ Cfr. A. DICKINSON, *op. ult. cit.*, p. 1.

¹⁷ Cfr. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44*, cit., p. 289.

¹⁸ Cfr. F. SALERNO, *op. ult. cit.*, p. 289, il quale rileva che: «Nell'impossibilità di adottare un provvedimento cautelare avente per oggetto il *domain name* situato all'estero, si potrebbe utilizzare il legame territoriale con la sede del provider, anche se è difficile immaginare che il giudice adito in sede cautelare possa circoscrivere nel foro gli effetti della propria decisione».

¹⁹ Cfr. M. PERTEGAS SENDER, «Provisional, including protective, measures», in *Brussels I Regulation*, U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds), München 2007, p. 533.

incertezza può ritenersi sussistente se il provvedimento provvisorio o cautelare deve invece dispiegare i propri effetti integralmente (oppure anche soltanto principalmente) all'estero. E' evidente, infatti, l'impossibilità di sostenere in siffatte evenienze la sussistenza di un legame territoriale con il Paese in cui è localizzata l'autorità competente a decidere nel merito della causa²⁰.

10. La seconda perplessità riguarda il sistema, per così dire, di «checks and balances» a cui ANDREW DICKINSON pensa per «compensare» la da lui auspicata omessa indicazione del «real connecting link» nel testo definitivo della proposta di revisione, vale a dire la possibilità per l'autorità giurisdizionale competente nel merito di modificare o, se del caso, anche revocare i provvedimenti urgenti adottati da un'altra autorità straniera. Sennonché, a nostro parere, in questa maniera si renderebbe possibile e anzi persino agevole una lesione della sovranità statale in campo giudiziario²¹. E' per noi chiaro che siffatto *periculum* non sarebbe infatti scongiurabile né mediante una (pur apprezzabile) cooperazione tra l'autorità giurisdizionale competente a decidere nel merito e l'autorità straniera investita della richiesta di un provvedimento protettivo e/o provvisorio né tanto meno dal riconoscimento in capo all'autorità giudiziaria principale di un obbligo di tenere conto di tutte le particolarità e circostanze specifiche del caso concreto. A questa serie di ragioni che ci inducono ad essere perplessi si aggiungono poi altri motivi immediatamente connessi al possibile pregiudizio derivabile ai diritti quesiti - eventualmente sorti a seguito della libera circolazione dei provvedimenti provvisori e protettivi nello spazio giudiziario europeo - a seguito del riconoscimento di un potere discrezionale di modifica e/o annullamento dei suddetti provvedimenti da parte dell'autorità giurisdizionale cd. «primaria». Da qui pertanto, a nostro parere, l'opportunità semmai che un siffatto legame territoriale venga esplicitato in un apposito *considerando* del nuovo regolamento «Bruxelles I»²². A quanto fin qui dichiarato naturalmente è piuttosto facile obiettare che in tale maniera (e cioè con la previsione del legame territoriale) verrebbe però compromessa la prevedibilità del titolo di competenza ex art. 31 del regolamento. Questo rischio è, in effetti, reale anche considerate le incertezze che sia pure occasionalmente sussistono nella determinazione del legame territoriale e di cui si è già riferito sopra. Sennonché, come si è già precisato, non è però la prevedibilità ma invece la cd. «effettività» della giustizia a dovere essere perseguita dalla disciplina *ad hoc* sui provvedimenti provvisori e protettivi nel regolamento «Bruxelles I». Se infatti si prescindesse dalla circostanza che l'istituto *de quo* persegue (*rectius: deve perseguire*) questa finalità risulterebbe abbastanza arduo comprendere perché l'utilizzazione di questa disposizione ha sempre natura esorbitante e non è pertanto condizionata dalla prevenienza di provvedimenti corrispondenti per la medesima causa o altra connessa come accade invece per le pronunce di merito²³.

11. Quanto poi al *come* la nozione di provvedimenti provvisori e protettivi dovrebbe essere definita nel «nuovo» regolamento valgono, a nostro avviso, le seguenti considerazioni. Una nozione, auspicabilmente ampia ma non anche generica, dovrebbe valorizzare il requisito della naturale strumentalità di questi atti rispetto alla decisione di merito. In altri termini, occorrerebbe esplicitamente escludere che un provvedimento provvisorio o cautelare possa essere emanato non a sostegno del giudizio di merito (e quindi in alternativa ad esso) ovvero per precluderne la futura efficacia. Da qui pertanto anche la sensazione dell'esclusione di talune fattispecie pure assai rilevanti nella prassi come, ad esempio, i provvedimenti sommari che, sebbene privi della natura formale del giudicato, risultano nondimeno suscettibili

²⁰ In senso conforme v. M. PERTEGAS SENDER, «Provisional, including protective, measures», in *Brussels I Regulation*, *op. ult. cit.*, p. 533, la quale opportunamente ricorda che: «The French Court de Cassation held accordingly that no expertise could be authorised by the French courts pursuant to Art. 24 Brussels Convention in a dispute arising out of an accident that occurred in Heathrow (England) and that concerned an aircraft owned by an English company and chartered by another English company».

²¹ Il punto curiosamente è stato colto anche dallo stesso DICKINSON (*op. ult. cit.*, p. 2) il quale trae però dal medesimo differenti conclusioni e, in particolare, un valido argomento per auspicare *de iure condendo* una migliore cooperazione tra le autorità giurisdizionali «primarie» e «secondarie».

²² V. anche M. PERTEGAS SENDER, «Provisional, including protective, measures», in *Brussels I Regulation*, *cit.*, p. 533, laddove si sostiene che: «There is no doubt ... that the test is met where the request for provisional measures is filed at the court of the place where the measures shall be enforced» e, più in generale: «Insofar as the connection with the territory of the seized court is not artificial or insignificant».

²³ Sul punto v., per tutti, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, *cit.*, a cui si rimanda anche per puntuali e aggiornati riferimenti alla prassi.

di modificare il riparto di giurisdizione attualmente previsto nel regolamento²⁴. Questa conclusione è, sia pure indirettamente, confortata anche da un insegnamento ormai consolidato della Corte di giustizia esplicitamente contrario ad un'interpretazione letterale della nozione *de qua*²⁵.

12. In ultimo, vale la pena soffermarsi sull'osservazione, sempre di ANDREW DICKINSON, secondo cui, diversamente da quanto è stato indicato nella celebre pronuncia sul caso *Van Uden*, sarebbe inopportuno separare concettualmente l'ipotesi in cui i provvedimenti *de quibus* sono adottati da un'autorità competente a decidere sul merito da quella speculare in cui essi sono invece adottati da un'autorità straniera. *Prima facie* la proposta alternativa formulata da Dickinson di distinguere - ai fini dell'applicazione delle restrizioni di cui all'art. 31 del regolamento - rispettivamente tra il caso in cui un provvedimento provvisorio e/o protettivo è emanato dalla competente autorità di uno Stato membro (o eventualmente di uno Stato *non* Membro) ed il caso corrispondente in cui un siffatto provvedimento è invece emanato strumentalmente ad un procedimento giudiziario avviato in un Paese membro sembra perfettamente convincente. Tuttavia, ad una considerazione più attenta, la proposta in parola solleva alcune rilevanti perplessità su cui è opportuno spendere qualche parola. Innanzitutto, ci sembra corretto sottolineare che la distinzione, invero abbastanza «meccanicistica», suggerita dall'Autore è, anche in questo circostanza, ispirata dalla preoccupazione di rendere in ogni caso prevedibile l'autorità competente a procedere piuttosto che dall'esigenza (che, a nostro parere, dovrebbe essere invece prevalente) di individuare l'autorità maggiormente idonea all'adozione della misura provvisoria o cautelare. Ancora, non va nemmeno taciuto che l'eventuale abolizione, nel testo novellato dell'art. 31, della distinzione tra autorità competenti nel merito ed autorità esclusivamente competenti all'adozione delle misure cautelari o provvisorie sarebbe scarsamente rispettosa di quelle esigenze inderogabili di moderare sempre l'utilizzazione di un foro esorbitante²⁶. Ma non è tutto, se una simile riforma venisse realizzata ci pare che perderebbe qualsiasi significato l'obbligo giuridico, previsto in capo all'autorità competente ex art. 31, di prendere in considerazione tutte le circostanze e le peculiarità del caso concreto ivi comprese quindi quelle non direttamente funzionali all'adozione delle misure cautelari²⁷.

E' invece pienamente condivisibile la richiesta di cooperazione tra le due autorità (principale e secondaria) non ultimo perché - nella prospettiva dell'efficacia extra-territoriale di un provvedimento cautelare o provvisorio rilasciato dal foro esorbitante - diventa indispensabile la sua armonizzazione con l'esito plausibile della decisione di merito²⁸.

V. Osservazioni finali

13. Qualche rapida considerazione conclusiva. Le innovazioni sin qui esposte alla disciplina sulle misure cautelari e provvisorie nel regolamento n. 44/2001 così come attualmente condensate nella recente proposta di revisione si caratterizzano, innanzitutto, per la loro rispondenza, almeno a nostro parere, all'obiettivo fondamentale che, secondo un giudizio unanime, deve sempre essere perseguito

²⁴ Cfr. F. SALERNO, *op. ult. cit.*, p. 287, il quale opportunamente ricorda che: «in questa tipologia vanno ricondotte talune forme di *référé-provision* francese, il *kort geding* olandese o altri provvedimenti sommari anche italiani (*ad esempio*, i provvedimenti sommari di natura non cautelare assumibili in materia societaria secondo quanto previsto dall'art. 19 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, concernente il nuovo "processo societario"), se strutturati nell'ordinamento nazionale in modo tale da poter prescindere per la loro efficacia dalla decisione di merito».

²⁵ Cfr. M. PERTEGAS SENDER, «Provisional, including protective, measures», in *Brussels I Regulation*, U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds), cit., p. 529.

²⁶ Su queste limitazioni si veda ancora F. SALERNO, *op. ult. cit.*, p. 284, in cui si sottolinea la preferibilità: «..della tesi restrittiva già prospettata dalla Corte con riferimento all'art. 24 della Convenzione di Bruxelles, escludendo che questo titolo potesse essere invocato "per fare rientrare nella sfera di applicazione della Convenzione i provvedimenti provvisori o cautelari relativi a materie che ne sono escluse" (Sentenza 31 marzo 1982, causa 25/81, *C. H. W.*, in *Raccolta*, 1982, p. 1204, punto 12)» (corsivo aggiunto):

²⁷ Questo perché - come osserva acutamente F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni*, cit., p. 293 - le valutazioni da parte del giudice competente ex art. 31 mirano sempre a conciliare l'impiego del suddetto foro esorbitante con la centralità del giudizio di merito.

²⁸ Cfr. F. SALERNO, *op. ult. cit.*, p. 293.

nella regolamentazione della materia *de qua* e cioè l'effettività della giustizia. Ciò, come si è parimenti osservato sopra, è stato lodevolmente realizzato dalla proposta di revisione nel pieno rispetto delle prerogative del foro competente sul merito della causa poiché, ci si riferisce soprattutto all'obbligo di cooperazione tra autorità «primarie» e «secondarie», sono stati stabiliti adeguati meccanismi di raccordo inter-istituzionale. Ma non basta, sebbene abbiano costituito l'oggetto di vivaci critiche già in sede di primi commenti, le novità della proposta di revisione in materia di provvedimenti provvisori e cautelari si contraddistinguono anche per la loro, a nostro avviso parimenti opportuna, «fedeltà» all'*acquis* esistente in questa materia. Siffatta fedeltà, indubbiamente tra i tratti caratteristici maggiormente salienti della disciplina *in fieri*, è anche indice (non è del resto l'unico !) di una certa «timidezza» del legislatore europeo che, per taluno ma non invece per noi, è un ulteriore motivo di doglianza nei confronti della proposta regolamentare²⁹. Senonché, almeno se si restringe il discorso alla materia qui affrontata, un siffatto *metus* del legislatore europeo verso il nuovo nel senso cioè del «diverso» non è comunque affatto deprecabile. Come si è tentato di chiarire in varie parti del presente lavoro sono, infatti, molteplici le ragioni che suggeriscono in questa materia una continuità piuttosto che una discontinuità con il presente³⁰.

14. *Rebus sic stantibus*, non resta, in definitiva, che auspicare che il destino della proposta di revisione del regolamento «Bruxelles I» non sia quello solitamente riservato alla normativa in divenire e cioè, per utilizzare le celebri parole di Filangeri nella *Scienza delle legislazioni*, quello di: «correre sempre innanzi senza mai rivolgersi indietro»³¹. In altri termini, il nostro auspicio è quello di una *reform, but not revolution* ovvero, per dirla in termini più prosaici, di una revisione che, come ricordato nella stessa proposta di revisione della Commissione europea, non faccia dimenticare che «Bruxelles I» si è dimostrato uno strumento assai utile: «nella semplificazione delle controversie transfrontaliere prevedendo un sistema efficace di cooperazione giudiziaria basato su norme complete in materia di competenza sul coordinamento di procedimenti paralleli e sulla circolazione delle decisioni giudiziali»³².

²⁹ Così *sic paret* A. DICKINSON, «Comments on the Review of the Brussels I Regulation», cit., p. 2.

³⁰ V. *supra* parr. 3 e 4 del presente scritto.

³¹ V. il *considerando* A della proposta di revisione.

³² Vol. 1, libro primo, capo VIII (ediz. 1819), come citata da T. BALLARINO, «Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I», in *RDI*, 2009, p. 46.

L'ITALIA E IL RESTO DEL MONDO NEL PENSIERO DI PASQUALE STANISLAO MANCINI*

SARA TONOLO

*Professore associato di Diritto Internazionale
Università dell'Insubria*

Recibido: 12.04.2011 / Aceptado: 03.05.2011

Riassunto: Il tema del rapporto tra l'Italia e il resto del mondo nel pensiero di PASQUALE STANISLAO MANCINI (1817-1888) definisce il collegamento tra due eventi quasi contemporanei: l'Unità d'Italia, e la formazione del codice civile unico per il Regno e, con esso, delle preleggi contenenti le norme di diritto internazionale privato redatte da MANCINI. Tale collegamento si può apprezzare secondo due profili: da un lato la circostanza che l'esistenza di uno Stato unitario è determinante per ogni codificazione, e dall'altro la considerazione che l'Unità d'Italia, e, prima del suo raggiungimento, le aspirazioni politiche rivolte a tale obiettivo costituirono l'impulso per nuovi importanti studi di diritto internazionale privato, i quali, più ampiamente riconducibili alla c.d. «scuola italiana del diritto internazionale», hanno esercitato ed esercitano tuttora un'influenza rilevantissima sulla codificazione del diritto internazionale privato nonché sull'interpretazione ed applicazione delle norme che la compongono. Con l'Unità d'Italia si delinea infatti un nuovo metodo di soluzione dei problemi di diritto internazionale privato affermandosi che solo nell'ambito di uno Stato unitario ha senso affermare ad es. che lo stato e la capacità dei veneziani e dei romani sono regolati dalla legge del Regno d'Italia; il richiamo a tale ultima legge assume infatti significato concreto solo nel momento in cui si riconosce l'esistenza del principio di nazionalità italiana anche nei rapporti di diritto internazionale pubblico, consentendo a veneziani e romani di unirsi concretamente alla nazione cui appartengono naturalmente. Principio di uguaglianza e principio di nazionalità si intrecciano anche nel diritto internazionale privato italiano attuale, costituendo così il filo conduttore del confronto tra le idee di MANCINI nell'approccio ai problemi concernenti i conflitti tra ordinamenti e le attuali soluzioni. Due sono i profili secondo i quali si svolge tale confronto: da un lato, l'influenza che le idee di MANCINI hanno esercitato sulla codificazione vigente del diritto internazionale privato italiano; dall'altro gli effetti che, in via interpretativa, potrebbero determinarsi nel momento attuale, in cui ricorre l'anniversario della loro affermazione politico-giuridica, all'atto dell'applicazione delle norme di conflitto nazionali, nell'ambito alle stesse lasciato dalla sempre più estesa disciplina di conflitto di fonte europea, che per molti aspetti si discosta dall'impostazione della «scuola italiana».

Parole chiave: diritto internazionale privato, storia del diritto internazionale privato italiano, PASQUALE STANISLAO MANCINI, Stato – nazione, nazionalità, cittadinanza europea, reciprocità, circolazione dei giudicati.

Abstract: Celebrating the 150th anniversary of the Kingdom of Italy's foundation also offers the occasion to reconsider the first civil code of the new unified State (1865) and its rules concerning conflicts of laws and recognition of foreign judgments, that were drafted by a famous Jurist, PASQUALE STANISLAO MANCINI (1817 – 1888), one of the founders of the Italian unity, and many times Minister of Justice and Minister of Foreign Affairs. PASQUALE STANISLAO MANCINI laid the basis of the so called «Italian School of International Law», whose leading ideas were exposed in his inaugural Lecture at Turin University in

* Il presente scritto costituisce la rielaborazione della Relazione svolta a Como al Convegno «*Problemi giuridici dell'Unità*», in data 31 marzo 2011.

1851, with the title «Nationality as foundation of the Law of Peoples»; MANCINI argued that nationality is the fundament of international law. This proposition, made for the law of nations, was susceptible of application also in the field of private international law. As a consequence of the assumption that the Nation, based upon a unity of culture and will, is the unique, legitimate foundation of any independent State, MANCINI maintains that every national system of conflict of laws must respect the Law of nationality, as a tribute to the Nations' equal sovereignty, in the fields of civil law strictly connected with the national identity (personal condition, marriage, family relations, succession in movables and immovables) - that he defines as «necessary Law» not being subject to the parties' autonomy. In the fields where the parties' autonomy prevail (e.g. in contractual obligations), the few provisions of the choice of law could be instead accepted. In any case, the fundamental rules established in the interest of the Nation – State must prevail. The application of such rules, derived from general principles of equal dignity of national States, is to be made without any discrimination based on nationality. Citizens and foreigners must be treated on equal grounds, without any requirement of reciprocity. Such open-minded, internationalistic approach also inspires the rule concerning direct recognition and full credit to be given to foreign judgments. MANCINI's ideas undoubtedly have still some influence on the solution adopted by the recent Italian Reform of Private International Law (1995), where some restrictions of the former regime (1942) of positivistic inspiration were abandoned. Some hints of MANCINI's thought could also be found in the present trends of the EU uniform private International Law, where any discrimination is banned on national basis and prevalence is given, within the European Citizenship, to the national link that corresponds to the parties self – identification.

Key words: Conflict of Laws, history of Italian PIL, PASQUALE STANISLAO MANCINI, Nation – State, nationality, european citizenship, reciprocity, recognition of foreign judgments.

Sommario: I. Osservazioni generali. II. Nazionalità, libertà, sovranità e la codificazione del 1865. III. Le idee di MANCINI nel diritto internazionale privato attuale: influenza del principio di nazionalità sulle soluzioni codificate e sulle possibili interpretazioni delle stesse. La disciplina applicabile ai soggetti titolari di più cittadinanze. IV. Segue. Il caso dei cittadini appartenenti a ordinamenti plurilegislativi. V. Il superamento del principio di reciprocità nel pensiero di MANCINI e gli effetti sul diritto internazionale privato attuale. VI. La circolazione dei giudicati. VII. Osservazioni conclusive.

I. Osservazioni generali

1. L'occasione di festeggiare l'Unità d'Italia può certamente leggersi come opportunità per ricordare anche la ricorrenza del codice civile unico per il Regno e, con esso, delle preleggi contenenti le norme di diritto internazionale privato alla cui redazione PASQUALE STANISLAO MANCINI partecipò in maniera significativa¹. Si tratta di due eventi inscindibilmente collegati, non solo per il fatto che l'esistenza di uno Stato unitario è determinante per ogni codificazione², ma anche perché l'Unità d'Italia, e, prima del suo raggiungimento, le aspirazioni politiche rivolte a tale obiettivo, costituiscono l'impulso per nuovi importanti studi di diritto internazionale privato, i quali, più ampiamente riconducibili alla c.d. «scuola italiana del diritto internazionale», hanno esercitato ed esercitano tuttora un'influenza rilevantissima sulla codificazione del diritto internazionale privato nonché sull'interpretazione ed applicazione delle norme che la compongono.

¹ MANCINI era membro della Commissione per le modificazioni di coordinamento del codice civile del Regno di Italia, in base al decreto legge del 2 aprile 1865. Sin dalla prima seduta, il 13 aprile 1865, riuscì a ottenere che venisse costituita una Sottocommissione per le disposizioni preliminari al codice civile. Il 26 maggio 1865 la Sottocommissione presentò alla Commissione un progetto completo di diritto internazionale privato, poi approvato dalla Commissione con alcune modifiche redazionali, in E. JAYME, «Pasquale Stanislao Mancini, il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense», Padova, 1988, p. 99 ss.

² M. GUTZWILLER, «Le développement historique du droit international privé», in *Recueil des Cours*, 1929 - IV (29), p. 287 ss., a p. 332.

2. Risale infatti al 22 gennaio 1851 l'avvio di tale scuola da parte di P.S. MANCINI, nella sua nota lezione all'Università di Torino³, in cui risulta elemento essenziale del diritto delle genti il «principio di nazionalità», in ideale armonia con le aspirazioni del popolo italiano, che, sul fondamento della nazionalità, concetto compreso come nazionalità italiana onnicomprensiva solo a partire dal 1848⁴, cercava di costituirsi a Stato, in pari condizione nelle relazioni internazionali con gli altri Stati europei⁵. Tale principio, teoricamente certo più adeguato alla disciplina dei rapporti interstatuali, quale fondamento della sovranità e conseguente obbligo di reciproco riconoscimento, viene da MANCINI applicato alla determinazione dei limiti di competenza dei vari ordinamenti giuridici in un contesto più ampio, in cui l'ordine giuridico risulta dall'accordo tra la libertà e gli interessi individuali da un lato e le esigenze della sovranità dall'altro e si esplica nel rispetto della libertà dei cittadini da parte dello Stato. Alla libertà individuale corrispondono le leggi di diritto privato e alle esigenze di sovranità le leggi di diritto pubblico. La garanzia della libertà individuale viene assicurata tramite leggi di diritto privato, che devono potersi applicare ovunque, finché non si incontrano con una disposizione concernente un interesse della sovranità. Da tale considerazione discende pertanto l'extraterritorialità delle leggi di diritto privato e la territorialità delle leggi di diritto pubblico. Elemento essenziale della teoria di MANCINI è pertanto il principio di nazionalità, non privo di elementi «mistici» di connessione dell'individuo al suo paese d'origine sulla base di fattori culturali e di legami sentimentali, portato delle idee romantiche all'epoca diffuse⁶: la religione, la razza, la lingua, le costumanze, la storia, le leggi⁷ sono elementi costitutivi della identità nazionale, chiaramente derivati dalle idee politiche dell'epoca⁸; MANCINI vi aggiunge un elemento soggettivo: la coscienza della nazionalità, elemento grazie al quale si afferma la pretesa di dare riconoscimento giuridico alle aspirazioni della Nazione con la costituzione dello Stato unitario.

3. Ai fini della soluzione dei problemi di diritto internazionale privato, determinazione della legge applicabile, individuazione del giudice competente, tale principio assume per necessità la centralità della cittadinanza, appartenenza ad uno Stato, anche se in realtà nel pensiero di MANCINI non è completamente chiaro il rapporto tra Nazione e Stato⁹; sono pertanto motivi di opportunità pratica ad indurre MANCINI ad affermare che non vi è altra possibilità che stabilire la nazionalità in base alla cittadinanza¹⁰; sarebbe infatti troppo complesso determinare la legge applicabile ad una determinata fattispecie in base alla nazionalità in senso politico, ovvero intesa con riferimento all'aggregazione naturale non sempre necessariamente coincidente con lo Stato, e anche in base all'interno sentimento di appartenenza di ogni individuo.

³ P. S. MANCINI, «Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti», Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo dell'Università di Torino, 22 gennaio 1851, a cura di E. JAYME, Torino, 2000, p. 23 ss.; tale lezione inaugura il corso della cattedra di diritto pubblico esterno ed internazionale privato dell'Università degli Studi di Torino, istituita per PASQUALE STANISLAO MANCINI, esule napoletano, con una legge speciale del 14 gennaio 1850.

⁴ Si veda ad es. l'art. 6 delle leggi civili del Regno delle due Sicilie, secondo il quale: «I nazionali del Regno delle due Sicilie, ancorché residenti in paese straniero, sono soggetti alle leggi che riguardano lo stato e la capacità delle persone», ove, sul modello del *Code Napoléon*, con i nazionali si intendono i cittadini – sudditi.

⁵ Su tale aspetto si veda *amplius* la Relazione della prof. C. STORTI, «L'indipendenza dell'Italia e il diritto internazionale della prima metà dell'Ottocento».

⁶ Si vedano ad es. i presupposti della nascita degli Stati in G.B. VICO, «La scienza nuova», Milano, 1977, 2, libro V, 5, p. 452; per la rielaborazione delle idee filosofiche e letterarie dell'epoca (ALFIERI, FOSCOLO, LEOPARDI, NIEVO), da parte di MANCINI si veda E. JAYME, «Pasquale Stanislao Mancini», cit., p. 60 ss.

⁷ P.S. MANCINI, «Della nazionalità», cit., p. 31.

⁸ Si veda ad es, il richiamo a Vico in P.S. MANCINI, «Della nazionalità», cit., pp. 22-24; o il richiamo a Fichte, «...la lingua è la nazione», in P.S. MANCINI, «La vita de' popoli nell'umanità». Prelezione al corso di diritto internazionale pubblico, privato e marittimo pronunciata nella Università di Roma, in *Prelezioni*, Roma, 1872, p. 163 ss., p. 189.

⁹ P.S. MANCINI, «La vita», cit., p. 196 ss.: il diritto della Nazione pare porsi al di sopra di quello dello Stato, in quanto immutabile ed eterno, pur spettando allo Stato porre le norme giuridiche.

¹⁰ P.S. MANCINI, «Processi verbali delle sedute della commissione speciale nominata con R. Decreto del 2 aprile 1865 al fine di proporre le modificazioni di coordinamento delle disposizioni del Codice Civile e le relative disposizioni transitorie a mente della legge di detto giorno», Torino, 1866, p. 623, in E. JAYME, «Pasquale Stanislao Mancini», cit., Appendice, p. 101 ss.

4. Il principio di nazionalità, oltre alle motivazioni ideali politiche, di chiara ispirazione mazziniana, che ne suggerivano l'estensione e l'applicazione come principio universale¹¹, in sostituzione del domicilio, criterio tradizionale all'epoca degli statuari, ma riproposto anche da Savigny, in ordine alle questioni personali, si ricollega inoltre strettamente a un altro principio generale dell'ordinamento e del sistema di diritto internazionale privato: il principio di eguaglianza, o universalità, come espresso nell'art. 3 del c.c. del 1865, secondo il quale lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini¹². Tale norma assume così un significato storico sancendo l'abolizione di tutte le inferiorità che un tempo colpivano gli stranieri solo in quanto tali, ma non riguarda assolutamente la disciplina concreta dei diritti civili che gli stranieri possono esercitare in Italia; tale aspetto è poi rimesso alla determinazione della legge competente secondo le disposizioni successive, fortemente ispirate dalle idee di MANCINI. E' infatti dal riconoscimento della perfetta uguaglianza tra gli Stati nelle loro relazioni reciproche che discende la necessità di riconoscere gli stessi diritti agli individui appartenenti alle diverse nazioni, applicando analoghe regole di diritto internazionale privato¹³.

5. Principio di uguaglianza e principio di nazionalità si intrecciano dunque sia nel diritto internazionale pubblico sia nel diritto internazionale privato, e l'Unità d'Italia è il momento storico in cui si può apprezzare in maniera sensibile tale intreccio, dal momento che, come autorevolmente rilevato da uno studioso dell'epoca, finché Venezia rimane soggetta all'Austria e Roma allo Stato Pontificio, non ha senso affermare che lo stato e la capacità dei veneziani e dei romani sono regolati dalla legge del Regno d'Italia; il richiamo a tale ultima legge avrà infatti significato concreto solo nel momento in cui si riconoscerà l'esistenza del principio di nazionalità italiana anche nei rapporti di diritto internazionale pubblico, consentendo a veneziani e romani di unirsi concretamente alla nazione cui appartengono naturalmente¹⁴.

6. Principio di uguaglianza e principio di nazionalità si intrecciano però anche nel diritto internazionale privato italiano attuale costituendo così il filo conduttore del confronto tra le idee di MANCINI nell'approccio ai profili concernenti i conflitti tra ordinamenti e le attuali soluzioni vigenti relativamente ai rapporti «tra l'Italia e il resto del mondo», nei rapporti privatistici interindividuali transnazionali. Due sono i profili secondo i quali si condurrà tale confronto: da un lato, l'influenza che le idee di MANCINI hanno esercitato sulla codificazione vigente del diritto internazionale privato italiano; dall'altro gli effetti che, in via interpretativa, potrebbero determinarsi nel momento attuale, in cui ricorre l'anniversario della loro affermazione politico – giuridica, all'atto dell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato, nell'ambito alle stesse lasciato dalla sempre più estesa disciplina di conflitto di fonte europea¹⁵, che per certi versi si discosta dall'impostazione della «scuola italiana».

¹¹ Per MAZZINI, il principio di nazionalità rileva come «pensiero comune, principio comune, scopo comune», *Scritti scelti*, in G.SABATUCCI, A. GIARDINA, V. VIDOTTO, «Profili storici», Roma, 1997, p. 591.

¹² F.C. SAVIGNY, «System des heutigen Römischen Rechts», Berlin, 1849, VIII, p. 295 ss.

¹³ P.S. MANCINI, «Utilità di rendere obbligatorie per tutti gli Stati sotto forma di uno o più trattati internazionali alcune regole generali del diritto internazionale privato per assicurare la decisione uniforme tra le differenti legislazioni civili e criminali», in *Diritto internazionale*, 1959, p. 377 ss.

¹⁴ P. ESPERSON, «Le droit international privé dans la législation italienne», in *Journal du Droit International*, 1880, p. 249 s.

¹⁵ Sul noto processo di «comunitarizzazione del diritto internazionale privato», intrapreso a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, al fine di attuare lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale, con atti propri a efficacia diretta, con il fine, tra l'altro, di agevolare l'esercizio effettivo delle libertà comunitarie di circolazione, residenza, lavoro, stabilimento e prestazione dei servizi, si veda in generale: P. DE MIGUEL ASENSIO, «La evolución del derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam», in *Revista española de derecho internacional*, 1998, p. 373 ss.; A. BORRÁS, «Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam», *ibidem*, 1999, p. 383 e ss.; C. KOHLER, «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam», in *Revue critique de droit international privé*, 1999, p. 1 ss.; E. JAYME, «Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus», in *IPRax*, 2000, p. 165 ss.; F. POCAR, «La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution"», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 873 ss.; ID, «La codification européenne du droit international privé: vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les États tiers?» in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 697-705; S. BARIATTI, «La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del trattato CE», in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 261 ss.; K. BOELE WOELKI-R. H. VAN OOIK, «The Communitarization of Private International Law», in *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 1 ss.; L.S. ROSSI, «L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato:

II. Nazionalità, libertà, sovranità e la codificazione del 1865

7. Dall'affermazione del principio di nazionalità come principio fondamentale della costruzione manciniana discendono diverse conseguenze, tra le quali assume fondamentale rilevanza per il diritto internazionale privato il principio di extraterritorialità delle norme di diritto privato. A questo riguardo, MANCINI suddivide tali norme in due categorie: il diritto necessario, ovvero il diritto cui gli individui non possono derogare tramite la loro volontà e comprende le leggi relative allo stato e capacità delle persone, ai rapporti di famiglia e alla successione ereditaria, che è indissolubilmente legata alla famiglia; il diritto volontario, o il diritto posto dalle leggi cui gli individui possono derogare, comprendente in particolare la materia dei contratti, in cui si preferisce rimettere la regolamentazione dei rapporti contrattuali alla volontà delle parti, intervenendo la legge solo in mancanza di quest'ultima.

8. La parte necessaria del diritto privato si forma sotto l'influenza dei fattori naturali che contraddistinguono un popolo in base alle stesse caratteristiche (razza, situazione geografica, clima, culture, tradizioni, ecc.), definendone la nazionalità. Ad es. le leggi che stabiliscono la maturità e dunque la capacità di agire dei soggetti, in particolare la capacità a contrarre matrimonio, dipendono dallo sviluppo psico-fisico dei soggetti stessi e possono variare all'interno delle differenti popolazioni, essendo dunque necessariamente sottoposte al principio di nazionalità. Il diritto necessario è pertanto destinato ad essere extraterritoriale perché è nazionale; non sarebbe giusto sottoporre un soggetto a leggi diverse da quelle definite dalla nazionalità in ordine alla determinazione di tali aspetti, che sono necessariamente condizionati dai fattori determinanti della nazionalità.

9. Nella parte volontaria del diritto privato ogni individuo può invece scegliere se sottoporsi alla legge nazionale o a una legge diversa. In questo campo è la volontà delle parti ad avere un ruolo essenziale; la legge si limita ad integrarla solo ove manchi tale manifestazione, dal momento che prevale il principio di libertà.

10. Limite comune ai principi di libertà e nazionalità è rappresentato dal principio di sovranità in base al quale ogni Stato può respingere l'applicazione delle leggi straniere nelle ipotesi in cui essa comporti un contrasto con l'ordine pubblico; il principio di sovranità vale ad affermare l'efficacia territoriale rigorosa delle leggi che sono destinate a tutelare le esigenze e gli interessi dello Stato. Si definiscono, in questo modo, i principi di ordine pubblico, tra i quali MANCINI include anche la regola secondo la quale i rapporti giuridici relativi ai beni immobili sono sottoposti alla legge del luogo di situazione della cosa (art. 7, 2° co., disp. prel. c.c.)¹⁶

11. Tale sistema ha avuto grande seguito in ambito scientifico e dal punto di vista pratico ha ispirato la codificazione del titolo preliminare del c.c. del 1865, nell'ambito del quale l'introduzione del principio di nazionalità ha rappresentato una grande innovazione rispetto al principio del domicilio in precedenza generalmente accolto, e proposto anche in Germania da SAVIGNY¹⁷.

La legge individuata, tramite questo criterio di collegamento è quella dello Stato al quale l'individuo appartiene in qualità di cittadino.

Il fondamento del criterio della cittadinanza nel sistema di MANCINI si è in seguito rivelato discutibile, essendo stata fortemente criticata la sua presunta coincidenza con il c.d. diritto privato necessario, riscontrandosi al contempo che vi sono aspetti derogabili nelle materie che MANCINI vi ricomprende, pertanto suscettibili di essere regolati in base alla volontà delle parti, e aspetti inderogabili nel diritto privato volontario, entro i quali la volontà delle parti opera solo in quanto autorizzata dalle norme di

dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 63 ss.

¹⁶ Altri criteri di collegamento previsti dalle disp. prel. al c.c. del 1865 sono: la cittadinanza, come criterio esclusivo, nel diritto delle persone, di famiglia, di successione ereditaria (art. 6 e 8 disp. prel.), e concorrente con altri criteri di collegamento nel diritto delle obbligazioni (art. 9 disp. prel. e art. 48 cod. comm.).

¹⁷ F.C. SAVIGNY, «System des heutigen Römischen Rechts», cit., VIII, p. 108.

legge¹⁸. Tuttavia a favore della cittadinanza come criterio di collegamento codificato nelle disp. prel. al c.c. si sono svolte diverse argomentazioni, tuttora utilizzabili nei riguardi del sistema attuale di d.i.p. fortemente condizionato dalle idee di MANCINI. Innanzitutto si pone a favore della cittadinanza l'interesse dello Stato di appartenenza a regolare certi aspetti della vita privata dei propri cittadini, anche nel caso in cui essi si trovino all'estero; rileva inoltre la maggiore conoscenza e prevedibilità della disciplina conseguente alla cittadinanza da parte del soggetto che ne è titolare, rispetto a quella indicata da altri criteri, quale ad es. il domicilio, che infatti non ricorre nell'ambito delle disp. prel. al c.c. come criterio di collegamento, se non deducendolo indirettamente in materia di obbligazioni civili dall'ultima clausola dell'art. 9 delle disposizioni preliminari¹⁹.

12. Un altro principio teorico manciniano cui si ispira la codificazione del 1865 è, come si è detto²⁰, l'uguaglianza tra ordinamenti, che, in quanto strumento atto a risolvere i conflitti di leggi, ha ispirato norme bilaterali perfette, ovvero norme dirette a richiamare su basi di parità per gli stessi tipi di casi la *lex fori* e il diritto straniero. Questa caratteristica discende dal principio manciniano di favorire quanto più possibile l'uguaglianza dei sistemi in presenza nei casi con elementi di estraneità. MANCINI ritiene infatti che la scelta dei sistemi giuridici in conflitto in relazione ad una determinata fattispecie debba aver luogo senza discriminare tra l'uno o l'altro di essi, soddisfacendo così in egual misura gli interessi di italiani e stranieri, applicando loro su basi di perfetta parità i rispettivi diritti nazionali.

13. A tale principio si ricollega inoltre la disciplina del diritto processuale civile internazionale, che vede la propria origine proprio nelle idee di MANCINI e nel trasferimento dallo stesso operato delle norme sulla giurisdizione dal codice civile al codice di procedura civile²¹. Il presupposto della giurisdizione consiste nel fatto che i tribunali devono essere accessibili a italiani e stranieri e, quanto alla circolazione delle sentenze, si prevede un'ampia riconoscibilità delle stesse. Rileva in particolare, quanto alla definizione delle regole di giurisdizione la previsione della proroga di giurisdizione a favore di cittadini stranieri²², nonché la teorizzazione concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere; in tale contesto le idee liberali di MANCINI, ovvero la parità e l'uguaglianza tra ordinamenti, si erano tradotte nell'art. 10 disp. prel. c.c. secondo il quale si disponeva come esclusiva la disciplina per rendere esecutive in Italia le sentenze straniere secondo le forme e le regole del c.p.c., ovvero l'art. 941 che prevedeva in materia un giudizio di delibazione dinanzi alla Corte d'appello nella cui giurisdizione le sentenze dovevano essere eseguite solo nel caso in cui si dovesse procedere a esecuzione forzata (cui venne poi assimilata l'idoneità a dar luogo a iscrizioni o trascrizioni nei pubblici registri)²³.

¹⁸ Si veda ad es. D. ANZILOTTI, «Corsi di diritto internazionale privato e processuale», Padova, 1996, p. 47 ss.; L. I. DE WINTER, «Nationality or Domicile? The Present State of Affairs», in *Recueil des Cours*, 1969, p. 347 ss.

¹⁹ Nelle disp. prel. c.c. 1865 si prevede inoltre: il luogo di situazione del bene immobile che è oggetto di un diritto reale (art. 7 disp. prel. c.c.); la nazionalità del proprietario per i diritti reali sui beni mobili (art. 7 disp. prel. c.c.); il luogo in cui viene posto in essere un atto giuridico (art. 9 per la forma degli atti e art. 58 cod. comm.); il luogo in cui avviene un fatto suscettibile di produrre conseguenze giuridiche (art. 9, 2 co.); il luogo in cui si esegue un atto o un rapporto (art. 10, 4 co. disp. prel. c.c.). Sugli aspetti positivi della cittadinanza si veda E. VITTA, «Memoriale e progetto di legge», in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano, Atti del Convegno del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 1986, p. 19 ss.

²⁰ Si veda sul punto *supra* il par. 1.

²¹ Al fine di determinare la giurisdizione italiana, rileva infatti la residenza abituale o il domicilio del convenuto, presente sia nell'art. 106, n. 1 c.p.c. sia all'interno dell'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 1902 sul divorzio e la separazione personale dei coniugi, da determinarsi in base a principi giuridici in vigore nell'ordinamento del giudice di cui si determina la competenza, anche ai fini della nozione convenzionale, relativamente alla quale si preferisce tale interpretazione, mancandosi una nozione unitaria di domicilio. Rileva inoltre il luogo di situazione della cosa che è oggetto di un diritto reale (art. 106, n.1 c.p.c.); il luogo in cui viene posto in essere un atto giuridico (art. 105, n.2 c.p.c.); il luogo in cui avviene un fatto suscettibile di produrre conseguenze giuridiche (art. 105, n. 2 c.p.c.); il luogo in cui si esegue un atto o un rapporto (art. 105, 2 co. C.p.c.).

²² P.S. MANCINI, «Esame di un'opera di diritto internazionale privato pubblicata da Nicola Rocco e del rapporto fatto dal Portalis sulla stessa all'Accademia delle scienze morali e politiche di Francia», in *Le ore solitarie*, 1844, p. 23 ss.

²³ Si veda sul punto *infra* il par. VI.

III. Le idee di MANCINI nel diritto internazionale privato attuale: influenza del principio di nazionalità sulle soluzioni codificate e sulle possibili interpretazioni delle stesse. La disciplina applicabile ai soggetti titolari di più cittadinanze

14. Il primo profilo di indagine relativo all'influenza delle idee di MANCINI sulla codificazione attuale del diritto internazionale privato riguarda il fondamentale principio di nazionalità.

Tale principio, posto da MANCINI alla base della costruzione del sistema di diritto internazionale privato, in quanto obiettivo ideale da attuare, e in parte attuato nella codificazione delle disp. prel. c.c. del 1865, quale portato ideologico dei principi ispiratori dell'Unità dello Stato italiano, in funzione di una cosciente esplicitazione collettiva della base sociale in cui gli individui sono muniti di diritti fondamentali e innati, si configura quale elemento essenziale del sistema italiano di diritto internazionale privato, tuttora in vigore.

15. Non sono infatti le considerazioni di opportunità pratica e politica, che si pongono anche alla base dell'applicabilità del collegamento della cittadinanza ai rapporti personali (stabilità e certezza dello statuto personale), ai diritti su cose mobili (*lex patriae* del proprietario più facilmente individuabile del luogo di situazione mutevole per natura), alle successioni, salvo diversa volontà del *de cuius* di richiamare un diritto straniero per la successione dei propri beni situati nel territorio dello Stato, ad avere suggerito la conservazione di tale collegamento in tutte le norme volte a regolare i rapporti personali e familiari degli individui, dapprima nelle disp. prel. c.c. del 1942 e in seguito nella l. 218/95, ma piuttosto la considerazione dell'individuo come titolare di diritti fondamentali e come soggetto del diritto internazionale privato a rendere la cittadinanza il criterio principale del sistema italiano di diritto internazionale privato. E' mutato tuttavia l'approccio al criterio della cittadinanza utilizzato, già a far data dalle disp. prel. al c.c. del 1942, non più come espressione di un ideale di nazionalità ma con riferimento a un soggetto particolare all'interno di determinati rapporti, quale «nazionalità di gruppo»²⁴ (rapporti fra coniugi, filiazione, adozione).

16. La tensione ideale all'applicazione estesa di tale criterio, in attuazione del principio di nazionalità di ispirazione manciniana, appare tuttavia oggi suscettibile di una duplice interpretazione nel momento in cui alla cittadinanza italiana si affianca la cittadinanza europea, quale portato dell'inserimento dell'Italia nell'ambito integrato dell'Unione europea.

17. L'applicazione delle prerogative che dalla cittadinanza europea derivano ha infatti imposto entro molti ordinamenti una revisione nel funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, quando rivolte a privilegiare la cittadinanza del foro rispetto a quella europea, con inevitabili possibili discriminazioni, a partire dalla nota sentenza GARCIA AVELLO²⁵. I principi enunciati da tale sentenza e dalla giurisprudenza che ne è seguita²⁶ sono infatti suscettibili di estendersi, modificandoli, entro i sistemi di conflitto che prevedono il collegamento della cittadinanza e risolvono i conflitti tra cittadinanze con la prevalenza di quella del foro, come ad es. la legge italiana di diritto internazionale privato in materia di diritto al nome (artt. 24 e 19)²⁷.

²⁴ A. MIGLIAZZA, «Problemi generali di una nuova codificazione del diritto internazionale privato», in *Problemi*, cit., p. 360.

²⁵ Sentenza 2 ottobre 2003, causa C - 148/02, *Garcia Avello e Stato belga*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, pp. 1088-1095, § 45.

²⁶ Sentenza 14 ottobre 2008, in causa C - 353/06, *Grunkin - Paul*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 221 ss., sulla quale si veda M. LEHMANN, «What's in a name? Grunkin - Paul and Beyond», in *Yearbook of Private International Law*, 2008 p. 135 ss.; C. HONORATI, «Free Circulation of Names for EU Citizens», in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 392 ss.; V. LIPP, «Namensrecht und Europarecht – Die Entscheidung Grunkin-Paul II und ihre Folgen für das deutsche Namensrecht», in *Das Standesamt*, 2009, p. 1 ss. Sul punto, si veda in generale C. HONORATI, «La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali», in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), «Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, Liber Fausto Pocar», Milano, 2009, p. 473 ss., p. 476 ss.

²⁷ Per un'analisi comparata di alcuni sistemi di conflitto, si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale F. G. Jacobs, in *Corte giust.*, 2 ottobre 2003, in causa C - 148/02, *Garcia Avello*, cit, par. 8 ss.

18. L'influenza del principio manciniano di nazionalità potrebbe indurre a ritenere che le deroghe alla cittadinanza del foro non possano valere nell'ordinamento italiano secondo quanto prevede l'art. 19 della l. 218/95²⁸. Ciò, naturalmente nei limiti in cui il collegamento della cittadinanza si coordina con altri momenti di collegamento, come ad es. in tema di diritto al nome, con la disciplina dei rapporti di famiglia, cui di regola l'attribuzione di quest'ultimo si ricollega (art. 24, primo comma, II parte), conducendo a soluzioni effettivamente alternative rispetto alla *lex civitatis* solo in casi limitati (ad es. il diritto al nome dei figli legittimati per susseguente matrimonio, relativamente ai quali lo *status* di figlio viene accertato, in base all'art. 34 l. 218/95, secondo la legge nazionale del figlio nel momento in cui avviene la legittimazione, oppure secondo la legge nazionale di uno dei genitori nel medesimo momento²⁹).

19. Tuttavia, pare più corretto ritenere che, al di là di tali casi in cui la prevalenza della cittadinanza italiana, alla luce della lettura congiunta degli artt. 24 e 19, secondo comma, viene evitata dall'operatività di altri criteri di collegamento (ad es. quello del rapporto sulla cui base il nome è stato attribuito in caso di disciplina del diritto al nome), è possibile che anche entro il sistema italiano di conflitto si verificano dei casi in cui la prevalenza della nazionalità del foro si traduca in una violazione del divieto di discriminazione³⁰. In particolare, si pone con evidenza il problema della disapplicazione dell'art. 19, 2° co., l. 218/95 e della ricerca di un'alternativa, individuabile o in un potere discrezionale dell'autorità amministrativa di fare riferimento al «superiore interesse del minore», o all'applicazione della cittadinanza più effettiva, metodo preferibile, in quanto, come suggerito dalla giurisprudenza straniera,³¹ rivolto ad individuare un'unica cittadinanza competente dal punto di vista di tutti gli ordinamenti in conflitto.

20. Le soluzioni individuate da MANCINI possono in via interpretativa indurre a confermare l'opportunità di tale scelta³², nell'ambito del secondo profilo di indagine concernente il confronto con il diritto internazionale privato attuale, in ragione del fatto che il richiamo al principio di nazionalità non si traduce in un'aprioristica applicazione della cittadinanza italiana, in presenza di altre cittadinanze, risolvendosi più opportunamente i problemi determinati dall'assenza di legami con un solo Stato, tramite il riferimento al vincolo culturale dell'individuo, ovvero al criterio linguistico, per individuare la cittadinanza applicabile ai soggetti titolari di più cittadinanze³³.

21. Occorre inoltre ricordare che grazie a tali soluzioni interpretative si delinea un'inversione di tendenza del c.d. «declino» della cittadinanza come criterio di collegamento³⁴, apprezzabile a partire dalle Convenzioni dell'Aja del secondo dopoguerra, che, soprattutto in materia di status e rapporti di famiglia, preferiscono altri criteri di collegamento quale ad es. la residenza abituale³⁵. A seguito della

²⁸ In tal senso: R. CLERICI, «Art. 19», in F. POCAR ET AL., «Commentario del nuovo diritto internazionale privato», Padova, 1996, 95 - 105; B. BAREL, «Art. 19», in S. BARIATTI (a cura di), «Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato», in *NLCC*, Padova, 1996, 1075-1085.

²⁹ Per il nome dei figli di genitori di diversa cittadinanza non si raggiunge una soluzione ugualmente alternativa, dato che l'art. 33 dispone che lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita.

³⁰ Sui problemi posti dalla prevalenza, nell'ordinamento italiano, della cittadinanza italiana in ordine alle fattispecie concernenti i bipoliti, si veda in generale S. BARIATTI, «La disciplina giuridica della cittadinanza italiana», II, Milano, 1996, p. 66 ss.; N. BOSCHIERO, «Appunti di diritto internazionale privato», Torino, 1996, p. 55; G. CARELLA, «Rapporti di famiglia (dir. intern. priv.)», in *Enc. Dir., Agg., V*, Milano, 2001, pp. 895-928, p. 910.

³¹ Si veda ad es. Landesgericht München, 21 settembre 1998, in *Das Standesamt*, 1999, p. 174 Oberlandesgericht Zweibrücken, 22 marzo 1999, in *Das Standesamt*, 1999, p. 208; Bayerisches Oberstes Landesgericht, 17 giugno 1999, in *FamRZ*, 2000, p. 56 ss.

³² P. S. MANCINI, «Samama», in *Quistioni di diritto*, Napoli, 1880, I, p. 257; si veda inoltre P. S. MANCINI, T.M.C. ASSER, «Conclusions et résolutions proposées à l'Institut de droit international», Genève, in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1874, p. 582 e ss.: «*Ils sont régis subsidiairement par les lois du domicile, lorsque différents législations civiles coexistent dans un même État, où il s'agit de personnes sans aucune nationalité ou qui ont double nationalité*».

³³ Questa è la soluzione indicata da E. JAYME, «Pasquale Stanislao Mancini», cit., p. 78.

³⁴ D. F. CAVERS, «'Habitual Residence': a Useful Concept?», in *The American University Law Review*, 1972, p. 476 e ss.

³⁵ Come ad es. la Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla vendita internazionale di merci, la Convenzione dell'Aja

comunitarizzazione del diritto internazionale privato, si ritorna infatti, a seguire, seppure in ambiti materialmente limitati, il collegamento della cittadinanza, come ad es. in tema di separazione e divorzio³⁶, e l'interpretazione che ne dà la Corte di giustizia di Lussemburgo appare sorprendentemente coerente ai principi manciniani: in caso di duplice cittadinanza di un coniuge e anche per l'ipotesi che una di esse non sia effettiva sussiste la competenza di entrambi i fori con conseguente scelta della parte relativamente a quello cui attribuire la cognizione della controversia³⁷. E' dunque ipotizzabile che quando diverrà operativa la scelta della legge applicabile alla separazione e al divorzio, per effetto del Regolamento n. 1251/2010³⁸, la stessa si possa indirizzare verso ogni ordinamento richiamato in base al collegamento della cittadinanza di ciascun coniuge.

IV. Segue. Il caso dei cittadini appartenenti a ordinamenti plurilegislativi

22. Un altro caso problematico relativo all'applicazione del principio di nazionalità, come individuato ai fini della soluzione di problemi di conflitto tramite la cittadinanza, riguarda i cittadini di Stati con ordinamenti plurilegislativi.

23. Per la soluzione di tali situazioni, MANCINI aveva prospettato la c.d. «eccezione» al principio di nazionalità³⁹, tramite il richiamo al collegamento del domicilio⁴⁰, sia per i cittadini di Stati con ordinamenti plurilegislativi a base c.d. territoriale,⁴¹ sia per i cittadini di ordinamenti plurilegislativi a base personale, nell'ambito dei quali il domicilio risulta funzionale alla determinazione della nazionalità entro la quale si trova il «centro di gravità» del rapporto, suggerendola anche come soluzione da accogliere in sede di uniformazione del diritto internazionale privato, nel suo rapporto del 1874 all'Institut de droit international⁴².

24. La risoluzione dell'Institut de droit international, adottata ad Oxford nel 1880⁴³, pur affermando quale opportuna soluzione in tema di capacità il richiamo della legge nazionale, da assicurarsi tramite la stipulazione di trattati internazionali, secondo le teorie di MANCINI, prevede una deroga a queste ultime, per effetto di una mozione del PIERANTONI, genero di MANCINI⁴⁴, nel senso che, in presenza di

del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, la Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958 sul riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari.

³⁶ Si veda in tal senso l'art. 3 del Regolamento 2201/2003, del 27 novembre 2003 (in *G.U.U.E.* del 23 dicembre 2003 L. 338, pp. 1-29, in vigore dal 1° marzo 2005).

³⁷ Sentenza 16 luglio 2009, causa C - 168/09, *Hadadi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 176 ss.

³⁸ Si veda l'art. 5 lett. c) del Regolamento n. 1251/2010 del 20 dicembre 2010, in *G.U.U.E.*, del 29 dicembre 2010, L. 343, pp. 10 e ss., relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

³⁹ Si veda, in tal senso, K. H. NADELMANN, «Mancini's Nationality Rule and Non - Unified Legal Systems», in *American Journal of Comparative Law*, 1969, p. 418 ss., a p. 420.

⁴⁰ Diversa è invece la rilevanza della difformità dei criteri di collegamento nell'ambito del procedimento del rinvio, relativamente al quale è dibattuta l'ammissibilità dello stesso nel pensiero di MANCINI. MANCINI ammette certamente che vi siano criteri di collegamento diversi come ad es. il domicilio e la nazionalità, che possono determinare in certe fattispecie un «*conflict inextricable*», ad es. nella lettera del 16 settembre 1881 ai rappresentanti diplomatici italiani, in E. JAYME (a cura di), *Della nazionalità*, cit., p. 73 e ss. Dibattuta è invece la possibilità di ammettere, secondo il pensiero manciniano, il superamento di tale conflitto tramite il rinvio: per la soluzione negativa, si veda infatti VITTA, *Memoriale e progetto di legge*, cit., p. 36. Pare tuttavia che il rispetto del modo di essere dei diversi ordinamenti giuridici, quale portato della nazionalità quale espressione di libertà, potrebbe condurre all'ammissibilità del rinvio secondo il pensiero manciniano. Si veda in tal senso E. JAYME, «Pasquale Stanislao Mancini», cit., p. 73 ss.

⁴¹ P. S. MANCINI, «Processi verbali», cit., p. 623.

⁴² P. S. MANCINI, «Rapporto a l'Institut de droit international», 31 agosto 1874, Ginevra, in E. JAYME (a cura di), *Della nazionalità*, cit., p. 169 ss., p. 173 e s.

⁴³ «Principes généraux en matière de nationalité, de capacité, de succession et d'ordre public», *Annuaire*, éd. Abrégée, vol. I, pp. 587-604, pp. 731 - 732

⁴⁴ Tale conclusione si deve a una coincidenza di circostanze: l'assenza di MANCINI alla sessione del 1875 per malattia e a quelle dal 1876 al 1879 per i concomitanti impegni derivanti dalla carica di Ministro della giustizia dallo stesso assunto, e

un cittadino appartenente a un ordinamento plurilegislativo, si regoli la capacità secondo quanto prevede il diritto interno dello Stato cui egli appartiene (e non secondo il collegamento del domicilio). Deroghe successive al collegamento della cittadinanza in materia di disciplina della capacità per la necessità di tutelare le esigenze del commercio internazionale sono introdotte dalle Risoluzioni di Amburgo del 1891 e di Cambridge del 1895⁴⁵, e più ampiamente nella Risoluzione di Cambridge del 1931⁴⁶.

25. La soluzione dell'Institut è stata tradizionalmente seguita in materia di ordinamento plurilegislativo dalle codificazioni di diritto internazionale privato di molti paesi: art. 5, 3° co., della legge austriaca di diritto internazionale privato del 15 giugno 1978⁴⁷, art. 4, 3° co., della legge tedesca di diritto internazionale privato del 25 luglio 1986⁴⁸, e solo limitatamente dalla legge italiana di diritto internazionale privato. L'art. 18 di questa prevede infatti che si richiami in prima battuta il criterio di collegamento impiegato dall'ordinamento plurilegislativo richiamato, dovendosi invece fare riferimento, in mancanza di esso, al sistema normativo con il quale il caso presente il collegamento più stretto. Si tratta dunque di una soluzione «eclettica»⁴⁹, grazie alla quale la nostra disciplina di conflitto dispone così anche la possibilità che siano richiamati sistemi normativi di tipo religioso, quali quelli esistenti negli ordinamenti plurilegislativi su base personale.

26. Evidente l'influenza delle idee di MANCINI su questa soluzione attualmente accolta dal sistema italiano di conflitto, e della c.d. eccezione dallo stesso elaborata in materia rispetto al principio di nazionalità. Tale eccezione è attualmente funzionale a risolvere il richiamo di ordinamenti plurilegislativi su base personale, quali ad es. quelli religiosi; l'attualità del pensiero di MANCINI, con riguardo a questo aspetto, si può leggere nella circostanza che egli stesso aveva considerato le difficoltà che il confronto con tali ordinamenti può determinare. La necessità di teorizzare l'apertura del mondo europeo ad altri sistemi giuridici, soprattutto a quelli di ispirazione islamica, si apprezza infatti nella Relazione alla camera dei deputati del 20 marzo 1875, sul tema «Modificazione della giurisdizione esercitata dai Consolati italiani in Egitto»⁵⁰, in cui MANCINI sostiene la necessità di derogare alla giurisdizione consolare italiana, «offesa permanente alla indipendenza nazionale dei popoli cui compete la sovranità territoriale nei rispettivi paesi» a favore dell'introduzione della competenza dei tribunali egiziani anche con riguardo ai cittadini di altri Stati europei residenti in Egitto. Evidente l'influenza dell'idea dell'«umanità delle nazioni» di Vico nel senso universale del termine⁵¹, anche nell'ambito dell'analogia dal MANCINI delineata con le Repubbliche marinare italiane che, mediante i loro trattati sul mutuo riconoscimento delle sentenze, avevano in passato considerato i sovrani islamici del Nordafrica come controparti dotati di completa uguaglianza di diritti.

27. Alcuni profili contraddittori in questo approccio alla soluzione dei conflitti con ordinamenti religiosi si evidenziano tuttavia nelle soluzioni elaborate da MANCINI nel noto caso Samama⁵², con-

l'ingresso nell'Institut di studiosi dei paesi di *common law*, che determinarono una modifica delle linee guida di MANCINI, dapprima alla sessione di Bruxelles del 1879, in cui si attribuisce rilievo al *domicile of origin*, ed infine nella sessione di Oxford del 1880, in cui, sempre in assenza di MANCINI, si approva la mozione di suo genero, AUGUSTO PIERANTONI, marito della primogenita GRAZIA, avvocato e professore, rivolta a risolvere il problema dell'ordinamento plurilegislativo tramite il richiamo della legge previsto dallo Stato di nazionalità del soggetto di cui si tratta. Su tali aspetti e sulla connessione tra la soluzione di PIERANTONI proposta all'Institut de droit international e l'opportunità della stessa ai fini del caso Samama, si veda K.H. NADELMANN, «Mancini's Nationality Rule», cit., p. 428 e ss.

⁴⁵ Evidente l'influenza del noto caso Lizardi, in *Journal du Palais*, 1862, p. 427, su tali risoluzioni, in *Annuaire, éd. Abrégée*, vol. II, p. 1201, vol. III, p. 779. Sul punto si veda in generale F. MOSCONI, «La legge regolatrice della capacità delle persone fisiche: dalle proposte di Pasquale Stanislao Mancini alla prassi convenzionale», in *Studi in onore di Ago*, Milano, 1987, IV, p. 187 ss.

⁴⁶ «Conflits de lois en matière de capacité», in *Annuaire*, 1931, vol. 36, t. II, pp. 69-93, 237-238.

⁴⁷ In *BGBI*, 1978, p. 304.

⁴⁸ In *BGBI*, 1986, p. 1142.

⁴⁹ G. CONETTI, «Art. 18», in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., p. 1072.

⁵⁰ P. S. MANCINI, «Discorsi», IV, pp. 535 e ss.

⁵¹ G. B. VICO, «La scienza nuova», cit., p. 452.

⁵² P. S. MANCINI, «Samama», Napoli, II, 1880, cit., p. 211 ss.

cernente la successione testamentaria di un ebreo tunisino deceduto a Livorno con proprietà in Italia, Francia e Tunisia, relativamente alle quali aveva redatto un testamento olografo in Francia. Alcuni parenti contestavano la validità formale del testamento secondo il diritto ebraico, cui rinviava il diritto tunisino, applicabile in base all'art. 8 delle disp. prel. al c.c. del 1865. Allo scopo di assicurare la libertà e l'uguale godimento dei diritti a cittadini e stranieri, MANCINI sostiene infatti, seppure in via subordinata rispetto alle tesi che il *de cuius* potesse aver rinunciato alla cittadinanza d'origine, e che comunque si dovesse applicare la legge italiana in base al rinvio operato dal criterio del domicilio previsto dalla legge francese⁵³, che l'applicazione di un diritto religioso si ponga in contrasto con l'ordine pubblico in quanto rivolta a limitare la libertà dell'individuo di non sottostare a prescrizioni religiose⁵⁴. Anche se la Cassazione di Firenze non accoglie tale tesi ritenendo applicabile il diritto talmudico come richiamato dalla cittadinanza del *de cuius*, ai fini di affermare la validità del testamento *de quo*⁵⁵, la prospettazione di MANCINI appare un interessante spunto di soluzione di alcuni profili attualmente rilevanti, non solo per la concezione positiva dell'ordine pubblico, ancora oggi attuale nonostante la formulazione negativa dell'art. 16 l. 218/95, ma anche per la considerata possibilità, seppure poi non ritenuta concretamente praticabile, che il diritto religioso potesse ricevere applicazione, seppur limitata dall'ordine pubblico, nell'ambito, appunto di un ordinamento plurilegislativo.

V. Il superamento del principio di reciprocità nel pensiero di MANCINI e gli effetti sul diritto internazionale privato attuale

28. Un altro aspetto relativamente al quale si può apprezzare, in via interpretativa, l'influenza del pensiero di MANCINI sull'applicazione del diritto internazionale privato attuale riguarda il principio di reciprocità.

29. A tale riguardo occorre innanzitutto ricordare, come si è visto⁵⁶, che le teorie liberali di MANCINI portano a considerare gli stranieri in posizione di parità con i cittadini quanto al godimento dei diritti civili, in quanto sovranità e cittadinanza sono principi intrinsecamente legati.

30. Risulta pertanto incompatibile con la costruzione sistematica di sovranità e cittadinanza il principio di reciprocità, principio, come noto, risalente, secondo il giudizio di BARTOLO DA SASSOFERRATO al diritto romano, e codificato in Italia già nel codice austriaco (par. 33), dalle leggi civili napoletane (art. 9) e dal codice albertino, ad eccezione che nella successione (art. 26)⁵⁷, allo scopo di subordinare l'applicazione di diritti a favore dei cittadini stranieri alla verifica del trattamento riservato nelle medesime circostanze nell'ambito dell'ordinamento di appartenenza dello straniero.

31. Secondo il MANCINI, invece, non vi è alcuna ragione di distinguere gli individui in base a condizioni personali, in vista delle «idee di universal comunanza del genere umano»⁵⁸, «perché la società civile è uno stato di natura e basta nascer uomo per appartenere ad una società civile; né può esistersi senza questo esercizio. E quindi lo straniero dovunque potrà obbligarsi, far testamento, succedere, ecc., tranne per alcuni atti che includono una certa giacientia della persona, impossibile ad aversi spesso da uno straniero mal noto, come per far testimonianza negli atti pubblici e...»⁵⁹. MANCINI ritiene necessario supe-

⁵³ Sulla rilevanza del caso *Samama* ai fini della teoria del rinvio, che peraltro aveva consentito a MANCINI di vincere il primo e secondo grado di giudizio, si veda *amplius* C. CAMPIGLIO, «Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 368 ss.

⁵⁴ P.S. MANCINI, «Samama», Napoli, I, 1880, cit., p. 282 ss.

⁵⁵ Cass. Firenze, 25 aprile 1881, in *Monitore dei Tribunali*, 1881, p. 601.

⁵⁶ Si veda sul punto *supra* il par. 1.

⁵⁷ Sul punto si veda *amplius* C. STORTI STORCHI, «Ricerche sulla condizione giuridica dello straniero in Italia dal tardo diritto comune all'età preunitaria», Milano, 1989, p. 263 ss.

⁵⁸ Carte MANCINI, 859.1. (3).

⁵⁹ Carte MANCINI, loc. cit.

rare ogni forma di reciprocità, sia essa fondata sull'esistenza di trattati con lo Stato di appartenenza dello straniero, o di fatto, ovvero basata sulla concreta valutazione dei diritti riconosciuti ai cittadini stranieri nello Stato di appartenenza del soggetto del cui diritto si tratta, per affermare la completa equiparazione dello straniero al cittadino⁶⁰. La disciplina concreta della singola fattispecie in cui lo straniero si trova ad esercitare tali diritti è poi rimessa al diritto internazionale privato e alle disp. prel. al c.c. del 1865.

32. Tali idee, rivolte alla completa equiparazione tra cittadini e stranieri, e ispirate più ampiamente al principio di uguaglianza non solo naturale, ma anche giuridica di tutti gli uomini non si affievolirono con la repressione dei moti connessi con la prima guerra di indipendenza, ma si estesero con la formazione di una più completa teorizzazione da parte dei c.d. «cosmopoliti», ovvero quanti proclamavano la necessità di abolire la condizione di reciprocità al fine di evitare la disparità di trattamento degli stranieri⁶¹.

33. Nel pensiero di MANCINI «l'espressione diritto internazionale privato divenne la parola d'ordine contro un trattamento degli stranieri discriminatorio nel campo dei diritti civili»⁶², che riceve adeguata codificazione nell'art. 6 delle disp. prel. c.c. secondo il quale «Lo stato e la capacità delle persone, ed i rapporti di famiglia, sono regolati dalla legge della nazione cui esse appartengono». Con la formulazione di norme di conflitto bilaterali il trattamento dei cittadini e degli stranieri viene parificato senza trascurare la diversità della fattispecie.

34. Tali principi sono stati però alquanto ridimensionati nelle disp. prel. al c.c. del 1942, in cui l'influenza delle opposte idee di ANZILOTTI, che diversamente da MANCINI aveva impostato la propria costruzione del diritto internazionale sulla sovranità dello Stato cui l'individuo è subordinato, hanno condotto alla codificazione del principio di reciprocità nell'ambito dell'art. 16 disp. prel. c.c. allo scopo di subordinare l'applicazione di diritti a favore dei cittadini stranieri alla verifica del trattamento riservato nelle medesime circostanze nell'ambito dell'ordinamento di appartenenza dello straniero. Tale limite si pone infatti come questione distinta rispetto al contenuto dei diritti riconosciuti agli stranieri in base alla legge individuata dalle norme di conflitto italiane: vale infatti relativamente al contenuto materiale dei diritti reciprocamente attribuiti ai cittadini italiani nell'ordinamento di appartenenza del soggetto di cui si tratta⁶³.

35. La riforma del diritto internazionale privato del 1995 apparentemente non ha toccato tale disposizione, come suggerito da parte della dottrina⁶⁴, pur abrogando gli artt. 17-31 delle disp. prel. c.c., ponendo così alcuni problemi interpretativi: in materia di riconoscimento delle società straniere, si è ad es. discussa la possibilità di riconoscere le persone giuridiche straniere costituite secondo la legge del luogo di costituzione; in ordine all'esercizio di altri diritti civili, quale ad es. il risarcimento dei danni derivanti da un incidente sul lavoro di un congiunto si è negato il riconoscimento di tale pretesa in assenza di prova certa del rispetto della reciprocità⁶⁵.

⁶⁰ P.S. MANCINI, «Rapporto a l'Institut de droit international», 31 agosto 1874, cit., p. 169 e ss. Per un'analogia teorizzazione rivolta a criticare ogni forma di reciprocità, in quanto «(...) *obstacle à la grande circulation des capitaux, aux progrès du commerce et de l'industrie*», si veda P. ESPERSON, «Le droit international privé», cit., p. 339.

⁶¹ Si veda ad es.: A. PAROLDO, «Saggio di codificazione del diritto internazionale», Torino, 1851; P. ESPERSON, *Le droit international privé*, cit., p. 339; F. LAURENT, «Études sur le droit international privé», in *Journal du Droit International*, 1878, p. 343 ss. Differente l'approccio degli studiosi dei paesi di *common law*, vincolati per ragioni storiche e ideologiche all'applicazione generalizzata della *lex fori* nella soluzione dei conflitti di legge.

⁶² E. JAYME, «Pasquale Stanislao Mancini», cit., p. 24.

⁶³ Sul principio di reciprocità, si veda in generale A. GIARDINA, «Commento all'art. 16 disp. prel.», in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja – Branca, Roma – Bologna, 1978, p. 11; B. NASCIMBENE, «Cittadinanza, apolidia e condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza italiana», in *Comunicazioni e Studi*, 1980, XVI, p. 805 ss.; G. CONETTI, «Reciprocità e diritti fondamentali del lavoratore straniero», in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1989, p. 130 ss.; C. STORTI STORCHI, «Il ritorno alla reciprocità di trattamento. Profili storici dell'art. 16, 1° co., disp. prel. del codice civile del 1942», in *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, p. 501 ss.

⁶⁴ R. LUZZATTO, «Stato e capacità delle persone», in *Problemi di riforma*, cit., p. 425 ss.

⁶⁵ Trib. Vicenza, 27 aprile 2000, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 130 ss.: si trattava dell'azione esercitata dai genitori di un cittadino bosniaco dipendente di una ditta italiana deceduto in ambito lavorativo, i quali risiedevano a Fiume a seguito delle note vicende del conflitto in Bosnia.

36. Alle critiche già ampiamente rivolte in dottrina in ordine alla ricostruibilità di un'abrogazione implicita del principio di reciprocità sulla base della rilevanza costituzionale dei diritti fondamentali dell'individuo, ovvero dei valori sottesi alla nuova codificazione di diritto internazionale privato⁶⁶, che potrebbero, nel caso in cui non si ammetta la prima ipotesi comunque condurre alla revisione dell'ambito di applicazione della reciprocità⁶⁷, pare possa certamente aggiungersi la considerazione dei principi manciniani che oggi si ricordano in occasione dell'unità di Italia: il rispetto della cittadinanza degli stranieri e del principio di uguaglianza, e il riconoscimento automatico delle decisioni straniere, da leggersi coerentemente con il principio dell'apertura ai valori giuridici stranieri, dovrebbero poter sostenere tali conclusioni.

VI. La circolazione dei giudicati

37. Le idee liberali di MANCINI e la parità degli ordinamenti giuridici dallo stesso teorizzata si pongono alla base del sistema dallo stesso ideato di automatico riconoscimento delle decisioni, che prescindono dalla reciprocità, quale è stato codificato nel c.p.c. del 1865.

38. Quanto alla circolazione dei giudicati, la teorizzazione di MANCINI ha avuto due meriti: unificare la procedura civile all'epoca differente nei differenti Stati preunitari⁶⁸, e segnare una notevole apertura verso i valori giuridici stranieri.

39. Tali idee si ricollegano alla più ampia teorizzazione manciniana, rivolta alla creazione di regole di diritto internazionale privato uniforme, obiettivo fondamentale delineato da MANCINI già nel 1874 durante la prima sessione dell'Institut de droit international (Ginevra) di cui fu il primo presidente, e successivamente espresse in maniera più ampia con l'ideazione di una Conferenza internazionale per la conclusione di una convenzione generale sulla circolazione dei giudicati che MANCINI, in qualità di Ministro degli esteri (1881), voleva convocare a Roma nel 1884, avendo già in passato intrapreso dei negoziati a tal fine⁶⁹. Tale Conferenza non si tenne mai, a causa dell'epidemia di colera all'epoca scoppiata (che determinò la convocazione di una conferenza sanitaria), e rimase così inalterata la disciplina prevista dal c.p.c. del 1865, che pur contiene gli spunti per quel processo di uniformazione della circolazione dei giudicati che, partito con la Convenzione di Bruxelles del 1968, è tuttora in evoluzione verso la c.d. abolizione dell'*exequatur* con i nuovi regolamenti dell'Unione europea.

40. Il presupposto su cui MANCINI fonda le proprie teorie in merito all'unificazione del diritto internazionale privato è la circostanza in base alla quale la comunanza del diritto tra persone di diversa nazionalità è impossibile; al fine di superare le differenze nelle decisioni di casi simili, MANCINI propone invece di unificare il diritto internazionale privato, applicando leggi straniere sulla base di criteri uniformi⁷⁰.

41. Relativamente al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni, le idee liberali di MANCINI, ovvero la parità e l'uguaglianza tra ordinamenti si erano tradotte, come si è detto⁷¹, nell'art. 10 disp.

⁶⁶ C. CAMPIGLIO, «Abrogazione dell'art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 45 ss.; ID, «Reciprocity in the treatment of aliens in Italy: good reasons for its abolition», in *The Italian Yearbook of International Law*, 2001, p. 125 ss.

⁶⁷ G. COSCIA, «Condizione di reciprocità e diritto internazionale privato», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 557 ss.

⁶⁸ Ad es. nel Granducato di Toscana le sentenze di altri Stati avevano solo valore indicativo; nel Granducato di Modena invece si procedeva al riesame del merito solo se il convenuto impugnava la sentenza straniera; nel Granducato di Parma si distingueva se la sentenza riguardava un cittadino dello Stato di Parma oppure no: nel primo caso si procedeva a un nuovo giudizio.

⁶⁹ Già nel 1867, MANCINI era stato incaricato dal governo italiano di proporre un primo progetto di convenzione di diritto uniforme ai vari governi europei. Sul fallimento dello stesso, e sugli esiti successivi si veda T.M. C. ASSER, «Droit international privé et droit uniforme», in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1880, p. 14 ss.

⁷⁰ P. S. MANCINI, *Utilità di rendere obbligatorie*, cit., p. 377 ss.

⁷¹ Si veda sul punto *supra* il par. 1.

prel .c.c. secondo il quale si disponeva come esclusiva la disciplina per rendere esecutive in Italia le sentenze straniere secondo le forme e le regole del c.p.c., ovvero l'art. 941 che prevedeva in materia un giudizio di delibazione dinanzi alla Corte d'appello nella cui giurisdizione le sentenze dovevano essere eseguite. Tale procedimento era però necessario solo nel caso in cui si dovesse procedere a esecuzione forzata (cui venne poi assimilata l'idoneità a dar luogo a iscrizioni o trascrizioni nei pubblici registri); nelle ipotesi in cui la sentenza straniera dovesse essere meramente riconosciuta (come ad es. le sentenze dichiarative che accertano l'inesistenza di un diritto), non era invece previsto alcun procedimento. Ciò in corrispondenza agli assunti manciniani, che avevano ugualmente ispirato l'adozione di norme di conflitto perfettamente bilaterali e che aveva condotto ad accordare allo straniero i diritti civili senza il limite della reciprocità. Il giudizio di delibazione venne in seguito definito, dapprima con la riforma MORTARA del 1919, che modifica l'art. 941, 1° co. C.p.c., nel senso di intendere la competenza internazionale con riguardo ai criteri fissati dalle preleggi, estendendone però l'efficacia al riconoscimento di ogni effetto della cosa giudicata, e successivamente con una propria completa autonomia determinata dall'influenza del principio della sovranità dello Stato, propria di ANZILOTTI, travolgendo la costruzione manciniana.

42. La riforma del 1995 ha eliminato la necessità generale del giudizio di delibazione ritornando così alle indicazioni manciniane, coerentemente con il principio di apertura ai valori giuridici stranieri che caratterizza il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato. Evidente pertanto l'influenza del pensiero di MANCINI sull'automatico riconoscimento delle sentenze straniere attualmente previsto.

43. In via interpretativa, l'influenza delle idee di MANCINI si può inoltre apprezzare in merito alle possibili integrazioni della disciplina attualmente vigente, nelle ipotesi in cui sia incerta la riconoscibilità dei provvedimenti stranieri; ciò accade ad es. relativamente alla riconoscibilità dei provvedimenti stranieri in materia di *status* e di rapporti di famiglia delle persone, per i quali l'art. 65 della l. 218/95 prevede un riconoscimento a condizioni più agevolate rispetto alla disciplina generale per i provvedimenti provenienti dagli Stati la cui legge è richiamata dalle disposizioni italiane di conflitto. Nei casi in cui, come ad es. in materia di diritto al nome, tale ampia riconoscibilità rischi di essere limitata dalla previsione di disposizioni che escludano la riconoscibilità di provvedimenti provenienti da ordinamenti diversi da quello italiano, in presenza della cittadinanza italiana del soggetto di cui si tratta, si può ritenere che il richiamo dei principi manciniani renda possibile una differente soluzione orientata a favorire la circolazione dei giudicati e l'apertura ai valori giuridici stranieri, anche al fine di una più efficace tutela di un diritto fondamentale dell'individuo⁷².

VII. Osservazioni conclusive

44. L'analisi dei rapporti tra Italia e resto del mondo nel pensiero di MANCINI ovvero della disciplina dei rapporti civilistici interindividuali transnazionali ha evidenziato il legame forte tra l'unità d'Italia e la sistematica costruzione del diritto internazionale privato dallo stesso proposta. Nonostante l'evoluzione che tale disciplina ha subito secondo le sollecitazioni internazionali ed europee, o forse proprio a causa di tali circostanze, il legame si può apprezzare anche oggi, e non solo per l'occasione contingente delle celebrazioni del 150° anniversario, ma anche per il rilievo generalmente attribuito ai principi su cui si fonda tale legame: uguaglianza e nazionalità.

45. L'uguaglianza tra cittadini e stranieri è la premessa interpretativa della disciplina, rimasta inalterata nel corso dell'evoluzione temporale appena considerata: se allo straniero non fossero riconosciuti i diritti civili, non si porrebbe nemmeno il problema di determinare la legge ad essi applicabile, questione fondamentale del diritto internazionale privato.

⁷² Si veda in tal senso S. TONOLO, *Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 849 e ss.

46. I presupposti attuali del funzionamento e dell'applicazione delle norme del diritto internazionale privato si riconducono ancora, in linea di principio, superati alcuni diversi assunti del positivismo, alla teoria di MANCINI concernente l'uguaglianza tra *lex fori* e diritto straniero, che deve orientare la scelta del diritto applicabile senza discriminazioni di alcun genere. Evidente la connessione così sviluppata, sulla base di tali presupposti, tra diritto internazionale privato e tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Il diritto internazionale privato attuale si intreccia infatti spesso con i temi della tutela internazionalmente garantita dei diritti dell'uomo⁷³, basti pensare alla nozione di ordine pubblico positivo, sempre più spesso utilizzata per affermare la necessaria rilevanza di posizioni giuridiche soggettive fondamentali, o all'automatica riconoscibilità dei provvedimenti in materia di status e di diritti della personalità⁷⁴.

47. Quanto alla nazionalità, nonostante l'apparente declino del concetto di cittadinanza come criterio di collegamento⁷⁵, non si può non notare la nuova recente considerazione dello stesso, a seguito dell'introduzione della nozione di cittadinanza europea.

48. A partire dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, e ancor più a seguito del Trattato di Amsterdam, che ha precisato come la cittadinanza europea «completa» quella nazionale, si sono posti vari problemi concernenti il rapporto tra le prerogative della cittadinanza europea e il diritto internazionale privato. La cittadinanza europea è funzionale all'esercizio di prerogative fondamentali dell'individuo, garantite, quanto al funzionamento, dal principio di non discriminazione.

49. Restano da risolvere alcuni interrogativi circa la sua interrelazione con le cittadinanze nazionali cui si aggiunge e che comunque sono destinate a risolvere i problemi di diritto internazionale privato quanto all'individuazione di legge applicabile e di giudice competente, come ad es. la determinazione di tale criterio in caso di plurima cittadinanza. La soluzione che viene individuata dalla giurisprudenza di Lussemburgo, ed è seguita anche nell'ambito dei singoli ordinamenti degli Stati membri, risulta in qualche modo coerente alla teorizzazione di MANCINI. Si pensi, ad es., alla recente giurisprudenza concernente l'applicazione della cittadinanza come criterio di giurisdizione in caso di separazione e divorzio: in caso di duplice cittadinanza di un coniuge sussiste la competenza di entrambi i fori a scelta dell'attore⁷⁶. La ricerca della cittadinanza più effettiva sulla base di altri criteri di collegamento concorrenti alla definizione di tale soluzione pare in tal senso coerente alla soluzione manciniana di definizione della cittadinanza in base alla coscienza della nazionalità, e in qualche modo corrispondente alle risalenti indicazioni di MAZZINI: «così facendo, sarete italiani, e vi troverete per legge di cose, europei»⁷⁷.

⁷³ P. MAYER, «La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères», in *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 659 ss.

⁷⁴ P. HAMMIE, *Droits fondamentaux et ordre public*, in *Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 9 e ss.

⁷⁵ Sul quale, si veda *supra* il par. 3

⁷⁶ Sentenza 16 luglio 2009, causa C - 168/09, *Hadadi*, cit., p. 176 e ss.

⁷⁷ G. MAZZINI, *Dell'Unità italiana*, in G. MAZZINI, *Dell'Unità italiana e altri scritti politici*, a cura di O. MICUCCI, Ancona, 2011, p. 28.

VARIA

VECINDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA: NUEVAS REFLEXIONES EN TORNO A LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL ART. 14.4 C.C. Y LA RETROACTIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN RELACIÓN A LOS MODOS DE ADQUISICIÓN DE SU VECINDAD CIVIL

ANA-PALOMA ABARCA JUNCO

*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

*Profesora contratada doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Recibido: 23.03.2011 / Aceptado: 04.04.2011

Resumen: Las sentencias del TSJ Navarra 3 marzo 1994, de la AP Barcelona 4 noviembre 2003 y del TS 14 septiembre 2009 permiten una nueva reflexión acerca de la determinación de la vecindad civil de la mujer casada —adquirida antes de la Constitución Española— en relación a la ley aplicable a la sucesión. El TSJ de Navarra confirma la vecindad civil navarra del marido —adquirida en 1965— si bien ajustando el resultado material del supuesto mediante la aplicación de otra ley (la catalana) en atención a la especificidad del caso. La AP de Barcelona niega la aplicación del derecho navarro a la sucesión de la esposa e interpreta aplicable el derecho catalán por entender que la vinculación de la mujer casada a la vecindad civil del esposo dejó de tener efectos una vez vigente la Constitución Española, aplicando retroactivamente la misma para negar eficacia al art. 14.4 C.c. (en su redacción vigente en ese momento). El TS confirma esta última sentencia con fundamento en la inconstitucionalidad sobrevenida del mencionado artículo del Código civil, que argumenta en base a la STC 14 febrero 2002. El presente trabajo pretende poner de relieve algunos problemas y elaborar una propuesta de solución no necesariamente acorde con los fundamentos jurídicos de las sentencias comentadas.

Palabras clave: vecindad civil: adquisición y pérdida, sucesión: ley aplicable, fraude de ley: requisitos, inconstitucionalidad sobrevenida del art. 14.4 C.c.

Abstract: The rulings of the Supreme Court of Navarra (*Tribunal Superior de Justicia de Navarra*) dated March 3, 1994, the Provincial Court of Barcelona (*Audiencia Provincial de Barcelona*) dated November 4, 2003 and the Supreme Court (*Tribunal Supremo*) dated September 14, 2009 allow for a new analysis on the determination of the civil residence of a married woman, acquired before the Spanish Constitution, in relation to the law applicable to the succession. The *Tribunal Superior de Justicia de Navarra* confirms civil residence of the husband —acquired in 1965— while adjusting the result of the matter through the application of another law (catalana) given the particular circumstances of the case. The *Audiencia Provincial de Barcelona* denies the application of Navarran laws to the wife's inheritance and considers Catalan laws to be applicable on the basis that the relationship of a married woman to her husband's civil residence ceased to have effects upon effectiveness of the current Spanish Constitution, retroactively applying the same to deny the effectiveness of Article 14.4 of the Civil Code (in its version in force at that time.) The Supreme Court upholds such a ruling on the grounds of

a sudden unconstitutionality of that article of the Civil Code, which it argues based on the ruling dated February 14, 2002. This paper aims to highlight some problems and develop a proposed solution which is not necessarily consistent with the legal grounds of the judgments discussed

Key words: regional citizenship: acquisition and loss, succession applicable law, fraud: requirements, sudden unconstitutionality of Article 14.4 of the Civil Code.

Sumario: I. Introducción. II. Posición de la jurisprudencia comentada frente a los problemas derivados de la vecindad civil de la mujer casada. III. Algunas referencias a la jurisprudencia y doctrina de la DGRN en relación a la retroactividad de la Constitución en materias afines. 1. Los problemas en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad española. 2 Los problemas en el art. 9.2 C.c. y su inconstitucionalidad. IV. La retroactividad de la Constitución en relación a la vecindad civil de la mujer casada. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Las tres sentencias objeto de este comentario están vinculadas a un mismo asunto: la discusión de la determinación de la vecindad civil de la mujer casada adquirida con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. Los tres órganos jurisdiccionales que conocieron de este asunto dieron lugar a sendos pronunciamientos en los que se abordan algunas cuestiones de Derecho internacional privado de interés a los efectos de este trabajo. En concreto, las Sentencias objeto de análisis son las siguientes: STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), de 3 marzo 1994¹; SAP Barcelona (Sección 4ª), nº 752/2003 de 4 noviembre²; y, finalmente, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 588/2009 de 14 septiembre³.

2. Los antecedentes de hecho que consideramos relevantes para estas reflexiones traen causa del asunto del que conoció el TSJ de Navarra en la primera de las sentencias citadas. Estos hechos se concretan en los siguientes datos: el causante, casado, con dos hijos y con vecindad civil catalana de origen, había otorgado ante Notario varios testamentos abiertos en diferentes fechas consecutivas, siendo el último de estos de 1947. En dichos testamentos afirmaba tener vecindad civil catalana, instituía herederos por iguales partes a sus dos hijos y legaba el usufructo universal de sus bienes a su esposa. Posteriormente, en 1965 el causante compareció ante el Juzgado de Paz de Betelu y declaró su deseo de adquirir la vecindad civil navarra afirmando que estaba residiendo en la mencionada localidad. Declaración que en 1968 y mediante mandatario reiteró ante el Registro Civil de Pamplona. Dicha declaración causó inscripción marginal en el acta de nacimiento de ambos cónyuges, al ser adquirida (dicha vecindad civil) por la esposa en virtud del principio de unidad familiar sobre el que se asentaba el entonces vigente art. 15.3 C.c..

Debido a desavenencias familiares entre el causante y uno de sus hijos (en lo sucesivo, H1), aquel otorgó nuevo testamento en 1967, también en Barcelona, en el que legaba a su esposa el usufructo universal de sus bienes, instituía heredero a su otro hijo (en lo sucesivo, H2) y legaba a ambos hijos la legítima que en derecho catalán les correspondiera. En este testamento no se hizo expresa mención a que el otorgante tuviera vecindad civil catalana aunque sí que era natural y vecino de Barcelona. Un testamento posterior fue otorgado con parecido contenido en 1970, si bien reducía el importe de la legítima que en los instrumentos anteriores había consignado a favor de su hijo H1. Dos testamentos más fueron otorgados en 1976 y 1981 en los que, sin efectuar mención expresa a la vecindad civil, venía a desheredar a su hijo H1 sustituyéndolo por sus descendientes (1976) y legando a sus cuatro nietas «y a las que en lo sucesivo pudiera tener el hijo desheredado, lo que a este por legítima le hubiere correspondido ocupar pasando a ocupar el lugar del mismo» (1981). Fallecido el causante en 1986, el hijo desheredado (H1) y sus hijas presentaron demanda contra H2 (hermano y tío de los demandantes) y contra la viuda

¹ RJ/1994/2115.

² AC/2003/1818.

³ RJ/2009/4445, comentada por A. FONT I SEGURA, *REDI*, vol. LXI, 2, 2009, pp. 527-531.

(madre y abuela de los mismos) solicitando, entre otros pedimentos, la nulidad de los testamentos otorgados a partir de 1967 y la declaración del testamento de 1947 como único válido.

En lo que aquí interesa, la disputa recae en la determinación de la vecindad civil del causante (catalana o navarra); para, de este modo, saber cuál de las leyes en presencia habría de regir la sucesión. La determinación de una u otra ley no es cuestión menor ya que las donaciones hechas por el causante a su hijo H2 eran consideradas colacionables en el derecho catalán y no lo eran en el navarro, de tal modo que el caudal relicto —y por tanto la legítima— variaban.

II. Posición de la jurisprudencia comentada frente a los problemas derivados de la vecindad civil de la mujer casada

3. Más allá de este dato nuclear, la sentencia del TSJ de Navarra ofrece otros elementos de reflexión en sede de Derecho internacional privado. Estos elementos pueden ser agrupados en torno a tres cuestiones distintas aunque indudablemente conectadas en el caso en cuestión. Así: en orden a la adquisición/pérdida de la vecindad civil, el efecto de la declaración de voluntad expresa e inscrita versus la residencia continuada (a); la integración (judicial) de dos derechos distintos (navarro y catalán) en pro de un resultado de justicia material ad hoc (b); y, el posible fraude a la ley en la adquisición de la vecindad civil (navarra) (c):

- a) *Declaración de voluntad expresa e inscrita versus la residencia continuada en orden a la adquisición/pérdida de la vecindad civil*: En primer lugar interesa destacar como se afirma en la sentencia, el hecho —acreditado— de la adquisición de la vecindad civil navarra por parte del causante en virtud de la Declaración efectuada el Registro Civil de Pamplona, en la que acreditó una residencia de más de dos años en Betelu. El problema remite al valor probatorio de las inscripciones del Registro Civil (art. 327 C.c. y 2 y 4 de la Ley de Registro Civil). Y en esta sede se plantea la cuestión de que no es posible que la vecindad civil ganada en virtud de declaración expresa se pierda (como mantenía la sentencia recurrida) por residencia de diez años en otro territorio sin declaración expresa. Pues, dice esta sentencia que: «aquella declaración con constancia en el Registro, no necesita ser reiterada para conservarla». Claro es —continúa— que se está impugnando la correspondiente inscripción, lo que puede hacerse al no ser absoluto el valor de las actas, (...) cuando ante los Tribunales se suscita contienda sobre el estado civil, pero es lo cierto que esa impugnación no se ha formalizado en este caso en la forma en que la ley previene...
- b) *La integración (judicial) de dos derechos distintos (navarro y catalán) en pro de un resultado de justicia material ad hoc*: Esta segunda cuestión es a nuestro entender de sumo interés. En concreto se trata de la consideración que hace el Tribunal respecto a la aplicación de las normas. Afirma que si bien es aplicable el derecho navarro, también el derecho catalán, si no de aplicación directa al caso, sí viene a serlo como elemento interpretativo de la voluntad del causante, tal y como determinó la sentencia recurrida (FJ 5º). Interpretación que no fue objeto de recurso «que en consecuencia ha de ser respetada por esta Sala»; cuestión que no carece de lógica dado el grado de integración en la sociedad catalana donde siempre vivió el causante. Por tanto, la aplicación de la ley catalana al asunto de la colación de bienes donados no lo es por ser de aplicación directa al caso sino por una interpretación de los deseos del causante que, obviamente no se opone al derecho navarro que consagra el sistema de libertad de disposición «mortis causae». De este modo, el tribunal parece recurrir a una armonización de dos leyes en presencia, supuesto típico de adaptación, pero con la especialidad de que es solo una cuestión en litigio que se trata de solucionar con la conjunción de dos derechos autonómicos distintos de los que sólo uno es realmente aplicable. Nos encontramos, pues, ante una especie de Derecho internacional privado «en dos escalones» en el que primero se determina la ley aplicable y luego se trata de ajustar los resultados materiales a los que se llega dependiendo de la especificidad de cada caso, doctrina que encontramos en diversos

autores⁴. Es, en definitiva, la utilización de una norma material especial de fuente judicial que permite utilizar el derecho como un simple dato que contribuye a la integración de ambos derechos buscando una solución *ad hoc*. En términos similares es lo que H. JESSURUM D'OLIVEIRA aludió, en 1986, con el nombre de *Krypto-internationalesprivatrecht*.⁵ En todo caso, no estamos lejos de una «cierta manipulación» de las normas por parte del Juez para alcanzar un resultado de justicia material.

- c) *El fraude a la ley en la adquisición de la vecindad civil*: La tercera cuestión se refiere al fraude de ley, haciendo constar el Tribunal que no puede aceptarse que la adquisición de la vecindad civil Navarra, como alegaba el demandante (H1), por parte del causante se hiciera en fraude de ley, ya que no hay datos en el litigio que así lo indiquen. No entraremos ahora en esta cuestión por ser colateral en el contexto de este comentario, por lo que únicamente haremos una breve reflexión al final de este comentario.

4. Hasta aquí la primera de las sentencias comentadas. La segunda proviene de la AP de Barcelona y los hechos son los siguientes. Se trata de la sucesión de la esposa, fallecida en 1997, del causante cuya herencia fue objeto de la sentencia del TS de Navarra anteriormente comentada. De nuevo se suscitan conflictos en cuanto a la herencia de la misma. Y, por tanto, de la ley que regirá la sucesión y también del posible fraude en la conservación de la vecindad.

5. Empezando con el tema de la ley aplicable a la sucesión (ley nacional, —vecindad civil en este caso—, del causante en el momento del fallecimiento según reza el art. 9.8 C.c. y el art. 16.1 del mismo cuerpo legal). Como se analizó en la sentencia anterior, el esposo de la causante adquirió la vecindad civil navarra en virtud de la Declaración que efectuó ante el Registro Civil de Pamplona en el año 1968 en la que acreditó una residencia de más de dos años en Betelu. Estando entonces vigente el precepto que disponía que la mujer casada siguiera la vecindad civil del marido, la esposa adquirió tal vecindad como así consta en el Registro civil de Pamplona. Cierto es que tal forma de adquisición de la vecindad no exigía la declaración ante el Encargado del Registro civil, por lo que tal declaración formal —en el caso de la mujer casada— era imposible siendo suficiente la firma, como la causante hizo. De tal modo que, en principio y en el momento del fallecimiento, la causante tenía vecindad civil Navarra según consta en el Registro civil.

6. Frente a esta posición la AP de Barcelona —en la sentencia que ahora comentamos— mantiene un criterio distinto. Partiendo de los hechos antes relatados sostiene que no habiendo hecho la declaración expresa ante el Encargado del Registro y, por tanto, habiendo adquirido tal vecindad en base al derogado art. 14.4 C.c. (que imponía a la mujer casada la adquisición de la vecindad del marido; dando a entender que la declaración realizada por este no presupone la del cónyuge), no son relevantes para este supuesto las numerosas sentencias que señalan que no se pierde la vecindad por residencia de 10 años en otro territorio si la vecindad anterior se adquirió por declaración expresa ante el Encargado del Registro civil y dos años de residencia (art. 14.5.1º C.c.).

7. Por tanto, la postura de la Audiencia significa que es únicamente el hecho de la ausencia de declaración expresa por parte de la mujer (por otra parte imposible en su momento) lo que da lugar a la inconstitucionalidad y lo que permite que se adquiera la vecindad tras diez años de residencia, aún en el caso de existencia de otra anterior adquirida voluntariamente. De ahí que la aplicación de la Constitución Española en el año 1978, y en concreto de su art. 14, no encuentra obstáculo ya que al «no haber declaración expresa» la inscripción no tiene el mismo valor. ¿Quiere esto decir que si la mujer hubiera hecho declaración expresa ante el Encargado a pesar de que su adquisición lo fuera por seguir la vecindad del marido no habría cambiado de vecindad por residencia posterior de 10 años en Cataluña? O en otras

⁴ H. LEWALD, «Règles générales des conflits de lois» (Contribution à la technique du droit international privé), *R. des C.*, T. 69, 1939-III; E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *R. des C.*, T. 251, 1995.

⁵ *Z.f.R.V.*, 1986, p. 246.

palabras: ¿Qué el art. 14 de la CE no sería aplicable? ¿Hasta donde llega pues la aplicación inmediata de la Constitución española? ¿Dónde está la inconstitucionalidad, en la falta de declaración expresa o en art. 14.4 C.c. que obligaba de la mujer de seguir la vecindad del marido con o sin declaración expresa?

En opinión de la AP de Barcelona, la aplicación de la Constitución y de su art. 14 es inmediata en este supuesto (recordemos, no declaración expresa). De tal modo, que una vez en vigor deja de surtir efecto la vinculación de la mujer a la vecindad civil de su esposo al quedar derogado el art. 14.4 C.c., que así lo imponía, por ser claramente inconstitucional y en virtud de la Disposición Derogatoria apartado 3 de la CE por el que quedaron derogadas las disposiciones que a ella se opusieran. Entramos pues de lleno en la inconstitucionalidad del art. 14.4 C.c. en su redacción anterior y en la retroactividad de la CE, cuestiones que veremos a continuación.

8. Entramos ahora en la tercera de las sentencias objeto de examen (STS 14 septiembre 2009). En esta sentencia se confirman las consideraciones de la anterior y además se responden de forma conjunta a varias cuestiones planteadas en distintos motivos del recurso, todas ellas de enorme interés.

En primer lugar, se denuncia el incumplimiento de la disposición transitoria de la Ley 11/1990 que permitía a la mujer casada recuperar la vecindad civil que ostentaba antes de contraer matrimonio siempre y que lo solicitara en forma expresa y en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley. Con toda razón, a nuestro parecer, opina el recurrente que el significado de esta Disposición es clara. En efecto, en primer lugar, su existencia deriva del que el legislador daba por hecho la vigencia del art. 14.4 C.c. antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990. Si no hubiera sido así todas las mujeres casadas habrían recobrado su vecindad haciendo superflua tal Disposición.

En segundo lugar, opina el recurrente, que si no se hace la declaración en el plazo que indica la disposición transitoria citada se supone que se conserva la vecindad civil que se ostenta. Otra interpretación significaría la inoperancia de tal Disposición.

En tercer lugar, la exigencia de que para haber mantenido la vecindad por razón de matrimonio la declaración hubiera tenido que ser expresa supone dar efectos retroactivos al actual art. 14 C.c., que no existía cuando se adquirió tal vecindad, momento en el que no estaba prevista tal declaración expresa. Por tanto, la adquisición de tal vecindad no fue un acto nulo, porque era válido conforme a la legislación vigente en el momento.

En cuarto lugar, el recurrente hace referencia a una serie de cuestiones tales como a la vecindad civil (estado civil), a la necesidad de seguridad jurídica y al valor, por tanto, de las Actas del Registro y, finalmente, denuncia la infracción del art. 14.5 C.c. que establece que la vecindad civil adquirida (por declaración expresa) no tiene que ser reiterada.

Todos estos motivos, a nuestro entender perfectamente coherentes, se contestan en la STS con un único argumento: la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 14.4 C.c. y para argumentar tal posición se basa casi exclusivamente en la STC 39/2002, de 14 de febrero⁶. Sentencia referida a la inconstitucionalidad del art. 9.2 del C.c. que utilizaba la conexión ley nacional del marido para designar la ley aplicable a los efectos del matrimonio.

III. Algunas referencias a la jurisprudencia y doctrina en relación a la retroactividad de la Constitución en materias afines

9. En lo que se refiere al Derecho internacional privado, estamos ante uno de los problemas más frecuentemente planteados en la práctica judicial española: el relativo a la determinación en el tiempo de la norma reguladora del foro, bien sea material o de conflicto. Cuestión que plantea problemas de derecho transitorio, agravados cuando éste se ve afectado por un cambio en los principios generales del ordenamiento jurídico producido en este caso por la Constitución española.

Teniendo en cuenta que tanto en esta materia (vecindad civil) —pero también en otros preceptos relativos a la nacionalidad y a los efectos del matrimonio— era preferente la ley del marido sobre la de

⁶ RTC 2002\39.

la esposa, se ha suscitado el problema de la constitucionalidad de estas normas y, consiguientemente, la aplicación retroactiva de la CE.

Según reiterada jurisprudencia, aunque la CE tiene valor normativo inmediato en algunos de sus preceptos, su retroactividad sólo alcanza «a aquellas leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella» y que «no hubieran agotado sus efectos» con anterioridad a su promulgación⁷. También es jurisprudencia constante que tal aplicación retroactiva «tan solo podrá tener lugar cuando dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución»⁸.

1. Los problemas en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad española

10. Tomando como ejemplo las soluciones en materia de nacionalidad y comparándolas con la adoptada por el TS en la sentencia citada respecto a la norma del Código civil que disponía que la mujer casada seguiría la vecindad de su marido, vemos que son muy diferentes.

En efecto, en la disposición transitoria primera de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre de reforma de la nacionalidad se dispone «La adquisición o la pérdida de la nacionalidad española, conforme a la legislación anterior mantienen su efecto, aunque la causa de adquisición o pérdida no esté prevista en la ley actual».

Las Resoluciones de la DGRN son constantes tanto en la pérdida de la nacionalidad española por matrimonio con extranjero que se mantiene («[...] no importa que esta forma de pérdida haya sido derogada por normas posteriores, pues ninguna de ellas tiene la eficacia retroactiva máxima de no dar por producidos efectos jurídicos ya agotados de una relación anterior [...] si no se recupera legalmente como podía haber hecho hasta el año 1997») ⁹, como en el caso de la mujer casada con español que la adquirió por matrimonio, que no la pierde por no haber declaración o conducta que implique tal pérdida¹⁰.

Si bien no es comparable la nacionalidad con la vecindad civil (pues si bien ambos son estados civiles de la persona la segunda carece de proyección política y tiene un carácter puramente privado), los criterios de atribución y pérdida (de la vecindad) se han inspirado desde el Código civil de 1889 en los adoptados para la nacionalidad, si bien con especificidades derivadas de su distinto carácter. Además, es de destacar que el principio de unidad familiar que hacía depender la nacionalidad de la mujer respecto de la del marido desapareció en 1975 mientras que en el supuesto de la vecindad civil se produjo en 1990.

2. Los problemas en los efectos patrimoniales del matrimonio: el art. 9.2 C.c. y su inconstitucionalidad

11. En relación al régimen económico matrimonial, era y es jurisprudencia constante la consideración de la aplicación de la ley nacional del marido (art. 9.2 C.c. en su redacción anterior) en los casos en que el matrimonio tuviera lugar antes de la reforma del Código civil de 1990, como sucedió en la STS 6 octubre 1986¹¹ y la STS 9 diciembre 1986¹² y las sentencias de la AP Baleares 15 julio 2002¹³ y 10 septiembre 2002¹⁴.

El momento de celebración del matrimonio era el que se tomaba en consideración en dicha norma para determinar el régimen matrimonial. Por tanto, la ley aplicable era la vecindad civil del marido considerada como su ley personal en el momento de la celebración del matrimonio. En el caso del art. 9.2 C.c. los efectos jurídicos se habían producido en el mismo momento de la celebración ya que de él derivaba el régimen de bienes que era, según la legislación de entonces, inmutable en el tiempo. Es en

⁷ STC 43/1982, de 6 julio.

⁸ Entre otras, STS 9 diciembre 1986, RJ 1986\7224, FJ 2.

⁹ Res. DGRN 7 octubre 1996.

¹⁰ Res. DGRN 10 mayo 1996.

¹¹ RJ 1986\5327.

¹² *Supra cit.*

¹³ AC 2002\1422.

¹⁴ JUR 2002\272157.

esta inmutabilidad en el tiempo de los efectos del matrimonio en la que se basa gran parte de la jurisprudencia anterior ya citada para declarar aplicable el art. 9.2.

La declaración de inconstitucionalidad del art. 9.2 por parte del TC ha cambiado en parte esa jurisprudencia, ya que solo en principio —y como argumenta la SAP de las Islas Baleares 10 septiembre 2002, interpretando la sentencia del Tribunal Constitucional,— se refiere a los matrimonios celebrados tras la Constitución —que es la que deroga ese artículo— ya que lo que el TC ha decidido es «declarar inconstitucional y derogado por la Constitución el artículo 9.2 del Código...». Y por ello, no significa la nulidad del artículo *ex nunc* sino su derogación por la Constitución española, es decir a partir del año 1978. Los efectos jurídicos ya producidos antes de esa fecha se mantienen. En esta sentencia la Audiencia cita el art. 9 de la CE (prohibición de la retroactividad) afirmando que la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 9.2 C.c.: «no opera con retroactividad de grado máximo (...) ya que la aplicación de la nueva norma alcanzaría a efectos jurídicos ya producidos (...) y que (...) tal conclusión debe entenderse respecto de las situaciones producidas a partir de la promulgación de la Constitución (...)». Afirmando que lo contrario produciría una tal inseguridad jurídica que habría que replantear innumerables situaciones familiares ya consolidadas atentando al principio de seguridad jurídica art. 9 de la Constitución.

12. Aun así, en muchos casos esto puede afectar no sólo a la prohibición de la retroactividad y a la seguridad jurídica (art. 9 CE), sino también dar lugar a situaciones injustas. En efecto, la declaración de inconstitucionalidad afecta a la norma jurídica «si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada» (art. 161 CE). Sentencias que no han sido pocas y que han resuelto a favor del mantenimiento del art. 9.2. Por tanto, los que no llegaron a juicio obtendrán a partir de ahora una solución distinta.

IV. La retroactividad de la Constitución en relación a la vecindad civil de la mujer casada: Reflexiones finales

13. Como antes hemos destacado, la STS 14 septiembre 2009 argumenta en base a la STC 14 febrero 2002, aun cuando esta última se refiere al art. 9.2 del Código civil en su anterior redacción y no al anterior art. 14.4 (referido a la vecindad civil). Es decir, en un caso (STC) se refiere a la aplicación de la ley nacional del marido a los efectos del matrimonio y en el caso de la STS a la vecindad civil de la mujer adquirida por matrimonio.

14. Ahora bien, el problema se centra en saber si la posible retroactividad de la CE (y la doctrina citada anteriormente) alcanza a la vecindad civil adquirida por razón de matrimonio. Hay que resaltar que, hasta la Sentencia del Supremo que comentamos, ni la jurisprudencia ni la doctrina de la DGRN apoyaban esta solución.

En relación a la vecindad civil, las resoluciones de la DGRN consideran por una parte que si la mujer dejó transcurrir el plazo que le otorgaba la Disposición Transitoria de la Ley 11/1990, de 15 de octubre para recobrar su anterior vecindad, se estima que hay un consentimiento tácito para conservar la adquirida por razón de matrimonio, lo que apunta a una acercamiento de soluciones con la nacionalidad, rota como veremos, por las sentencias comentadas. Y, por otra parte, es doctrina reiterada de la DGRN que hasta la reforma introducida por la citada Ley 11/1990 que se suprime el *principio de unidad familiar* en sede de vecindad civil eran aplicables las normas vigentes en el momento de celebración del matrimonio (ex art. 15 C.c. en su anterior redacción).

En efecto, en relación a la doctrina de la DGRN, la Resolución 7 de octubre 1999 estima que la interesada no puede conservar la vecindad civil Navarra puesto que la perdió por razón de matrimonio celebrado en 1990, meses antes de la promulgación de la Ley 11/1990, y no se acogió a la disposición transitoria de la misma. En esta Resolución sí se argumenta en torno al efecto retroactivo de la Constitución, que concluye negando ya que «la apuntada discriminación contra la mujer era más formal que real a la vista de que sus derechos fundamentales no sufren variación por estar sujeta a una u otra vecindad».

En su Resolución de 24 enero 2005, expresamente se afirma, sin mencionar en absoluto la posible inconstitucionalidad del anterior art. 15 C.c., que éste se mantiene hasta la reforma introducida en la Ley 11/1990 de 15 octubre y en este sentido se mantiene también el derecho de la mujer de hacer una declaración de conservación de la vecindad civil catalana (ante el Registro civil en el año 2004) que «el marido adquirió por residencia de diez años en Cataluña, y ella misma por seguir la condición de aquel, en aplicación de la legislación entonces vigente». La Resolución reafirma en este tema concreto la opinión de la Encargada de que nunca perdió la vecindad adquirida por matrimonio al no haber ejercitado en su día la opción que le dio la transitoria de la Ley de 1990 por lo que «habría que estimar que su actitud envolvió un consentimiento tácito para mantener la adquirida por matrimonio» y, por tanto, la aplicación al caso del anterior art. 15 C.c.

15. De la lectura de las tres sentencias objeto de este comentario, nos surgen algunas dudas respecto al acierto de algunas de sus afirmaciones que han venido a cambiar el sentido de las soluciones antes otorgadas a este tema y que han sido expuestas en el anterior párrafo.

La primera se refiere a la postura de la SAP Barcelona 4 noviembre 2003 respecto a la pérdida de la vecindad civil. Para la Audiencia es únicamente el hecho de la ausencia de declaración expresa por parte de la mujer (por otra parte imposible en su momento) lo que permite que la aplicación de la Constitución Española de 1978 —y en concreto de su art. 14— no encuentre obstáculo ya que al «no haber declaración expresa» la inscripción no tiene el mismo valor.

Pero, parece evidente que la inconstitucionalidad no debe derivar de si hubo o no declaración expresa por parte de la esposa en ese modo de adquisición sino en la inconstitucionalidad del art. 14.4 C.c. que imponía a la mujer casada seguir la vecindad civil del marido, luego afectaba a cualquier modo en que se hubiera adquirido la misma.

16. La segunda reflexión se refiere a la retroactividad o no del art. 14 CE en referencia a las dos maneras de adquisición de la vecindad civil. En efecto, la mujer casada que seguía la vecindad civil de su marido *ex art. 14.4 C.c.*, la adquiría por cualquiera de las formas existentes en el Código. Bien por residencia de 10 años sin declaración en contra o bien de dos años con declaración dependiendo de cuál hubiera sido el modo en que su cónyuge la adquirió.

A nuestro entender, cada una de las formas de adquisición tiene diferentes consecuencias.

La vecindad civil es un estado civil de la persona, y su adquisición es un efecto jurídico que se realiza inmediatamente celebrado el matrimonio, en este caso, conforme al art. 14.4 vigente en el momento de contraerlo. Si se adquirió por el marido tras dos años de residencia y declaración expresa en esta misma forma la adquirió la mujer. Y el efecto jurídico es inmediato y tal declaración no necesita ser reiterada (arts. 15 C.c. y 65 LRC). Por tanto no sería aplicable el art. 14 CE pues los efectos ya están agotados en el tiempo.

Si el marido adquirió la vecindad civil por residencia de diez años y sin declaración expresa en contra, la mujer la adquirió del mismo modo y al no haberse agotado los efectos corre el peligro de perderla por ejemplo por residencia de diez años en otro territorio sometido a distinta vecindad. Este es el caso concreto de la RDGRN 24 enero 2005 ya citada que afirma el derecho de la mujer de hacer una declaración de conservación de la vecindad civil catalana (ante el Registro civil en el año 2004) que «el marido adquirió por residencia de diez años en Cataluña, y ella misma por seguir la condición de aquel, en aplicación de la legislación entonces vigente».

No queda claro en la STS 14 septiembre 2009 qué habría pasado si la adquisición de la vecindad por matrimonio tras dos años de residencia con una declaración expresa por parte de la mujer hubiera permitido también declarar su pérdida por la inconstitucionalidad sobrevenida de tal artículo. A nuestro entender como hemos tratado de explicar tal distinción (declaración expresa vs ausencia de declaración) no tiene sentido. Ambas serían en principio inconstitucionales, por mor del art. 15, pero el efecto retroactivo de la CE no existiría pues, en ambos casos, se habrían agotado los efectos de la norma.

17. Finalmente, el fraude de ley que se argumenta es la tercera aunque incidental reflexión. Queda desestimado en la STSJ Navarra en cuanto a la adquisición de la vecindad navarra del padre.

Surge de nuevo y es aceptado en la SAP Barcelona en relación a la declaración de conservación de la vecindad Navarra de la madre, en base a las pruebas practicadas en el procedimiento, tras las que se concluye que tal declaración «no tuvo otra finalidad que la de acogerse a una aparente vecindad foral navarra...» para eludir la ley catalana y privar a su hijo de su derecho a percibir el importe de la legítima que le corresponde.

Y aquí surge de nuevo el problema base anterior. Si la esposa adquirió la vecindad por matrimonio en virtud de dos años de residencia y por tanto no hacía falta reiterarla, la declaración de conservación no hubiera hecho falta y el fraude no podría haberse determinado en tal declaración como hizo la Audiencia. Si se considera, como así hizo la Audiencia y más tarde el Supremo, que tal vecindad decayó por falta de declaración de la esposa en el momento de la adquisición sí hubiera hecho falta una declaración de conservación (declaración que el Tribunal Supremo considera no es posible pero que sí lo es para la DGRN)¹⁵.

En ese momento sí se podría haber declarado el fraude, como así hizo la Audiencia, pues, a todas luces, del supuesto se sigue que tanto la adquisición como la frustrada conservación de la vecindad Navarra se llevaron a cabo con la finalidad de eludir la ley catalana. Siendo así que la negativa a considerar fraude en la adquisición por parte del TSJ Navarra era cosa juzgada, la Audiencia hubo de recurrir al momento de la conservación. Sin embargo el TS desestima el fraude de ley en la declaración de conservación.

A nuestro entender, estamos en presencia de un fraude ya que, precisamente el fraude surge cuando el acto realizado es jurídicamente regular. Y es el único modo de sancionar conductas en las que la alteración de situaciones ha creado tal apariencia de legitimidad que es necesario justificar de algún modo la no aplicación de la ley en principio aplicable. Si esta alteración no se produjera estaríamos ante un acto contra la ley no en fraude de ley. La intencionalidad es fundamental en el fraude y es la dificultad de probarla que hace que esta figura no exista en muchos ordenamientos jurídicos. Pero sí en el nuestro (arts. 6.4 y 12.4 C.c.). En este caso se utiliza una norma de remisión interna «las sucesiones se regirán por la ley de la vecindad civil del causante» (art. 9.8 en relación con el 16), y mediante un cambio ficticio de residencia se consigue que el derecho aplicable —al que emite el punto de conexión «vecindad civil»— sea otro derecho «más favorable» a los intereses particulares.

¹⁵ Res. 2005, *cit.*

LA POLITICA CINESE SULLE ESPORTAZIONI DINANZI AL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DELL'OMC: IL REPORT DEL PANEL NEL *CASO CHINA - RAW MATERIALS*

ELISA BARONCINI*

*Professore aggregato di diritto internazionale
Università degli Studi di Bologna*

Recibido: 07.09.2011 / Aceptado: 12.09.2011

Riassunto: Da qualche tempo, la politica commerciale cinese sulle esportazioni è oggetto della massima attenzione nel sistema dell'OMC. Negli ultimi anni, infatti, Pechino ha iniziato ad introdurre dazi e restrizioni quantitative all'esportazione per una nutrita serie di materiali, in particolare anche per le cosiddette «terre rare» (rare earth elements), un gruppo di elementi chimici indispensabili alla produzione industriale di alta tecnologia. Ciò ha destato forti preoccupazioni per quei Membri OMC i cui operatori fanno affidamento proprio sulle risorse originarie di Pechino per approvvigionarsi delle materie prime indispensabili al loro ciclo produttivo. Il presente lavoro si prefigge di illustrare e commentare le questioni di maggiore interesse affrontate nel report del Panel sulla controversia China – Raw Materials del 5 luglio 2011, che ha visto USA, UE e Messico attaccare i dazi e le quote all'esportazione posti dalla Repubblica popolare cinese su alcune materie prime di grande importanza per l'industria di trasformazione europea ed americana. Il report affronta questioni giuridicamente complesse e politicamente estremamente delicate, come l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 al Protocollo di adesione della Cina, la portata degli obblighi WTO-Plus gravanti su Pechino, incluso l'impegno sulla trasparenza, il rapporto tra liberalizzazione degli scambi e tutela dell'ambiente e della salute, nonché la relazione tra gli obblighi multilaterali e il principio della sovranità sulle risorse naturali.

Parole chiave: OMC, Protocollo di adesione della Repubblica popolare cinese, art. X GATT 1994, art. XI GATT 1994, art. XX GATT 1994, dazi all'esportazione, quote all'esportazione, risorse naturali, principio della sovranità sulle risorse naturali, tutela ambientale, tutela della salute, trasparenza.

Abstract: Chinese export policy is under great attention within the WTO system. In fact, Beijing has introduced duties and quotas for many raw materials, in particular also for the so called rare earth elements, a group of chemical elements which are indispensable for the industrial production of high technology. This situation created a great concern for those WTO Members whose economic operators heavily rely on Chinese natural resources for their supplies. Our work aims at illustrating and commenting the main issues approached in the Panel Report issued on 5 July 2011 in the China – Raw Materials case. In this dispute, the United States, the European Union and Mexico attacked export duties and quotas charged by China on metals and minerals of great importance for the European and American industries. The Report deals with very complex and extremely sensitive legal and political issues, such as the applicability of Article XX of the GATT 1994 to China's Accession Protocol, and the scope of the WTO-Plus obligations accepted by Beijing, including the commitment taken on transparency. Other major issues covered by the Panel are the relation between free trade and environmental and health protection, as well as the relation between the WTO system and the principle of sovereignty on natural resources.

Key words: WTO, Protocol on the Accession of the People's Republic of China, Article X GATT 1994, Article XI GATT 1994, Article XX GATT 1994, export duties, export quotas, natural resources, principle of sovereignty over natural resources, environmental protection, health protection, transparency.

* Il presente lavoro è redatto nell'ambito della ricerca «The Legal Framework of Environmental Protection: EU and China in a Global Perspective,» finanziata dalla *China-EU School of Law* (Beijing, China), sotto la direzione scientifica della Prof.ssa MARINA TIMOTEO.

Sumario: I. Introduzione. II. I fatti della disputa e la determinazione delle misure rientranti nel mandato del Panel. III. Il regime «WTO-Plus» della Cina sui dazi all'esportazione: la Sezione 11, par. 3, e l'Allegato 6 del Protocollo di adesione. IV. Il rapporto tra il Protocollo di adesione della Cina all'OMC e l'art. XX GATT 1994. 1. Perplessità sul risultato interpretativo del Panel. V. L'incompatibilità delle quote cinesi e del prezzo minimo all'esportazione sulle materie prime con l'art. XI, par. 1, GATT 1994. VI. L'eccezione al divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994 per far fronte ad una situazione critica dovuta alla penuria di prodotti essenziali per lo Stato esportatore. VII. Il principio di sovranità, la tutela delle risorse naturali esauribili, e l'art. XX, lett. g), GATT 1994. VIII. Protezione di ambiente e salute della popolazione cinese e art. XX, lett. b), GATT 1994. IX. L'art. X, par. 1, GATT 1994 e la mancata pubblicazione a) delle quote all'esportazione di zinco da parte del MOFCOM e b) della Carta del 2001 sulle funzioni della Camera di commercio cinese degli importatori ed esportatori di metalli, minerali e prodotti chimici. X. L'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994 e l'assenza di indicazioni su contenuto e modalità applicative del requisito della «capacità operativa» richiesto alle imprese esportatrici. XI. La normativa cinese sui requisiti di previa attività di esportazione e di capitale sociale minimo, le Sezioni 1, par. 2, e 5, par. 1, del Protocollo di adesione, ed i paragrafi 83 e 84 del Rapporto del Gruppo di lavoro sull'adesione di Pechino all'OMC. XII. Conclusioni.

I. Introduzione

1. Da qualche tempo, la politica commerciale cinese sulle esportazioni è oggetto della massima attenzione nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Negli ultimi anni, infatti, Pechino ha iniziato ad introdurre dazi e restrizioni quantitative all'esportazione per una nutrita serie di materiali, in particolare anche per le cosiddette «terre rare» (*rare earth elements*), un gruppo di elementi chimici indispensabili alla produzione industriale di alta tecnologia.¹ Ciò ha destato forti preoccupazioni soprattutto negli operatori economici delle potenze industrializzate —segnatamente, Stati Uniti e Unione europea— poichè detti operatori ormai da tempo fanno affidamento proprio sulle risorse originarie di Pechino per approvvigionarsi delle materie prime indispensabili al loro ciclo produttivo. La possibilità, sino a pochi anni fa, di potersi rifornire, a prezzi vantaggiosi, presso i produttori cinesi, certo non ha incentivato l'apertura di nuovi siti estrattivi. Inoltre, le pesanti condizioni di lavoro tipiche delle attività di estrazione o di prima lavorazione dei materiali, unitamente all'introduzione di severe normative, a livello interno, sul rispetto dell'ambiente² hanno sovente determinato la riduzione degli impianti di estrazione o di lavorazione esistenti nei Paesi più ricchi, con la conseguenza che i produttori europei e statunitensi ora faticano a reperire da fonti alternative i materiali che non riescono più ad ottenere dagli operatori asiatici. Alle difficoltà di approvvigionamento si aggiunge poi la maggiore concorrenza alla quale i prodotti americani ed europei sono suscettibili di essere sottoposti da parte dell'industria di trasformazione cinese, che non ha problemi di accesso alle materie prime e, grazie alle restrizioni alle esportazioni, può acquistare dette materie anche ad un prezzo molto contenuto, proprio mentre queste

¹ Sulle apprensioni di Stati Uniti ed Unione europea a proposito delle limitate esportazioni cinesi di terre rare v. R. BÜTKOFER, *Europe, China and the Quest for Rare Earths*, in *EurActiv.com*, 4 October 2010; *EU will Urge China to Free Rare Earth Restrictions - Diplomat Goes Cap in Hand to Chinese Officials*, in *TechEye.net*, 17 November 2010; G. GABUSI, *La disputa sulle terre rare*, in *Orizzonte Cina*, no. 8/2011, pp. 8-9; B. GU, *Mineral Export Restraints and Sustainable Development – Are Rare Earths Testing the WTO's Loopholes?*, University of International Business and Economics, China, 2011, in <http://www.bepress.com>; *Rare Earth Minerals Shortage Feared by US and EU*, in *BBC News Business*, 27 October 2010; A. WONG, *Japan, U.S. and EU May Bring Rare Earth Dispute with China to WTO*, in *International Business Times*, 23 October 2010.

² Per quanto riguarda la normativa dell'Unione europea sull'industria estrattiva di materie prime cfr. la Direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, in GU L20/7 del 26.1.2010, e la Direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, in GU L206/7 del 22.7.1992. Più in generale, si vedano sul tema anche i seguenti documenti della Commissione europea: COM(2008) 699, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – L'iniziativa «materie prime» – Rispondere ai nostri bisogni fondamentali per garantire la crescita e creare posti di lavoro in Europa*, Bruxelles, 4.11.2008; COM(2011) 25, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Affrontare le sfide relative ai mercati dei prodotti di base e alle materie prime*, Bruxelles, 2.2.2011; European Commission, *EC Guidance on Undertaking Non-Energy Extractive Activities in Accordance with NATURA 2000 Requirements*, Luxembourg, 2011.

ultime, venendo a scarseggiare sui mercati stranieri, conoscono inevitabilmente un aumento del loro costo sul piano internazionale.³

Alla luce anche degli impegni assunti da Pechino nel Protocollo di adesione all'OMC,⁴ la recente politica cinese sulle esportazioni ha sollevato sempre maggiori perplessità riguardo la sua compatibilità con le regole del sistema di liberalizzazione degli scambi. Così, Stati Uniti ed Unione europea hanno avviato un contenzioso dinanzi al meccanismo ginevrino del sistema di risoluzione delle controversie, affiancati dal Messico.⁵ Tale Paese, infatti, che si definisce in via di sviluppo, pur facendo parte dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), ha un forte settore dell'acciaio, significativamente penalizzato dalle restrizioni di Pechino, insieme a quello chimico e all'industria dell'alluminio. Ben di buon grado, quindi, il Messico ha colto l'opportunità di partecipare al reclamo delle due grandi potenze economiche, data l'alta complessità del sistema amministrativo e normativo cinese da affrontare nella causa, ed il conseguente molto ampio e dispendioso lavoro giuridico necessario per affrontare adeguatamente la disputa dinanzi al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC.⁶

Dopo il fallimento delle consultazioni, il reclamo contro la Cina, relativo alle restrizioni alle esportazioni di bauxite, coke, fluorite, magnesio, manganese, carburo di silicio, silicio metallico, fosforo giallo e zinco, ha portato alla redazione di un importante report da parte del Panel appositamente istituito, report che è stato fatto circolare, secondo quanto previsto dall'Intesa OMC sulla risoluzione delle controversie (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, DSU), il 5 luglio 2011.⁷

2. La rilevanza del report in oggetto risiede in molteplici ragioni. Innanzitutto, per la prima volta, un organo giudicante dell'OMC si è trovato a dover interpretare le parti del Protocollo di adesione

³ Oltre alle considerazioni che su tale aspetto verranno fatte nel prosieguo del presente lavoro, si vedano anche le dichiarazioni del Governo statunitense in USTR Press Release, *United States Files WTO Case Against China Over Export Restraints on Raw Materials*, 23 June 2009.

⁴ *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, WT/L/432, 23 November 2001. V. anche *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/MIN(01)/3, 10 November 2001.

⁵ La controversia è stata sollevata dagli Stati Uniti (Request for Consultations by the United States, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/1, 25 June 2008), ai quali si sono successivamente aggiunti i ricorsi dell'Unione europea (Request for Consultations by the European Communities, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS395/1, 25 June 2009) e del Messico (Request for Consultations by Mexico, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS398/1, 26 August 2009), le cui richieste di consultazioni e di istituzione di un gruppo speciale si caratterizzano per essere molto simili tra loro -in diverse parti, soprattutto per quanto riguarda le istanze di Stati Uniti e Messico, esse risultano addirittura identiche. Con riferimento specifico al momento di presentazione della domanda di stabilimento del panel, I reclami dei tre Membri OMC si contraddistinguono per la scelta del medesimo giorno (Request for the Establishment of a Panel by the United States, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/7, 9 November 2009; Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS395/7, 9 November 2009; Request for the Establishment of a Panel by Mexico, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS398/6, 9 November 2009). Tale strategia mostra la forte cooperazione tra «multiple complainants,» sempre più frequente nel sistema OMC per gestire cause complesse ed onerose come quella qui esaminata. Lo stretto coordinamento tra i tre ricorrenti è naturalmente sfociato nella richiesta di istituire un unico Panel per esaminare i tre reclami, richiesta accolta dal *Dispute Settlement Body* (DSB) conformemente a quanto previsto dall'art. 9, par. 1, DSU, ai sensi del quale «[w]here more than one Member requests the establishment of a panel related to the same matter, a single panel may be established to examine these complaints taking into account the rights of all Members concerned. A single panel should be established to examine such complaints whenever feasible.» V., *Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 21 December 2009*, WT/DSB/M/277, 1 March 2010, par. 67-76.

⁶ Sul tipo di sviluppo economico attualmente raggiunto dal Messico, comunque un Paese OCSE, e sulla sua partecipazione anche al contenzioso ginevrino, caratterizzata da molte dispute relative proprio al settore dell'acciaio, cfr. J. A. HUERTA-GOLDMAN, *Mexico in the WTO and NAFTA: Litigating International Trade Disputes*, Kluwer, The Hague, 2010. Il Messico, peraltro, già in precedenza aveva proficuamente agito in tandem con gli Stati Uniti contro la Cina, nei casi WT/DS358, WT/DS359, *China - Certain Measures Granting Refunds, Reductions or Exemptions from Taxes and Other Payments*, e WT/DS387, WT/DS388, *China – Grants, Loans and Other Incentives*, entrambi conclusi con una soluzione amichevole tra i contendenti. Su tali controversie si rinvia a W. Ji, C. HUANG, *China's Experience in Dealing with WTO Dispute Settlement: A Chinese Perspective*, in *JWT*, 2011, pp. 1-37, alle pp. 16-17 e 22-23.

⁷ *China – Raw Materials*, Panel Report, *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, circulated to WTO Members 5 July 2011. Nel presente lavoro, unicamente per i brani citati dal report del Panel nel caso *China – Raw Materials*, ci si limiterà ad indicare la numerazione del paragrafo o dei paragrafi interessati.

della Cina concernenti gli impegni sui dazi alle esportazioni, come pure l'art. XI, par. 2, lett. a) GATT 1994, relativo all'eccezione specifica al divieto di restrizioni quantitative laddove applicate temporaneamente per prevenire o alleviare una situazione critica dovuta anche ad una penuria di prodotti essenziali per lo Stato esportatore.

Quindi, il Panel è intervenuto nuovamente sull'applicabilità della clausola sulle eccezioni generali del GATT 1994 al Protocollo di adesione, giungendo ad una conclusione opposta rispetto a quanto stabilito dall'Organo d'appello nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*,⁸ una presa di posizione che, indubbiamente, esorta alla riflessione data l'assenza di indicazioni precise nel Protocollo sul suo rapporto con gli Accordi OMC, e la divergenza con il risultato interpretativo del Tribunale permanente. La Cina, infatti, nella causa in oggetto ha costantemente respinto le accuse di limitare le esportazioni per favorire l'industria nazionale di trasformazione, sostenendo, tra l'altro, che le sue misure restrittive dovevano essere giustificate in base all'art. XX, lett. b e lett. g), GATT 1994 in quanto necessarie a tutelare l'ambiente e la salute della popolazione cinese, e a preservare le proprie risorse naturali. Pur concludendo per l'inapplicabilità di tale disposizione al Protocollo di adesione, il Panel ha esaminato la possibilità di giustificare la normativa cinese grazie all'art. XX GATT 1994 «on an *arguendo* basis,»⁹ dunque in via ipotetica «pour les besoins du débat,»¹⁰ «a efectos de argumentación.»¹¹ In sostanza, il Gruppo di esperti ha voluto, comunque, fornire alle parti il proprio esame degli elementi di fatto e delle prove addotti nel procedimento a proposito dell'art. XX, e garantire, così, il loro diritto ad una pronta risoluzione della controversia, evitando il *non liquet* in sede di appello nell'ipotesi in cui il Tribunale permanente dovesse acconsentire all'applicabilità della clausola GATT sulle eccezioni generali anche per la Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, che impone alla Cina di eliminare i dazi all'esportazione.¹² Il report qui esaminato, pertanto, desta notevole interesse poiché verifica l'applicabilità dell'art. XX, lett. b), GATT 1994, come interpretato dalla pregressa giurisprudenza dell'OMC, alla difesa cinese sulla tutela della salute e sulla sostenibilità ambientale delle proprie misure, e afferma, nelle corpose considerazioni compiute a proposito dell'art. XX, lett. g), GATT 1994, che quest'ultimo deve essere interpretato anche alla luce del principio della sovranità statale, sotto il particolare profilo della sovranità sulle risorse naturali, una prospettiva sulla quale il contenzioso dell'OMC non si era mai soffermato.

Non manca, poi, un'importante analisi dell'art. X GATT 1994, dunque della trasparenza, equità e pubblicità di diversi aspetti della disciplina cinese sottoposta al vaglio del Panel.

3. Nel presente saggio, dopo una rapida esposizione della parte in fatto, si intendono illustrare e commentare quelle parti del report che analizzano gli aspetti ora evidenziati. Prima, però, ci si soffermerà anche sulla interessante eccezione preliminare mossa dalla Cina a proposito della definizione del mandato del Gruppo di esperti. Pechino, infatti, con estrema diligenza e serietà, ha molto investito

⁸ Appellate Body Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010.

⁹ Par. 7.230.

¹⁰ *Ibid.*, nella versione francese.

¹¹ *Ibid.*, nella versione spagnola.

¹² Come noto, l'Organo d'appello dell'OMC può pronunciarsi solo su questioni di diritto («[a]n appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel,» art. 17, par. 6, DSU). L'Organo d'appello non ha il potere di rinviare al Panel (*remand authority*) quelle parti del report di un panel che intenda annullare, e in merito alle quali ritenga inadeguata o assente la valutazione degli elementi fattuali. Pertanto, laddove non disponga di un esame dei fatti considerato adeguato, l'Organo d'appello dovrà dichiarare la propria impossibilità a pronunciarsi, costringendo i reclamanti per i quali le parti in questione fossero fondamentali a ripercorrere tutto l'iter procedurale dell'OMC, con tutte le conseguenze negative che ne derivano, in termini di costi e di tempi. Nei lavori di revisione del sistema di risoluzione delle controversie, aperti dall'ormai lontano 1997, una delle principali questioni riguarda proprio l'attribuzione del potere di rinvio all'Organo d'appello. Sul punto, si veda il documento del segretariato dell'OMC con le proposte sulla *remand authority* JOB(04)/52/Rev.1, *Special Session of the Dispute Settlement Body*, 14 March 2007. In dottrina, cfr. M. T. MOLINA TEJEDA, F. PIÉROLA, *The Review of the WTO Dispute Settlement Process*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2011, pp. 325-338. Si sottolinea che la Repubblica popolare cinese ha presentato appello contro il report del Panel anche in merito all'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 al Protocollo di adesione: cfr. Notification of an Appeal by China under Article 16.4 and Article 17 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), and under Rule 20(1) of the *Working Procedures for Appellate Review*, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/11, WT/DS395/11, WT/DS398/10, 2 September 2011, par. 9-10.

per acquisire le conoscenze necessarie a muoversi con padronanza nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC. Dalla sua adesione, avvenuta nel 2001, ad oggi, dunque in soli dieci anni, la Cina è passata da un atteggiamento estremamente cauto -che la portava a non avviare reclami, preferendo concentrare le proprie risorse nell'apprendimento delle regole OMC, e, nelle situazioni di difesa, a convenire rapidamente con le parti reclamanti una soluzione amichevole alla controversia sollevata- ad un approccio decisamente aggressivo, che non si riflette unicamente nella scelta, sempre più frequente, di instaurare procedimenti contenziosi, ed anche con ottimi risultati, contro Membri OMC del calibro di Stati Uniti ed Unione europea, ma anche nella difesa agguerrita con la quale Pechino sostiene le normative cinesi attaccate.¹³ E il Paese asiatico, accanto ad argomentazioni sempre più valide ed articolate relativamente ad aspetti di diritto sostanziale, spesso si produce in sofisticate obiezioni di carattere procedurale. L'eccezione sollevata nella disputa qui commentata a proposito della definizione delle misure ricadenti nel mandato del Panel rappresenta un limpido esempio della piena consapevolezza raggiunta dalla Cina a proposito del fatto che le questioni procedurali, ben lungi dall'essere minimizzabili a sterile «sophistry,» possono, laddove sapientemente utilizzate, riuscire nell'impresa di salvare un caso che appare come disperato.¹⁴

II. I fatti della disputa e la determinazione delle misure rientranti nel mandato del Panel

4. Stati Uniti, Unione europea e Messico hanno attaccato quaranta misure relative all'esportazione di nove tipi di materiali -bauxite, coke, fluorite, magnesio, manganese, carburo di silicio, silicio metallico, fosforo giallo e zinco- che possono essere rinvenuti allo stato naturale, oppure avere subito un trattamento iniziale. In particolare, i quattro tipi di restrizioni identificati consistono in dazi all'esportazione, quote all'esportazione, licenze all'esportazione, nonché nell'obbligo di osservare determinati prezzi minimi all'esportazione. Le doglianze sono ricadute anche su diversi aspetti degli atti denunciati concernenti i sistemi di allocazione diretta e di aggiudicazione delle quote tramite asta in base ai quali vengono gestiti i contingenti dei materiali, come pure sulla mancata pubblicazione di alcune misure concernenti l'amministrazione delle restrizioni.¹⁵

Ad avviso dei ricorrenti, il nutrito gruppo di norme cinesi avrebbe violato, tra l'altro, gli artt. X e XI del GATT 1994, le Sezioni 1, par. 2; 5, par. 1; e 11, par. 3, del Protocollo di adesione della Cina all'OMC, nonché i paragrafi 83 e 84 del Rapporto del Gruppo di lavoro per l'adesione, richiamati dal Protocollo. Pechino, dal canto suo, si è difesa anche invocando le eccezioni previste dagli artt. XI, par. 2, lett. a) e XX, lett. b) e lett. g), del GATT 1994.

¹³ Sulla partecipazione della Cina al sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC cfr., *inter alia*, M. DON HARPAZ, *Sense and Sensibilities of China and WTO Dispute Settlement*, in *JWT*, 2010, pp. 1155-1186; H. GAO, *Taming the Dragon: China's Experience in the WTO Dispute Settlement System*, in *LIEI*, 2007, pp. 369-392; P. L. HSIEH, *China-United States Trade Negotiations and Disputes: The WTO and Beyond*, *Research Collection School of Law*, Paper No. 525, 2009; P. L. HSIEH, *China's Development of International Economic Law and WTO Legal Capacity Building*, in *JIEL*, 2010, pp. 997-1036; G. C. HUFBAUER, J. C. WOOLLACOTT, *Trade Disputes Between China and the United States: Growing Pains so Far, Worse Ahead?*, Working Paper 10-17, *Peterson Institute for International Economics*, December 2010; W. Ji, C. HUANG, *China's Path to Center Stage of WTO Dispute Settlement: Challenges and Responses*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2010, pp. 365-377; W. Ji, C. HUANG, *China's Experience in Dealing with WTO Dispute Settlement: A Chinese Perspective*, cit.; Q. KONG, *Trade Disputes between China and the EU: Are They Manageable?*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2010, pp. 47-55; H. LIYU, Henry GAO, *China's Experience in Utilizing the WTO Dispute Settlement Mechanism*, in G. C. SHAFFER, Ricardo MELÉNDEZ-ORTIZ (EDS.), *Dispute Settlement at the WTO – The Developing Country Experience*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 137-171; Stuart MALAWER, *United States – China WTO Litigation (2011-2010): Active & Aggressive Litigants*, *George Mason University - School of Public Policy*, Research Paper No. 2011-03; Kristie THOMAS, *China and the WTO Dispute Settlement System: From Passive Observer to Active Participant?*, Working Paper Series SSRN, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1866259>; A. S. VERGHESE, *The Evolution of China as a WTO Disputant*, *Trade Law in Brief - CUTS International*, No. 1/2010; M. YU, *WTO Disputes Settlement - China's Performance and Proposals on Its Improvement*, in *Front. Law China*, 2009, pp. 601-632.

¹⁴ Su tali aspetti cfr. H. GAO, *China in the WTO Dispute Settlement System: From Passive Rule-Taker to Active Rule-Maker?*, Report prepared for the Conference «A Decade in the WTO: Implications for China and Global Trade Governance,» ICTSD, Geneva, 29 June 2011

¹⁵ Cfr. i parr. 2.1 - 3.4.

5. Prima, però, di addentrarsi nel merito, la Cina ha sollevato una importante questione preliminare, relativa alla definizione del mandato del Panel, in particolare alla esatta individuazione delle misure oggetto di indagine nel contenzioso OMC. Infatti, tra il momento di costituzione del Panel, ossia il 21 dicembre 2009,¹⁶ e il momento nel quale le parti in disputa hanno presentato le ultime osservazioni sollecitate dal Gruppo di esperti, il 15 dicembre 2010, la Cina ha adottato ben 109 misure in settori rilevanti per il contenzioso, misure che Pechino tiene a presentare come poste in essere nell'ambito delle politiche nazionali di economia, sviluppo, e soprattutto di ambiente e salute.¹⁷ Ad avviso della Cina, il Panel non avrebbe dovuto giudicare su quelle misure del 2009 che, pur citate nelle richieste di costituzione del Panel, nel frattempo erano scadute, oppure erano state sostituite dalle misure del 2010. A riprova della fermezza con la quale ha avanzato tale questione preliminare, Pechino, durante tutto il procedimento dinanzi al Panel, non ha mai presentato alcuna difesa o giustificazione per le misure del 2009 non rinnovate nel 2010, poiché «it would serve no purpose for the Panel to rule on annual measures that have ceased to exist since they no longer violate WTO obligations or nullify or impair benefits.»¹⁸

Le parti attrici hanno risposto all'eccezione mossa dalla Cina invitando il Panel a pronunciarsi solo sulle misure del 2009 «originarie,» dunque esistenti al momento della costituzione del Panel, escludendo le normative entrate in vigore in Cina a partire dal 1 gennaio 2010, e ignorando l'eventuale venir meno di alcune delle discipline denunciate per mancato rinnovo nel corso del 2010.¹⁹ Così facendo, Stati Uniti, Messico ed Unione europea hanno chiesto di limitare il mandato originariamente conferito al Gruppo di esperti. Infatti, nelle rispettive richieste di costituzione del Panel, le parti reclamanti chiedevano di esaminare le 40 misure espressamente indicate nonché «any amendments or extensions; related measures, replacement measures; renewal measures; and implementing measures.»²⁰ Si tratta di una formula sistematicamente utilizzata dai ricorrenti nel meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC per evitare che lo Stato convenuto riesca a sfuggire ad una eventuale condanna modificando «in corsa» -dunque durante la fase processuale- la normativa attaccata, formula che ha trovato pieno appoggio nella giurisprudenza del meccanismo ginevrino. L'Organo d'appello, nel caso *Chile – Price Band System*,²¹ ha, per l'appunto, stabilito la possibilità di ritenere incluso nel mandato di un panel gli emendamenti delle misure identificate nella richiesta di istituzione del gruppo di esperti, laddove detti emendamenti non modificano l'essenza dei provvedimenti originariamente contestati. In tal modo, il Tribunale permanente ha inteso evitare di legittimare uno stratagemma fin troppo comodo per le parti resistenti, che, attraverso cambiamenti puramente cosmetici, avrebbero potuto evitare condanne molto probabili dagli organi giudicanti dell'OMC («we do not mean to condone a practice of amending measures during dispute settlement proceedings if such changes are made with a view to shielding a measure from scrutiny by a panel or by us»)²² poiché «the demands of due process are such that a complaining party should not have to adjust its pleadings throughout dispute settlement proceedings in order to deal with a disputed measure as a 'moving target' .»²³

Ma, nel nostro caso concreto, la strategia «diversiva» messa in atto dalla Cina era ben lontana dal risolversi in semplici modifiche o banali emendamenti volti a preservare la sostanza delle misure attaccate, alterandone la cronologia per «schermarle proceduralmente» dalla competenza a giudicare del Panel. Con l'impressionante dispiegamento di più di 100 nuovi atti, tutti adottati nel 2010, la gran parte dei quali presentati come discipline basilari delle politiche nazionali a tutela dell'ambiente, delle risorse naturali e della salute dei propri cittadini, la Cina evidentemente puntava a capovolgere e stravolgere l'impianto della controversia avviata con considerevole dispendio di mezzi da Stati Uniti, Unione europea e Messico. La Cina intendeva politicizzare al massimo la controversia innescata, imperniandola solidamente su tematiche di compatibilità tra liberalizzazione e tutela di ambiente, salute e sovranità

¹⁶ Cfr. WT/DSB/M/277, cit., parr. 67-76.

¹⁷ Par. 7.5.

¹⁸ Par. 7.6.

¹⁹ Par. 7.21.

²⁰ Cfr. WT/DS394/7, cit., alle pp. 4, 5, e 9; WT/DS395/7, cit., alle pp. 4, 5, e 9; e WT/DS398/6, cit., alle pp. 3, 5, e 9.

²¹ Appellate Body Report, *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/AB/R, adopted 23 October 2002.

²² *Chile – Price Band System*, Appellate Body Report, par. 144, il corsivo è nostro.

²³ *Ibid.*, il corsivo è nostro.

sulle risorse naturali, proprio per evitare di fronteggiare un difficile contenzioso «classico» nel sistema OMC, imperniato su misure da ritenersi prevalentemente commerciali, e non pensate e predisposte quali elementi decisivi e portanti di politiche nazionali di protezione di «non-trade values.»²⁴

Da qui la richiesta dei ricorrenti al Panel di restringere la sua attività valutativa alle sole misure in vigore al momento della sua istituzione, in modo tale da avere un punto fermo, e poter disporre di un report che inizi a fare chiarezza sulla compatibilità o meno delle misure restrittive denunciate con gli impegni assunti dalla Cina aderendo all'OMC. In particolare, è avvertita l'esigenza di esplicitare le prescrizioni contenute nel Protocollo di adesione e nel Rapporto del Gruppo di lavoro,²⁵ a tutt'oggi in gran parte inesplorate e ben lungi dall'essere esempi di cristallina redazione normativa, come pure la necessità di intervenire sulla portata di disposizioni quali l'art. XI GATT 1994, il quale, nonostante sia parte del nucleo originario dell'Accordo internazionale che ha dato vita al sistema multilaterale, è rimasto oggetto di una trattazione molto limitata con riferimento alle restrizioni alle esportazioni, laddove queste ultime sono, come già sottolineato, un punto nevralgico negli scambi con la Cina.

6. Il Panel ha accolto l'istanza delle parti attrici. Ha ricordato che, in base all'art. 7 DSU, i gruppi di lavoro hanno un mandato standard («standard terms of reference»), definito facendo rinvio a quanto esposto dai reclamanti nella loro richiesta di costituzione di un panel.²⁶ Tale mandato standard, entro venti giorni dalla costituzione del panel, può essere modificato tramite accordo tra parti attrici e parti convenute;²⁷ e, prosegue il Gruppo di esperti, può anche essere ridotto dalle sole parti attrici, attraverso il ritiro unilaterale di uno o più motivi di doglianza: «a complainant's Panel Request determines the scope of a panel's terms of reference. It is for complainants to decide what claims they present to a panel. By the same logic, a complainant can unilaterally withdraw a claim, or the complaint in its entirety, or seek to settle a particular dispute. On numerous occasions, panels have not examined claims abandoned by complainants in the course of panel proceedings.»²⁸ Dunque, ragiona il Panel, «there is nothing unfair in a complainant reducing, as opposed to enlarging, the case the defendant has to meet.»²⁹

La definizione del mandato di un panel serve per individuare le misure che possono essere oggetto di valutazioni (*findings*) e di raccomandazioni (*recommendations*), secondo quanto previsto dagli artt. 11,

²⁴ Sul rapporto tra liberalizzazione degli scambi ed i valori contemplati nelle clausole sulle eccezioni generali degli Accordi OMC, nonché sul principio dello sviluppo sostenibile nel sistema multilaterale cfr. J. E. ALVAREZ, *The WTO as a Linkage Machine*, in *AJIL*, 2002, pp. 146-158; L. BARTELS, *Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction – The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights*, in *JWT*, 2002, pp. 353-403; J. BHAGWATI, *Afterword: The Question of Linkage*, in *AJIL*, 2002, pp. 126-134; A. GIANCANTI, *La tutela di interessi non economici nel sistema OMC – Ambiente, salute dei consumatori e core labour standards nel diritto del commercio internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008; D. W. LEEBRON, *Linkages*, in *AJIL*, 2002, pp. 5-27; P. C. MAVROIDIS, *Trade and Environment after the Shrimp-Turtles Litigation*, in Spencer HENSON, John S. WILSON (Eds.), *The WTO and Technical Barriers to Trade*, Elgar, Cheltenham, 2005, pp. 203-218; E.-U. PETERSMANN, *Human Rights and the Law of World Trade Organization*, in *JWT*, 2003, pp. 241-281; L. S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? Wto e Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003; G. SACERDOTI, *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, pp. 63-83; D. P. STEGER, *Afterword: The «Trade and ...» Conundrum – A Commentary*, in *AJIL*, 2002, pp. 135-145; A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 291 ss.

²⁵ Cfr. i documenti WT/L/432, cit., WT/MIN(01)/3, cit.

²⁶ «Article 7 of the DSU provides that panels shall have standard terms of reference unless the parties agree otherwise. These standard terms of reference are to examine in the light of the relevant provisions the matter referred to the DSB by the complainant in the request for establishment and to make such findings as will assist the DSB in making recommendations. This Panel has been established with standard terms of reference [...]. A panel's terms of reference are important because they set the parameters of the panel's jurisdiction and define which specific measures must be the object of findings and recommendations pursuant to Articles 11, 12.7 and 19 of the DSU. Article 7 of the DSU provides that a panel's terms of reference are based on the complainant's panel Request.» Par. 7.10.

²⁷ «Panels shall have the following terms of reference unless the parties to the dispute agree otherwise within 20 days from the establishment of the panel: 'To examine, in the light of the relevant provisions in (name of the covered agreement(s) cited by the parties to the dispute), the matter referred to the DSB by (name of party) in document ... and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in that/those agreement(s)'.» Art. 7, par. 1, DSU, i corsivi sono nostri.

²⁸ Par. 7.23.

²⁹ Par. 7.24.

12, par. 7, e 19 DSU. Il Gruppo di esperti afferma la propria competenza a stabilire la conformità o meno al diritto OMC (*to make findings*) per le misure cinesi del 2009 vigenti al momento della costituzione del Panel: «[t]he Panel will[...] make *findings* only on the 2009 measures that fall within the Panel's original terms of reference.»³⁰ Più articolata è la risposta riguardo il suo potere di formulare raccomandazioni. Innanzitutto, il Panel ricorda che l'art. 19, par. 1, DSU stabilisce che qualora un gruppo di esperti giunga alla conclusione che una misura è incompatibile con un Accordo OMC, esso debba raccomandare alla parte convenuta di rendere tale misura conforme all'Accordo violato.³¹ Quindi, riporta la giurisprudenza OMC ove l'Organo d'appello sottolinea che non è oggettivamente possibile rendere conformi al diritto di Marrakech misure nazionali che hanno cessato di esistere, con la conseguenza che gli enti giudicanti dell'OMC possono certo rilevare (*to make findings*) se una disciplina sia o meno conforme alle regole multilaterali, ma, laddove detta disciplina non sia più in vigore, non può essere raccomandato ad uno Stato di rendere conforme al diritto OMC un atto ormai già scaduto.³² Tuttavia, qualora il provvedimento in questione sia un atto rinnovato periodicamente, ossia una misura esecutiva che dà applicazione concreta ad una legge quadro di un Membro OMC, potrebbe facilmente risultare impossibile, per un ente giudicante del sistema multilaterale, riuscire a fare raccomandazioni su tale tipo di atti, nonostante risultino incompatibili con il diritto di Marrakech: infatti, la loro durata è spesso destinata ad essere inferiore rispetto ad un procedimento dinanzi ad un panel, ed eventualmente anche all'Organo d'appello. In merito è recentemente intervenuto il Tribunale permanente dell'OMC, il quale ha iniziato a precisare che, anche laddove singole misure non dovessero essere più in vigore nel momento in cui un ente giudicante dell'OMC può adottare raccomandazioni, se rientrano in uno schema applicativo di una legge quadro, dunque in una condotta amministrativa costante evincibile dalla richiesta di costituzione del panel, potranno essere comunque oggetto di raccomandazione: «the measures at issue consist of an ongoing conduct ... the measures at issue are alleged to be ongoing, with prospective application and a life potentially stretching into the future.»³³

Riportato il quadro giurisprudenziale pregresso, il Panel ritiene di avere gli strumenti necessari per indicare quale atteggiamento assumere a proposito della «WTO consistency of annual measures, i.e., measures that will expire within a year, although 'prospective application' remains likely through annual replacement measures.»³⁴ Consapevole che «it must operate to ensure that the dispute settlement system functions efficiently in resolving disputes,»³⁵ il Panel conclude nel senso di avere «some discretion to decide how to take into account a measure covered by its terms of reference that has ceased to exist at the end of the panel proceedings.»³⁶ Stabilisce, quindi, che nell'ipotesi in cui la doglianza sia fondata su una misura annuale, come sovente accade per dazi e quote, esso possa fare raccomandazioni «with respect to the series of measures comprised of the relevant framework legislation, the implementing regulation(s), other applicable laws and the specific measure imposing export duties or export quotas in force at the date of the Panel's establishment.»³⁷

Naturalmente, le nuove misure adottate dalla Cina nel corso del 2010, non rientrando nel mandato del Panel, non saranno oggetto di valutazioni (*findings*) e di raccomandazioni. Tuttavia, esse verranno

³⁰ Par. 7.24, il corsivo è nostro.

³¹ «Where a panel or the Appellate Body concludes that a measure is inconsistent with a covered agreement, it shall recommend that the Member concerned bring the measure into conformity with that agreement. In addition to its recommendations, the panel or Appellate Body may suggest ways in which the Member concerned could implement the recommendations.» Art. 19, par. 1, DSU.

³² «We note, though, that there is an obvious inconsistency between the finding of the Panel that 'the 3 March Measure is no longer in existence' and the subsequent recommendation of the Panel that the DSB request that the United States bring its 3 March Measure into conformity with its WTO obligations. The Panel erred in recommending that the DSB request the United States to bring into conformity with its WTO obligations a measure which the Panel has found no longer exists.» *US – Certain EC Products*, Appellate Body Report, *United States – Import Measures on Certain Products from the European Communities*, WT/DS165/AB/R, adopted 10 January 2001, par. 81.

³³ *US – Continued Zeroing*, Appellate Body Report, *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/AB/R, adopted 19 February 2009, par. 171.

³⁴ Par. 7.30.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Par. 7.31.

³⁷ Par. 7.33.

considerate come elementi di prova nell'esame della difesa cinese basata sull'art. XX GATT 1994.³⁸ Inoltre, laddove una nuova misura vada a sostituire una misura originaria del 2009 e appaia eliminare l'incompatibilità di quest'ultima con il sistema OMC, il Panel, pur non adottando formalmente *findings* o raccomandazioni sull'atto del 2010, in quanto non rientra nel suo mandato, ha deciso, comunque, di determinarne la legittimità «in order to make a determination on whether the new measure is of the same essence as the expired measure, and hence imbues the expired measure with ongoing effect or prospective application.»³⁹

III. Il regime «WTO-Plus» della Cina sui dazi all'esportazione: la Sezione 11, par. 3, e l'Allegato 6 del Protocollo di adesione

7. Come noto, il Protocollo di adesione della Cina all'OMC, accolto dalla Conferenza ministeriale nel 2001, contiene una nutrita serie di disposizioni speciali che ampliano significativamente, per il Paese asiatico, i doveri già espressi dagli Accordi di Marrakech.⁴⁰ Tali obblighi aggiuntivi vengono indicati con l'espressione di obblighi «WTO-Plus,» e tra di essi indubbiamente spicca il severo regime sui dazi all'esportazione. Infatti, mentre la riduzione delle tariffe doganali sulle importazioni è sempre stato un elemento fondante e distintivo del sistema multilaterale, un simile obbligo a proposito dei dazi alle esportazioni non è mai stato imposto nell'impianto del GATT 1947, né, successivamente, nell'esteso e sofisticato meccanismo creato dall'Uruguay Round. Il diritto OMC continua, pertanto, a limitarsi al divieto di restrizioni quantitative alle esportazioni codificato all'art. XI GATT 1994, una limitazione che affonda le sue radici nel contesto storico nel quale il sistema multilaterale degli scambi è stato creato. Negli anni '40, per l'appunto, le maggiori potenze industriali, che importavano grandi quantità di cibo e materie prime, avevano maturato la presunzione, o l'aspettativa, che nessun ostacolo avrebbe potuto frapporsi al loro libero accesso alle risorse di altri Stati, per via dell'importanza e dell'influenza che erano capaci di esercitare su alcuni Paesi fornitori.⁴¹

La prassi del sistema multilaterale, tuttavia, aveva ben presto chiaramente rivelato che, attraverso alti dazi all'esportazione, le parti contraenti del GATT 1947 riuscivano a vanificare il divieto sulle quote di cui all'art. XI GATT, proteggendo con notevole successo le industrie di trasformazione nazionali a scapito di quelle concorrenti stabilite in un Paese terzo, o assicurandosi una robusta entrata in caso di difficoltà del bilancio pubblico. Anche durante l'Uruguay Round non si è formato il consensus necessario per eliminare questa via d'uscita rispetto al dovere di esportare a condizioni vantaggiose che l'obbligo di ridurre i dazi all'esportazione avrebbe comportato.

Al tavolo dei lunghi negoziati per l'adesione della Cina, però, le preoccupazioni dei Membri OMC economicamente più forti -le cui industrie avevano, a volte, già riscontrato problemi di approvvigionamento per i materiali originari del Paese asiatico- riuscirono ad imporre a Pechino condizioni

³⁸ «[I]n the context of China's defence under GATT Article XX ... [t]he Panel will consider the [2010] measures in as far as they form part of the evidence submitted by China.» Par. 7.25.

³⁹ Par. 7.33.

⁴⁰ Sul contenuto del Protocollo di adesione della Cina all'OMC v., inter alia, Nicholas R. LARDY, *Integrating China into the Global Economy*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2002; J. YA QIN, «WTO-Plus» *Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System*, in *JWT*, 2003, pp. 483-522.

⁴¹ Si veda l'importante ricostruzione operata dal Rappresentante del Canada, riportata in una Dichiarazione resa durante i lavori del Tokyo Round: «I was not present at the conception, but I have examined the drafting records of the Havana Conference and the other conferences which took place immediately following World War II, and I have examined the work that was done in the League of Nations' Economic Secretariat on these matters in the 1930's. It is the case that there was substantial discussion about rules about exports. In the event, only a limited number of rules were included in the text of what was meant to be an interim arrangement ... I think it possibly would be a better reading of history to say that in certain major industrial countries, importers of food and raw materials, there may have been an assumption or better, an expectation, that they disposed of such market power, and their economic structures were so important in the political and economic life of certain supplying countries that they could reasonably assume that no impediment would ever be placed to their free access to other people's resources. *They probably did not expect to see the question of sovereignty of resources raised. We can now see that this was a mistaken expectation.*» MTN/FR/W/6, *Statement by the Representative of Canada on 22 February 1977*, 10 March 1977, il corsivo è nostro. Sul tema del principio della sovranità sulle risorse naturali si rinvia al par. VII.

estremamente vantaggiose per le loro imprese di trasformazione. Infatti, in base alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in Annex 6 of this Protocol or applied in conformity with the provisions of Article VIII of the GATT 1994.» Quest'ultima disposizione dell'Accordo GATT, relativa agli oneri fissati in occasione delle operazioni di importazione o esportazione ma diversi dalle tariffe doganali, stabilisce che dette imposizioni possano rappresentare unicamente un equo corrispettivo rispetto ai servizi resi;⁴² mentre l'Allegato 6 del Protocollo di adesione elenca 84 prodotti, la maggior parte dei quali sono materie prime, indicando per ciascuno di essi l'ammontare massimo che può essere imposto a titolo di dazio all'esportazione. Infine, la nota all'Allegato 6 puntualizza che «China confirmed that the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded. China confirmed furthermore that it would not increase the presently applied rates, except under exceptional circumstances. If such circumstances occurred, China would consult with affected members prior to increasing applied tariffs with a view to finding a mutually acceptable solution.»

Pertanto, a fronte dell'assenza di ogni tipo di obbligo a eliminare o ridurre i dazi all'esportazione, che caratterizza il sistema generale dell'OMC, la Cina ha accolto una considerevole serie di impegni. In primo luogo, Pechino ha accettato di eliminare, entro tre anni dal momento dell'adesione, tutti i dazi all'esportazione ad eccezione degli 84 prodotti elencati all'Allegato 6 del Protocollo; inoltre, con riferimento a tali 84 prodotti, il livello del dazio è vincolato a quanto indicato all'Allegato 6; ancora, la Cina ha assunto l'impegno a non innalzare comunque il livello del dazio all'esportazione praticato al momento dell'adesione; infine, limitatamente a questi ultimi, dunque alle tariffe doganali già praticate, è stata stabilita la possibilità, per la Cina, di innalzarli, ma unicamente laddove ricorrano «exceptional circumstances,» e, lo si sottolinea, solo dopo aver consultato i Membri OMC interessati, nell'intento di approntare un opportuno contesto ove esplorare la possibilità di pervenire ad una soluzione amichevole per superare i contrasti provocati dal prospettato incremento delle tariffe doganali.

Stati Uniti, Unione europea e Messico hanno sostenuto il mancato rispetto del regime WTO-Plus sulle esportazioni concordato nel Protocollo di adesione, lamentando, da parte di Pechino, l'imposizione di nuovi e/o più alti dazi su bauxite, coke, fluorite, magnesio, manganese, silicio metallico, fosforo giallo e zinco. In Cina, la procedura per la definizione e il pagamento delle tariffe doganali all'esportazione è stabilita dalla *Customs Law* e dai *Regulations on Import and Export Duties*, che vengono periodicamente affiancati da una ulteriore misura, il *Tariff Implementation Program*, adottato con cadenza annuale e che fissa le tariffe dei beni sottoposti a dazio.⁴³ Con la sola eccezione del fosforo giallo, rispetto al quale, attraverso l'*Adjustment of Export Tariffs Circular*, la Cina ha riportato la tariffa doganale al livello codificato all'Allegato 6 del Protocollo di adesione (il 20% del valore dichiarato in dogana) nella seconda metà del 2009, dunque prima della costituzione del Panel,⁴⁴ il Gruppo di esperti ha riconosciuto l'incompatibilità dei dazi denunciati, tutti precisati nel *2009 Tariff Implementation Program*, con la Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione. Si tratta, infatti, di tariffe stabilite per materie non presenti nella lista di cui all'Allegato 6, e che, pertanto, la Cina avrebbe dovuto interamente eliminare.

8. Il Panel, conformemente a quanto deciso nella fase preliminare a proposito della portata del suo mandato e del suo potere di compiere valutazioni e fare raccomandazioni,⁴⁵ ha stabilito che l'incompatibilità con il diritto OMC è pronunciata nei confronti delle tre normative sopra ricordate «operating in concert»: «[f]or each of these products (bauxite, coke, fluorspar, magnesium, manganese, silicon metal and zinc ...), the series of measures *operating in concert* has resulted in the imposition of export duties that are inconsistent with China's obligations under Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol.»⁴⁶ Il

⁴² Si veda, in particolare, il paragrafo 1, lett. a) dell'art. VIII GATT: «[a]ll fees and charges of whatever character (other than import and export duties and other than taxes within the purview of Article III) imposed by contracting parties on or in connection with importation or exportation shall be limited in amount to the approximate cost of services rendered and shall not represent an indirect protection to domestic products or a taxation of imports or exports for fiscal purposes.»

⁴³ Cfr. il par. 7.52.

⁴⁴ Cfr. il par. 7.63.

⁴⁵ Per tali aspetti si rinvia al paragrafo precedente.

⁴⁶ Par. 7.105, il corsivo è nostro.

Gruppo di esperti si preoccupa di ribadire con forza che la sua scelta di determinare l'eventuale violazione del sistema multilaterale rispetto all'insieme delle misure sulla base delle quali la Cina gestisce i dazi all'esportazione è volta ad evitare che, curandosi unicamente dei provvedimenti annuali sull'ammontare delle tariffe, Pechino possa agevolmente sfuggire ad un report: «[t]he Panel recalls its view that findings on the measures *acting in concert* is necessary so that annually renewed measures do not evade WTO dispute settlement review merely through their expiration during the Panel proceedings.»⁴⁷ Pertanto, conclude il Gruppo di esperti, «[i]t is only by examining these three measures as they work in concert that the Panel concluded that it could reach a final determination on the complainants' export duty claims. The Panel did not reach the conclusion that individually each of those measures is necessarily WTO-inconsistent; rather, when they operate in concert to result in WTO-inconsistent duties, it is then that they become *prima facie* WTO-inconsistent.»⁴⁸

Va, infine, sottolineato che, su richiesta dell'Unione europea, il Panel ha anche stabilito la violazione, da parte della Cina, dell'obbligo di entrare in consultazioni prima di imporre nuovi dazi all'esportazione o di aumentare le tariffe doganali consentite, un dovere, lo si è già sopra evidenziato, previsto dalla nota all'Allegato 6 del Protocollo di adesione.⁴⁹ A quanto pare, Pechino sarebbe sistematicamente venuta meno all'importante obbligo di trasparenza, una carenza che, certo, non aiuta a creare un confronto ed un dialogo informato e costruttivo tra la potenza cinese e gli altri Membri OMC, dando luogo a forti tensioni intergovernative e per gli operatori economici che hanno intensi rapporti con il Paese asiatico.⁵⁰

IV. Il rapporto tra il Protocollo di adesione della Cina all'OMC e l'art. XX GATT 1994

9. Per difendere l'imposizione dei dazi all'esportazione, vietati dalla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, la Cina ha sostenuto che, comunque, quelle restrizioni dovevano essere giustificate in base all'art. XX, lett. b) e lett. g), GATT 1994, poiché le modalità estrattive e di lavorazione di diverse materie prime oggetto delle tariffe doganali —zinco, magnesio, manganese (inclusi i cascami, dunque i residui del primo trattamento di questi tre elementi), nonché il coke— incidono pesantemente su ambiente e salute delle persone, mentre la fluorite è una risorsa naturale i cui giacimenti nel Paese asiatico andrebbero sempre più assottigliandosi, e non potrebbero, pertanto, sostenere oltre illimitate asportazioni di materiale. Pechino, quindi, ritiene necessario contenere lo sfruttamento delle sue risorse naturali. A suo avviso, i dazi doganali sarebbero una misura appropriata per proteggere ambiente e salute, ed evitare una rapida estinzione delle sostanze a rischio di esaurimento, permettendo alla Cina di raggiungere in tempi ragionevoli uno sviluppo sostenibile attraverso la diversificazione economica che sarebbe innescata proprio dai provvedimenti restrittivi sulle materie prime, che incentiverebbero sia l'industria di trasformazione, che modi di produzione e consumo ecocompatibili.

Le parti attrici hanno respinto con la massima fermezza la possibilità di applicare l'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione. Per Stati Uniti, Unione europea e Messico, l'inapplicabilità della clausola GATT sulle eccezioni generali risulterebbe incontrovertibilmente dalla chiara formulazione della Sezione 11, par. 3, e dell'Allegato 6 del Protocollo, come pure dei paragrafi pertinenti contenuti nella Relazione del Gruppo di lavoro. In primo luogo, i reclamanti osservano che lo *chapeau* dell'art. XX GATT 1994 —«... nothing in this Agreement ...»— indica senza ambiguità

⁴⁷ *Ibid.*, il corsivo è nostro. Cfr. anche il par. 7.68: «The Panel considers that an analysis of the WTO consistency of the 2009 Tariff Implementation Program must also involve an analysis of the *Customs Law* and the *Regulations on Import and Export Duties*. This is not to say that individually each of those measures would necessarily be WTO-inconsistent; rather, when they operate in concert to result in WTO-inconsistent duties, it is then that they would become *prima facie* WTO-inconsistent.»

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ «China acknowledges that it failed to consult pursuant to the Note to Annex 6 ... in light of China's admission, the Panel concludes that China has in fact failed to consult with other affected WTO Members prior to the imposition of the export duties imposed on bauxite, coke, fluorspar, magnesium, manganese, silicon metal and zinc, in violation of its obligations under Annex 6 to China's Accession Protocol» (parr. 7.102 e 7.104).

⁵⁰ «Apparently, China never conducted prior consultations with affected Members as required by the Protocol.» J. YA QIN, *The Challenge of Interpreting «WTO-Plus» Provisions*, in *JWT*, 2010, pp. 127-172, a p. 157.

alcuna che tale disposizione può essere applicata solo agli impegni assunti in base al GATT 1994. Indubbiamente, i Membri OMC mantengono la discrezionalità di «incorporare» l'art. XX GATT 1994 in altri accordi da essi eventualmente conclusi, nell'ambito del sistema OMC, come pure al di fuori di quest'ultimo. In questo caso, però, la base giuridica che consente la possibilità di ricorrere alle eccezioni di cui all'art. XX GATT 1994 è proprio il testo, nel nuovo accordo, che ne prevede il richiamo, come accade, ad esempio, per l'Accordo multilaterale sulle misure relative agli investimenti che incidono sugli scambi commerciali (*Agreement on Trade-Related Investment Measures*, TRIMs), il cui art. 3 prevede, per l'appunto, che «[a]ll exceptions under GATT 1994 shall apply, as appropriate, to the provisions of [the TRIMs] Agreement.» Inoltre, secondo i reclamanti, i Membri OMC si sarebbero sinora attenuti alla tecnica di redigere apposite regole sulle eccezioni per ogni Accordo OMC, confezionandole proprio alla luce delle specifiche caratteristiche dei diversi strumenti pattizi.⁵¹ Insomma, per Stati Uniti, Unione europea e Messico non vi sarebbe alcun riferimento testuale nelle parti rilevanti del Protocollo e in quelle collegate della Relazione del Gruppo di lavoro, né sarebbe possibile riscontrare altri elementi sui quali basare l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 agli impegni «WTO-Plus» assunti dalla Cina a proposito dei dazi all'esportazione. In particolare, osserva l'Unione europea, «[t]he system of the WTO covered agreements has been negotiated as a finely knit web of rights and obligations balanced by an equally finely knit web of explicit exceptions. To allow exceptions which are foreseen in one agreement to justify a violation in another agreement would, in the absence of an explicit incorporation of this exception in that latter agreement, change the content and balance of the system and create a serious threat to the predictability and legal security of the international trading system.»⁵²

10. Il Panel procede, innanzitutto, a puntualizzare la tecnica ormai consolidata per definire le condizioni di adesione dei nuovi Membri all'OMC, e a indicare il valore giuridico da attribuire agli atti attraverso i quali viene disciplinata l'entrata a far parte del sistema multilaterale degli scambi. Dando seguito a quanto stabilito dall'art. XII dell'Accordo istitutivo dell'OMC, per il quale la *membership* deve essere definita tra lo Stato che intende aderire e l'OMC,⁵³ le condizioni dell'adesione sono oramai costantemente fissate in un apposito Protocollo di adesione, accompagnato e completato dalla Relazio-

⁵¹ Ad esempio, si consideri l'art. XIV dell'Accordo generale sugli scambi dei servizi (*General Agreement on Trade in Services*, GATS), ove i Membri OMC hanno stabilito, in modo simile all'art. XX GATT 1994, che «Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures: (a) necessary to protect public morals or to maintain public order; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health ...»; oppure l'art. XXIII dell'Accordo plurilaterale sugli appalti pubblici (*Agreement on Government Procurement*, GPA) in base al quale «[n]othing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information which it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures: necessary to protect public morals, order or safety, human, animal or plant life or health or intellectual property; or relating to the products or services of handicapped persons, of philanthropic institutions or of prison labour»; e, ancora, l'art. 27, par. 2, dell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property*, TRIPs), che stabilisce quanto segue: «Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect *ordre public* or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law.»

⁵² *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (WT/DS395)*, *Second Written Submission by the European Union*, Geneva 8 October 2010, par. 227, i corsivi sono nostri.

⁵³ «1. Any State or separate customs territory possessing full autonomy in the conduct of its external commercial relations and of the other matters provided for in this Agreement and the Multilateral Trade Agreements may accede to this Agreement, on terms to be agreed between it and the WTO. Such accession shall apply to this Agreement and the Multilateral Trade Agreements annexed thereto. 2. Decisions on accession shall be taken by the Ministerial Conference. The Ministerial Conference shall approve the agreement on the terms of accession by a two-thirds majority of the Members of the WTO. 3. Accession to a Plurilateral Trade Agreement shall be governed by the provisions of that Agreement.» Art. XII dell'Accordo istitutivo dell'OMC, il corsivo è nostro.

ne del Gruppo di lavoro che ha materialmente negoziato l'entrata del nuovo Stato OMC.⁵⁴ L'accordo di adesione codificato in questi due documenti «results in a delicate balance of rights and obligations,» un «accession package» che rappresenta una sorta di biglietto di ingresso per divenire parte del sistema multilaterale degli scambi.⁵⁵ A loro volta, il Protocollo di adesione e gli impegni previsti nella Relazione del Gruppo di lavoro e richiamati nel Protocollo sono parte integrante degli Accordi OMC, come viene precisato anche nel Protocollo della Cina: «[t]he WTO Agreement to which China accedes shall be the WTO Agreement as rectified, amended or otherwise modified by such legal instruments as may have entered into force before the date of accession. This Protocol, which shall include the commitments referred to in paragraph 342 of the Working Party Report, shall be an integral part of the WTO Agreement.»⁵⁶

11. Chiarito, dunque, quale sia lo status del Protocollo di adesione nel sistema multilaterale, il Panel passa ad affrontare la questione del rapporto del Protocollo con gli altri Accordi OMC. Si tratta di un aspetto in merito al quale non è possibile fare affidamento su un complesso di regole opportunamente e appositamente dedicate al tema del coordinamento tra il Protocollo di adesione e gli altri Accordi OMC. Il Panel, pertanto, richiama la giurisprudenza dell'Organo d'appello nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*, che era precedentemente intervenuto proprio sul rapporto tra l'art. XX GATT 1994, ed una diversa parte del Protocollo di adesione, la Sezione 5, par. 1, nella quale Pechino ha assunto l'obbligo di liberalizzare il diritto al commercio -dunque di importare, e di esportare- per tutte le imprese in Cina.

Detta sezione stabilisce che «[w]ithout prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement, China shall progressively liberalize the availability and scope of the right to trade, so that, within three years after accession, all enterprises in China shall have the right to trade in all goods throughout the customs territory of China, except for those goods listed in Annex 2A which continue to be subject to state trading in accordance with this Protocol.» Nella disputa appena richiamata, l'Organo d'appello ha stabilito la possibilità di applicare a tale parte del Protocollo l'eccezione sulla morale pubblica di cui all'art. XX, lett. a), GATT 1994, invocato dalla Cina per difendere la propria normativa restrittiva su importazione e distribuzione di prodotti audiovisivi, consentita solo previo esame del contenuto di tali prodotti, effettuabile unicamente da imprese facenti capo allo Stato cinese. Il Panel, richiamando la pronuncia d'appello del caso *China – Publications and Audiovisual Products*, sottolinea la scelta del Tribunale permanente di non discutere, e quindi definire, il tipo di relazione che dovrebbe intercorrere tra il Protocollo di adesione della Cina nel suo insieme e la clausola sulle eccezioni generali del GATT, preferendo concentrarsi solo sul testo della Sezione 5, par. 1, invocata dagli Stati Uniti quale base giuridica del proprio reclamo. Tale Sezione, come già indicato, prevede espressamente, nella parte iniziale, che il diritto al libero commercio sia garantito dalla Cina «without prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement.» L'espressione «in a manner consistent with the WTO Agreement» è stata interpretata dall'Organo d'appello come inclusiva a) del diritto dei Membri OMC di regolamentare gli scambi in base a quanto previsto dalle apposite regole multilaterali (ad esempio, per le misure tecniche dall'Accordo TBT, per quelle fitosanitarie dall'Accordo SPS), e b) del diritto di avvalersi delle eccezioni consentite dalle apposite clausole laddove la disciplina posta in essere da uno Stato dovesse confliggere con gli obblighi di liberalizzazione. Quindi, riassume il Panel, il Tribunale permanente ha concluso nel senso che l'*incipit* della Sezione 5, par. 1, del Protocollo debba significare «that the justifications of Article XX of the GATT 1994 were incorporated, *by way of reference*, into the Protocol and this formed a constituent part of this specific accession commitment,» con la conseguenza che «China could rely on this incorporation to invoke Article XX as a defence for a violation of Article 5.1 of its Accession Protocol.»⁵⁷

12. Passando all'esame del testo del Protocollo sul divieto di dazi alle esportazioni, che la Cina vorrebbe intendere come giustificabile ricorrendo all'art. XX GATT 1994, il Panel, conformemente a

⁵⁴ Con specifico riferimento alla Cina, i due documenti OMC sono i già citati *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, WT/L/432, 23 November 2001, e *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/MIN(01)/3, 10 November 2001.

⁵⁵ V. par. 7.112.

⁵⁶ Sezione 1, par. 2 del Protocollo di adesione della Cina, WT/L/432, cit., il corsivo è nostro.

⁵⁷ Par. 7.119, il corsivo è nostro.

quanto previsto dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁵⁸ (in base al quale «[u]n trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo»), si concentra sul *testo* della Sezione 11, par. 3, nonché sulla nota dell'Allegato 6 del Protocollo. E qui, il Gruppo di esperti riscontra immediatamente che la terminologia è ben diversa rispetto alla Sezione 5, par. 1. Se l'espressione introduttiva di quest'ultima ha permesso all'Organo d'appello di affermare che, in ragione della loro incorporazione, è possibile ricorrere alle giustificazioni consentite dall'art. XX GATT 1994, il testo della Sezione 11, par. 3, non consente di giungere alla medesima conclusione. Infatti, detta Sezione, lo si ricorda, stabilisce che «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in *Annex 6 of this Protocol* or applied in conformity with the provisions of *Article VIII of the GATT 1994*»⁵⁹; a sua volta, l'Allegato 6 elenca 84 prodotti per i quali è consentito applicare tariffe doganali all'esportazione, nei limiti massimi ivi indicati; e la nota all'Allegato 6 rende ancora più stringente l'obbligo assunto da Pechino, precisando che «China confirmed that *the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded*. China confirmed furthermore that *it would not increase the presently applied rates, except under exceptional circumstances*. If such circumstances occurred, China would consult with affected members prior to increasing applied tariffs with a view to finding a mutually acceptable solution.»⁶⁰ Pertanto, a differenza della Sezione 5, par. 1, la Sezione 11, par. 3, non contiene alcun richiamo generale al diritto della Cina a regolamentare gli scambi in modo compatibile con il sistema OMC, né alcun rinvio specifico all'Accordo GATT 1994, né, tantomeno, all'art. XX GATT 1994. Le eccezioni tassativamente previste (si sottolinea il verbo «shall eliminate») sono quelle dell'art. VIII GATT 1994, relativo alla liceità delle tariffe che rappresentano un equo corrispettivo rispetto ai servizi resi; quelle indicate all'Allegato 6, dunque gli 84 prodotti sui quali è possibile imporre un dazio all'esportazione, nei limiti codificati; infine, le «exceptional circumstances» di cui alla nota dell'Allegato 6, circostanze eccezionali che, però, sono riferite unicamente alla possibilità di aumentare le tariffe doganali praticate al momento dell'adesione della Cina all'OMC, e solo a seguito di consultazioni con i Membri OMC interessati, dunque con un ambito di applicazione estremamente circoscritto.⁶¹ L'analisi del testo delle parti del Protocollo richiamate non lascia alcun margine di flessibilità nell'applicazione del divieto dei dazi all'esportazione: «[w]hile it would have been possible to include a reference to the GATT 1994 or to Article XX, WTO Members evidently decided not to do so. The deliberate choice of language providing for exceptions in Paragraph 11.3, together with the omission of general references to the WTO Agreement or to the GATT 1994, suggest to us that the WTO Members and China did not intend to incorporate into Paragraph 11.3 the defences set out in Article XX of the GATT 1994.»⁶²

13. Quindi, il Panel vaglia la conclusione cui è pervenuto sulla base dell'interpretazione testuale alla luce del «contesto» nel quale le regole richiamate sono poste. La Cina indica quale opportuno contesto alla luce del quale leggere la Sezione 11, par. 3 del Protocollo, il paragrafo 170 della

⁵⁸ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, in *UNTS*, vol. 1155, p. 331, ratificata dalla Repubblica italiana con Legge 12 febbraio 1974, n. 112, in *Suppl. ordinario alla Gazz. Uff.*, n. 111 del 30 aprile 1974. Come noto, l'art. 3, par. 2, DSU, stabilisce che il diritto OMC debba essere interpretato conformemente alle norme di diritto internazionale generale sull'interpretazione dei trattati; e dottrina e giurisprudenza considerano ormai incontrastatamente che le pertinenti disposizioni della Convenzione di Vienna (artt. 31, 32, 33) riflettano il diritto internazionale consuetudinario sul punto. Per tali aspetti cfr., *inter alia*, P. MENGGOZZI, *The World Trade Organization Law: An Analysis of Its First Practice*, in P. MENGGOZZI (Ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Giuffrè, Milano, 1999, cit., pp. 3-51; I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, OUP, 2009.

⁵⁹ I corsivi sono nostri.

⁶⁰ I corsivi sono nostri.

⁶¹ «In the Panel's view, the ordinary meaning of these two sentences of Annex 6 [China confirmed that the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded; China confirmed furthermore that it would not increase presently applied rates except under exceptional circumstances] is very clear. The use of the term 'maximum levels' sets a *definitive ceiling in excess of which China may not impose export duties*. Furthermore, the second sentence makes clear that *any increase in the export duty rates applied at the time of the conclusion of China's Accession Protocol could be effected only in exceptional circumstances following consultations with affected Members*.» Par. 7.127, i corsivi sono nostri.

⁶² Par. 7.129.

Relazione di accompagnamento, richiamato dalla Sezione 1, par. 2,⁶³ quale parte integrante del Protocollo di adesione. In tale paragrafo 170, «[t]he representative of China confirmed that upon accession, China would ensure that its laws and regulations relating to all fees, charges or taxes levied on imports and exports would be *in full conformity with its WTO obligations, including* Articles I, III:2 and 4, and XI:1 of the GATT 1994 ...» Per Pechino, il termine «including» inequivocabilmente significa che la lista di disposizioni espressamente citate in seguito è esemplificativo e non tassativo, dunque suscettibile di includere, in via interpretativa, tutte le regole relative alle merci, compresa la clausola sulle eccezioni generali dell'Accordo GATT. Inoltre, l'espressione «in full conformity with its WTO obligations» includerebbe anch'essa un implicito riferimento all'art. XX GATT 1994, poiché una misura che soddisfa i requisiti di tale disposizione è pienamente conforme al sistema OMC. Pertanto, secondo la Cina, il linguaggio rilevante impiegato dalla Sezione 5, par. 1, del Protocollo, e quello utilizzato per il paragrafo 170 della Relazione del Gruppo di lavoro sono sinonimi. Di conseguenza, argomenta Pechino, «if Paragraph 5.1 includes the flexibilities of Article XX, so does Paragraph 170 of the Working Party Report.»⁶⁴

Il Panel non accoglie le considerazioni della Cina. A suo avviso, il paragrafo 170 non costituisce il corretto «contesto» della Sezione 11, par. 3 del Protocollo, poiché riguarderebbe solo gli obblighi previsti dal GATT 1994, mentre la materia oggetto della disputa concerne unicamente lo specifico divieto accolto dalla Cina sulle tariffe doganali all'esportazione, dunque un divieto che non è contemplato dall'Accordo generale sulle merci.⁶⁵ Infatti, i dazi all'esportazione sono proibiti solo dalla Sezione 11, par. 3, del Protocollo, per cui il Panel ritiene che il contesto da analizzare per definire con esattezza la portata della prescrizione proibitiva sia rappresentato dai primi due paragrafi della Sezione 11. Questi ultimi contengono entrambi l'espressione «in conformity with GATT 1994» («1. China shall ensure that customs fees or charges applied or administered by national or sub-national authorities shall be *in conformity with the GATT 1994*. 2. China shall ensure that internal taxes and charges, including value-added taxes, applied or administered by national or sub-national authorities shall be *in conformity with the GATT 1994*»).⁶⁶ Non vi è traccia di tale espressione nel par. 3 della Sezione 11. Per il Panel, il diverso linguaggio nei tre paragrafi della Sezione considerata è prova di una precisa scelta della Cina e della *membership* dell'OMC durante i negoziati sull'adesione, scelta che deve essere rispettata ed applicata, poiché riflette «agreement at the time of China's accession that since China's export duties commitments arose exclusively from China's Accession Protocol, Article XX would not apply to such commitments.»⁶⁷ Insomma, per il Panel, il silenzio della Sezione 11, par. 3, a differenza dell'espressione di «conformità al GATT» richiamata in entrambi i paragrafi precedenti, sta ad indicare che la Cina ha rinunciato ad applicare l'art. XX GATT 1994 al divieto di dazi alle esportazioni: «[i]f China and WTO Members wanted the defences of GATT Article XX to be

⁶³ In base alla quale «[t]his Protocol, which shall include the commitments referred to in paragraph 342 of the Working Party Report, shall be an integral part of the WTO Agreement.» A sua volta, il paragrafo 342 della Relazione del Gruppo di lavoro così recita: «[t]he Working Party took note of the explanations and statements of China concerning its foreign trade regime, as reflected in this Report. The Working Party took note of the commitments given by China in relation to certain specific matters which are reproduced in paragraphs 18-19, 22-23, 35-36, 40, 42, 46-47, 49, 60, 62, 64, 68, 70, 73, 75, 78-79, 83-84, 86, 91-93, 96, 100-103, 107, 111, 115-117, 119-120, 122-123, 126-132, 136, 138, 140, 143, 145, 146, 148, 152, 154, 157, 162, 165, 167-168, 170-174, 177-178, 180, 182, 184-185, 187, 190-197, 199-200, 203-207, 210, 212-213, 215, 217, 222-223, 225, 227-228, 231-235, 238, 240-242, 252, 256, 259, 263, 265, 270, 275, 284, 286, 288, 291, 292, 296, 299, 302, 304-305, 307-310, 312-318, 320, 322, 331-334, 336, 339 and 341 of this Report and noted that these commitments are incorporated in paragraph 1.2 of the Draft Protocol.» WT/MIN(01)3, cit., par. 342.

⁶⁴ Par. 7.133.

⁶⁵ «The Panel notes, in particular, that Paragraph 170 does not refer to China's specific obligations on export duties; it refers to 'charges and taxes levied on imports and exports' ... Paragraph 170 essentially repeats the commitments existing under certain GATT rules. The matter at issue in this dispute, and governed by Paragraph 11.3, is different; it is concerned with duties and taxes that are imposed only on exports, and that are specifically prohibited under Paragraph 11.3 of the Accession Protocol ... and not regulated by the GATT 1994. In the Panel's view, Paragraph 170 of the Working Party Report neither explicitly nor implicitly refers to any exceptions or GATT 1994 flexibilities in relation to the prohibition on China to use export duties as prescribed by Paragraph 11.3 of the Accession Protocol.» Par. 7.141.

⁶⁶ Sezione 11 del Protocollo di adesione della Cina, WT/L/432, cit., i corsivi sono nostri.

⁶⁷ Par. 7.138.

available to violations of China's export duty commitments, they could have said so in Paragraph 11.3 or elsewhere in China's Accession Protocol.»⁶⁸

La Cina tenta, infine, di sottolineare che accettando il divieto di imporre dazi all'esportazione non può aver acconsentito a spogliarsi completamente del proprio diritto a regolamentare e disciplinare il commercio, un diritto che è un «inherent right» di cui gode ogni Membro OMC, e che non è, pertanto, «conferito» dagli accordi internazionali, ma, al contrario, esercitato anche attraverso questi ultimi.⁶⁹ Il Panel concorda con la Cina sul fatto che «WTO Members have an inherent and sovereign right to regulate trade,»⁷⁰ ma immediatamente dopo osserva che il tipo di impegni assunti nel Protocollo di adesione sono proprio «the ultimate expression of China's sovereignty.»⁷¹ Riconoscere l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, significherebbe unicamente cambiare il contenuto ed alterare l'attento equilibrio raggiunto durante i negoziati per l'entrata della Cina a far parte dell'OMC, dunque minare alle fondamenta la prevedibilità e la sicurezza giuridica del sistema del commercio internazionale.⁷² Indubbiamente, il Panel riconosce che la situazione determinata dall'inapplicabilità della clausola GATT sulle eccezioni generali alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione può apparire sbilanciata, del tutto dissimile rispetto agli impegni della maggior parte dei Membri OMC,⁷³ che non devono osservare alcun divieto sui dazi all'esportazione, rispetto ai quali, al contrario, godono di piena discrezionalità: «[h]owever, based on the text before us, the Panel can only assume that this was the intention of China and the WTO Members when negotiating China's Accession Protocol ... the Panel can find no legal basis in the Protocol or otherwise to interpret Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol as permitting resort to Article XX of the GATT 1994.»⁷⁴

1. Perplessità sul risultato interpretativo del Panel

14. La conclusione del Panel sull'inapplicabilità dell'art. XX alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo ha già scatenato reazioni piuttosto dure da parte della dottrina.⁷⁵ Esse sono imperniate sulla convinzione che il risultato dell'attività interpretativa compiuta dal Gruppo di esperti, più che creare una situazione suscettibile di essere «perceived as imbalanced,»⁷⁶ sfocia, in realtà, in quello che l'art. 32, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati definisce come «un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole.»

Infatti, le regole *ad hoc* sul divieto di dazi all'esportazione accettato dalla Cina vengono ad assumere la natura di «most sacred rules of the WTO»⁷⁷ poiché sono, in pratica, permanenti in quanto ben difficilmente emendabili, e, stante l'interpretazione del Panel nel report *China – Raw Materials*, costantemente inderogabili poiché non si potrebbero ad esse applicare le eccezioni previste dal GATT 1994.

⁶⁸ Par. 7.140.

⁶⁹ «According to China, the text of Paragraph 11.3 of its Accession Protocol shows that WTO Members, in imposing an obligation on China to forego export duties in certain circumstances, did not exclude the inherent right to regulate trade.» Par. 7.155.

⁷⁰ Par. 7.156, il corsivo è nostro.

⁷¹ Par. 7.157.

⁷² Cfr. il par. 7.159.

⁷³ «The Panel is mindful that excluding the applicability of Article XX justifications from the obligations contained in Paragraph 11.3 means that China is in a position unlike that of most other WTO Members who are not prohibited from using export duties, either via the terms of their respective accession protocols or their membership to the WTO at the time of its inception ... The situation created by this provision taken in isolation may be perceived as imbalanced ...» Par. 7.160, i corsivi sono nostri.

⁷⁴ *Ibid.*, il corsivo è nostro.

⁷⁵ In particolare, cfr. J. YA QIN, *The Irrationality of the WTO Export Duty Regime: Availability of GATT Article XX and Beyond*, in *International Economic Law and Policy Blog*, 11 July 2011. Più in generale, sui rapporti tra l'art. XX GATT 1994 e il Protocollo di adesione della Cina v. P. CONCONI, J. PAUWELYN, *Trading Culture: Appellate Body Report on China-Audiovisuals (WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010)*, in *World Trade Review*, 2011, pp. 95-118; Y. NGANGJOH-HODU, *Relationship of GATT Article XX Exceptions to Other WTO Agreements*, in *Nordic Journal of International Law*, 2011, pp. 219-234; J. PAUWELYN, *Squaring Free Trade in Culture with Chinese Censorship: The WTO Appellate Body Report in China-Audiovisuals*, in *Melbourne JIL*, 2008, pp. 1-22.

⁷⁶ J. YA QIN, *The Irrationality of the WTO Export Duty Regime: Availability of GATT Article XX and Beyond*, cit.

⁷⁷ Par. 7.160.

Negoziando le condizioni di adesione, Cina e *membership* dell'OMC hanno convenuto di non inserire gli obblighi assunti da Pechino in materia di oneri all'esportazione nella apposita *Schedule* della Cina allegata all'Accordo generale sulle merci, ossia nella lista di impegni redatta da ogni Membro OMC a proposito degli obblighi in materie di tariffe doganali. Questo aspetto tecnico della redazione ha prodotto, innanzitutto, l'impossibilità di evitare ogni minimo dubbio sull'applicabilità delle eccezioni contemplate dal GATT 1994 al divieto sui dazi cinesi all'esportazione, poiché l'impianto dell'Accordo generale sulle merci prevede che le deroghe agli impegni di liberalizzazione riguardino anche le *Schedules* dei Paesi membri dell'OMC. Inoltre, la scelta di inserire gli obblighi WTO-Plus in oggetto nel Protocollo di adesione comporta anche l'impossibilità di modificare o ritirare le concessioni sui dazi all'esportazione ogni tre anni, come, invece, per gli impegni tariffari contemplati nelle *Schedules*, è consentito dall'art. XXVIII GATT 1994, previa individuazione di un adeguato accordo di compensazione con i Membri OMC principalmente interessati.⁷⁸ Pertanto, considerando che le pesanti procedure di voto rendono estremamente difficile riuscire a trovare il consenso della *membership* del sistema di Marrakech per adottare un emendamento agli Accordi OMC,⁷⁹ come pure al Protocollo di adesione,⁸⁰ non si può che arrivare alla conclusione che gli obblighi sui dazi all'esportazione della Cina sarebbero blindati, inflessibili e senza possibilità di deroga alcuna: essi avrebbero, quindi, una forza giuridica da precetto «integralista» che supererebbe addirittura quella delle colonne del sistema di liberalizzazione, ossia la clausola della nazione più favorita e il principio del trattamento nazionale, la cui violazione è comunque suscettibile, come accade per tutti gli obblighi del GATT, di essere giustificata in base all'art. XX GATT 1994, come pure all'art. XXI GATT 1994, la disposizione che consente le eccezioni in materia di sicurezza dei Membri OMC. Anche alla luce del fatto che l'impegno ad eliminare le tariffe doganali all'esportazione non è contemplato dal sistema generale dell'OMC, ma riguarda solo alcuni Paesi che hanno aderito al sistema multilaterale successivamente all'entrata in vigore degli Accordi di Marrakech -insieme alla Cina, vi sono Arabia Saudita, Croazia, Lettonia, Mongolia, Ucraina e Vietnam.⁸¹ Pare davvero difficile concludere che la reale intenzione dei negoziatori del Protocollo di adesione fosse quella di determinare la rinuncia assoluta, da parte della Cina, al suo «inherent and sovereign right to regulate trade,»⁸² comunque riconosciuto dal Panel, e, prima ancora, dall'Organo d'appello nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*.⁸³

⁷⁸ «On the first day of each three-year period ... a contracting party ... may, by negotiation and agreement with any contracting party with which such concession was initially negotiated and with any other contracting party ... [having] a principal supplying interest ... and subject to consultation with any other contracting party ... [having] a substantial interest in such concession, modify or withdraw a concession included in the appropriate schedule annexed to this Agreement.» Art. XXVIII, par. 1, GATT 1994.

⁷⁹ In linea di principio, per le disposizioni diverse dall'art. IX dell'Accordo istitutivo dell'OMC, dagli artt. I e II GATT 1994, dall'art. II, par. 1, GATS, e dall'art. 4 TRIPs, per la cui modifica l'art. X dell'Accordo istitutivo dell'OMC richiede il consenso di tutti i Membri, un emendamento alle regole multilaterali richiede la ratifica da parte di due terzi della *membership* dell'OMC, ed è sottoposto ad una serie complessa di passaggi per quanto riguarda la proposta dell'emendamento, la sua approvazione e la sua entrata in vigore.

⁸⁰ Attualmente, non è chiaro quali sarebbero le procedure che la Cina dovrebbe seguire per modificare una o più parti del Protocollo di adesione. Poiché, in base alla Sezione 1, par. 2, del Protocollo, quest'ultimo, unitamente alle parti richiamate della Relazione del Gruppo di lavoro, è definito «integral part» degli Accordi OMC, si potrebbe sostenere che le modifiche del Protocollo devono osservare i pesanti meccanismi decisionali di cui all'art. X dell'Accordo istitutivo dell'OMC. In dottrina, però, vi è chi osserva acutamente che in tal modo, per le modifiche del Protocollo, si richiederebbe di osservare regole più onerose rispetto a quelle utilizzate per l'adozione del Protocollo stesso (ossia la procedura codificata all'art. XII, par. 2, dell'Accordo istitutivo dell'OMC, in base alla quale le decisioni sull'adesione sono approvate dalla Conferenza ministeriale, che deve deliberare con i due terzi dei voti dei suoi componenti), e che, per giunta, sarebbero suscettibili di pervenire ad un risultato assurdo. Infatti, poiché l'art. X OMC richiede, in linea di principio, la ratifica di due terzi dei Membri OMC per perfezionare l'adozione di un emendamento, e non obbliga i Membri OMC che non abbiano accolto l'emendamento in questione a rispettarlo, potrebbe verificarsi la singolare situazione di un emendamento al Protocollo di adesione approvato senza il concorso della Repubblica popolare cinese. Cfr. J. YA QIN, *The Challenge of Interpreting «WTO-Plus» Provisions*, cit., pp. 133-135.

⁸¹ Cfr. la nota 186 del Panel Report.

⁸² Par. 7.156.

⁸³ «[W]e see the 'right to regulate', in the abstract, as an inherent power enjoyed by a Member's government, rather than a right bestowed by international treaties such as the *WTO Agreement*. With respect to trade, the *WTO Agreement* and its Annexes instead operate to, among other things, discipline the exercise of each Member's inherent power to regulate by requiring WTO Members to comply with the obligations that they have assumed thereunder.» *China – Publications and Audiovisual Products*, Appellate Body Report, par. 222, il corsivo è nostro.

15. Certo, la redazione del Protocollo di adesione, come pure della Relazione del Gruppo di lavoro, non è stata effettuata con la necessaria attenzione, e risulta del tutto inadeguata a fornire un quadro chiaro della portata degli specifici obblighi cinesi, nonché del coordinamento di tali strumenti giuridici con il sistema OMC. Se l'insufficiente tecnica redazionale complica enormemente il lavoro dell'interprete, quest'ultimo, però, proprio in ragione del testo oggettivamente carente di Protocollo e Relazione non potrà certo affidarsi unicamente all'infelice formulazione terminologica. L'interprete non può, quindi, fermarsi alla sola interpretazione testuale, per concludere che il testo del Protocollo inequivocabilmente indica una chiara intesa dei negoziatori sulla rinuncia della Cina, pressoché perenne, al proprio diritto sovrano alla regolamentazione del commercio anche attraverso l'imposizione di tariffe doganali all'esportazione. Per riprendere le parole dell'art. 32, lett. b), della Convenzione di Vienna, un simile risultato ci pare davvero «manifestamente assurdo,» e «manifestamente ... irragionevole.» Infatti, negando l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo, si rende impossibile applicare un dazio all'esportazione per tutelare ambiente, salute, o risorse naturali esauribili, mentre rimangono giustificabili le quote e i divieti all'esportazione, poiché essi ricadono nell'art. XI GATT 1994, disposizione che si applica a quote e divieti cinesi, non essendovi un regime *ad hoc* nel Protocollo di adesione. Ciò è assurdo e irragionevole, poiché nel sistema multilaterale ginevrino, laddove uno Stato necessita di mantenere o introdurre misure restrittive per tutelare il mercato interno o perseguire le politiche pubbliche contemplate dalle eccezioni generali, l'ostacolo agli scambi più tollerato è proprio il dazio doganale, in quanto è un provvedimento che, comunque, consente la commercializzazione dei beni, dunque risulta meno distorsivo degli scambi rispetto alle barriere non tariffarie, ed è inoltre, trasparente, essendo ben chiaro il tipo e l'ammontare dell'onere che uno Stato, in deroga agli impegni di liberalizzazione, impone su un determinato prodotto.⁸⁴ Ancora, pare assurdo e irragionevole dover concludere che dal testo del Protocollo risulti che la Cina, più che avere esercitato la propria sovranità prestando il proprio consenso al Protocollo, abbia, in pratica, abdicato -e abdicato per sempre- ad esercitarla, acconsentendo ad eliminare, senza possibilità di deroga, tutti i dazi all'esportazione ad eccezione degli 84 prodotti elencati all'Allegato 6. Un simile risultato è incoerente con il sistema multilaterale degli scambi così come delineato nel Preambolo dell'Accordo istituito dell'OMC, ove è contemplato il principio dello sviluppo sostenibile, in base al quale occorre sempre raccordare lo sviluppo economico con la preservazione dell'ambiente e con lo sviluppo sociale.

16. A fronte dell'irragionevolezza, rispetto ai tratti distintivi e all'integrità del sistema OMC, che ci pare scaturisca dal considerare l'art. XX GATT 1994 inapplicabile alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, ci permettiamo qui di indicare un diverso percorso ermeneutico, anche per non incorrere nel pericolo di dedurre improvvidi divieti da diversamente interpretabili silenzi.

Indubbiamente, è vero che i paragrafi 1 e 2 della Sezione 11 del Protocollo contengono entrambi l'espressione «in conformity with GATT,» che, invece, non è richiamata dal paragrafo 3. I primi due paragrafi, infatti, lo si ricorda, così recitano: «1. China shall ensure that customs fees or charges applied or administered by national or sub-national authorities, shall be in conformity with the GATT 1994. 2. China shall ensure that internal taxes and charges, including value-added taxes, applied or administered by national or sub-national authorities shall be in conformity with the GATT 1994.» Bisogna, però, anche tener presente che essi riaffermano gli obblighi generali del GATT —pertanto, per forza di cose, deve essere richiamato l'Accordo generale!— rispetto al nuovo Membro OMC, e nulla più. Invece, il paragrafo 3 della Sezione 11, che stabilisce il divieto di dazi all'esportazione, contempla un significativo obbligo «WTO-Plus»: «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in Annex 6 of this Protocol or applied in conformity with the provisions of Article VIII of the GATT 1994.» Le due espresse esclusioni contemplate in tale paragrafo potrebbero semplicemente intendersi per quello che dicono. Esse precisano che a) il nuovo divieto della Sezione 11, par.

⁸⁴ V. R. HOWSE, *Climate Change Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis*, International Institute for Sustainable Development, 2010, a p. 17; I. JEGOU, L. RUBINI, *The Allocation of Emission Allowances Free of Charge: Legal and Economic Considerations*, ICTSD Programme on Competitiveness and Sustainable Development; Transition to a Low Carbon Series; Issue Paper No.18; International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland, 2011, a p. 39.

3 -formulato con l'ampia espressione di «all taxes and charges applied to exports,» anziché utilizzare una più puntuale nozione, ad esempio «export customs duties»- non deve intendersi come esteso agli oneri imposti dalla Cina quale corrispettivo di un servizio reso (art. VIII GATT 1994); e b) un gruppo di 84 prodotti, elencati all'Allegato 6, è escluso dal divieto di dazio all'esportazione. Il silenzio sugli altri aspetti di raccordo con le regole OMC non può essere valutato come l'esclusione dell'applicabilità dell'art. XX GATT 1994.

Certo, vi è il pasticcio del riferimento alle «exceptional circumstances» malamente inserito nella nota all'Allegato 6 del Protocollo di adesione. Lo si rammenta: in tale nota si legge che la Cina «would not increase the *presently applied rates*, except under *exceptional circumstances*.» Dunque, la giustificazione in presenza di circostanze eccezionali è limitatissima, nell'oggetto e nella portata temporale, anzi, si può tranquillamente affermare che sia già stata superata. Infatti, essa riguarda solo i dazi doganali all'esportazione applicati da Pechino al momento dell'adesione all'OMC, e non può più essere invocata successivamente al periodo triennale di transizione dall'entrata della Cina all'OMC (11 dicembre 2004), allorché la Repubblica popolare avrebbe dovuto eliminare tutti i dazi all'esportazione. Perché mai, tali, non meglio precisate, «exceptional circumstances» avrebbero potuto verificarsi solo in riferimento ai dazi all'esportazione praticati dalla Cina nel 2001, e non per altre tariffe e anche dopo i tre anni del periodo transitorio? Ci pare che il dato letterale della nota di un Allegato ad un Protocollo di adesione davvero non possa determinare un risultato interpretativo che risulti incoerente con il sistema multilaterale nel suo complesso, ove lo stesso Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC ricorda che la liberalizzazione degli scambi e lo sviluppo economico devono poter essere perseguiti osservando il principio dello sviluppo sostenibile, quindi tutelando l'ambiente e promuovendo il progresso sociale.

Si può ancora obiettare che la frase introduttiva dell'art. XX GATT 1994 «... nothing in this Agreement ...» sia un esplicito ed invalicabile limite all'applicabilità di tale disposizione al di fuori del GATT, a meno che non vi sia un espresso richiamo nello strumento pattizio al quale la si vorrebbe accostare. Occorre, comunque, ricordare, che i lavori preparatori relativi alla clausola GATT sulle eccezioni generali rivelano che il suo *incipit* venne inserito proprio con l'intento di garantire una applicazione generalizzata, («universal»)⁸⁵ dei diversi valori in essa contemplati come possibili giustificazioni a tutti gli impegni GATT. Inoltre, ancora una volta si sottolinea l'assurdità del risultato cui si perverrebbe affidandosi esclusivamente al dato letterale. Infatti, si profila sempre il rischio di impedire ad un Membro OMC di tutelare e promuovere gli importanti valori contemplati nell'art. XX GATT 1994 attraverso una misura che, pur formalmente di ostacolo agli scambi, è comunque capace di rispettare le numerose condizioni poste dalla disposizione richiamata per la sua legittimazione. Ma una liberalizzazione assoluta e inderogabile, completamente sganciata dalla sostenibilità, non è certo il modello predisposto per il sistema multilaterale degli scambi dell'OMC.

Oltre a rammaricarsi per un altro aspetto negativo della prassi redazionale delle condizioni di adesione, ossia l'assenza dei lavori preparatori del Protocollo di adesione della Cina, non resta, a questo punto, che attendere che cosa deciderà l'Organo d'appello sul punto. La Cina, come era ampiamente prevedibile, ha impugnato il report qui commentato anche in riferimento all'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione.⁸⁶ Alla luce di tale sviluppo, risulta indubbiamente opportuna la prudente scelta del Panel di procedere «on an *arguendo* basis» ad analizzare comunque le eccezioni di Pechino basate sull'art. XX lett. b), e lett. g), per giustificare i dazi all'esportazione contestati da Stati Uniti, Unione europea e Messico.⁸⁷ In tal modo, infatti, l'Organo d'appello, laddove decidesse di ribaltare l'irragionevole risultato interpretativo del Panel sull'inapplicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, potrà avere a sua disposizione l'analisi degli elementi di fatto del Panel relativi alla clausola GATT sulle eccezioni generali, e pronunciarsi di conseguenza anch'esso sulla giustificabilità delle restrizioni cinesi alle esportazioni.

⁸⁵ Sul punto v. I. JEGOU, L. RUBINI, *The Allocation of Emission Allowances Free of Charge: Legal and Economic Considerations*, cit., a p. 56, e D. A. IRWIN, P. C. MAVROIDIS, A. O. SYKES (Eds.), *The Genesis of GATT*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, a p. 164.

⁸⁶ V. WT/DS394/11, WT/DS395/11, WT/DS398/10, cit., par. 9-10.

⁸⁷ Cfr. il par. 7.230.

V. L'incompatibilità delle quote cinesi e del prezzo minimo all'esportazione sulle materie prime con l'art. XI, par. 1, GATT 1994

17. Con specifico riferimento al sistema di quote poste in essere dalla Cina,⁸⁸ va ricordato che la loro disciplina generale è inquadrata nella *Foreign Trade Law*, che conferisce l'autorità ad adottare misure restrittive all'esportazione per perseguire determinati obiettivi, quali la tutela della salute e della vita dell'uomo, o la preservazione di risorse che risultino esauribili. Il Ministero cinese per il commercio con l'estero (*Ministry of Commerce of the People's Republic of China*, MOFCOM) è responsabile per l'amministrazione centralizzata di tutte le quote all'esportazione cinesi, che determina annualmente per ciascun prodotto e gestisce in collaborazione con gli uffici delle dogane. Per ciascun minerale o metallo, o per gruppi delle materie prime oggetto della presente causa, esistono poi, molteplici atti normativi, attraverso i quali vengono puntualizzati i criteri per determinare le quote annuali e le esigenze da tener presente per ciascun settore, nonché i singoli provvedimenti annuali che contengono l'ammontare delle quote. Le quote possono essere allocate direttamente, cosa che avviene per lo zinco e il coke; oppure attraverso un sistema di aggiudicazione delle quote basato sulle offerte all'asta degli operatori, metodo che viene seguito per bauxite, fluorite e carburo di silicio. Per garantire il rispetto del complesso ed articolato sistema amministrativo delle quote, la disciplina cinese prevede sanzioni amministrative, ed anche di carattere penale.

Le quote fissate sulle materie prime oggetto della nostra attenzione sono state naturalmente attaccate sulla base dell'art. XI, par. 1, GATT 1994, la disposizione che proibisce ogni tipo di restrizione e, naturalmente, di divieto anche sulle esportazioni, ai sensi della quale «[n]o prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other [Member] or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other [Member].»

Tale regola multilaterale esprime estesamente l'obbligo di eliminare le restrizioni quantitative, come può evincersi altresì dal termine «measures,» utilizzato accanto ai più puntuali vocaboli di «quotas, import or export licences,» per indicare nel modo più inclusivo possibile ogni tipo di normativa suscettibile di contenere —o, comunque, implicare— contingenti o bandi, una terminologia che distingue l'art. XI rispetto alle altre disposizioni GATT, che si riferiscono, invece, a leggi o regolamenti, omettendo di servirsi di un vocabolo così generico come quello di «misura.»⁸⁹ Pertanto, la disposizione in oggetto è suscettibile di essere interpretata in modo considerevolmente esteso, anche se l'esatta portata dell'art. XI, par. 1, GATT 1994 in riferimento alle restrizioni alle esportazioni è ben lungi dall'essere chiara e consolidata poiché è stata oggetto di un numero estremamente limitato di controversie, prima nel sistema del GATT 1947, ed, ora, in quello di Marrakech.⁹⁰

18. Il Panel ha scelto di attribuire alla nozione di «restriction» un significato molto ampio, richiamando la giurisprudenza pregressa dei panels dell'OMC, poiché, ad oggi, l'Organo d'appello

⁸⁸ Il Panel Report compie una accurata presentazione della disciplina cinese sull'amministrazione delle quote ai par. 7.172-7-201.

⁸⁹ Nel caso *Japan – Semi-Conductors*, sviluppatosi nell'ambito del GATT 1947, il Panel, che era stato chiamato a pronunciarsi sulla riconducibilità all'art. XI GATT di una serie di misure amministrative giapponesi le quali, pur non vincolanti, inducevano gli operatori economici locali ad adottare pratiche contrarie alla ricordata disposizione, osservò, per l'appunto, che «this wording [of Article XI:1] was comprehensive: it applied to all measures instituted or maintained by a contracting party prohibiting or restricting the importation, exportation or sale for export of products other than measures that take the form of duties, taxes or other charges ... the Panel noted that Article XI:1, unlike other provisions of the General Agreement, did not refer to laws or regulations but more broadly to measures. This wording indicated clearly that any measure instituted or maintained by a contracting party which restricted the exportation or sale for export of products was covered by this provision, irrespective of the legal status of the measure.» *Japan – Semi-Conductors*, GATT Panel Report, *Japan – Trade in Semi-Conductors*, L/6309, adopted 4 May 1988, BISD 35S/116, par. 104 e 106.

⁹⁰ Cfr. B. KARAPINAR, *China's Export Restriction Policies: Complying with «WTO Plus» or Undermining Multilateralism*, in *World Trade Review*, 2011, pp. 389-408; L. VAN DEN HENDE, Jennifer PATERSON, *Export Restrictions on Raw Materials – WTO Rules and Remedies*, Bloomberg Law Reports, 2009.

non è mai intervenuto sulla nozione di restrizione di cui all'art. XI, par. 1, GATT 1994. Dunque, va considerata restrittiva quella misura che crea incertezze ed incide sui piani di investimento, restringe l'accesso ai mercati e rende proibitivo il costo delle importazioni, o quel provvedimento che limita, in generale, le operazioni commerciali.⁹¹ Insomma, per il Panel, «the obligation imposed in Article XI:1 is to explicitly forbid Members from maintaining a restriction made effective through a prohibition or quota on the exportation of any product. Export quotas are inconsistent with Members' obligations by virtue of Article XI:1 because they have a restrictive or limiting effect on exportation.»⁹²

Analizzando le varie misure portate alla sua attenzione, dalle discipline quadro ai singoli provvedimenti che fissano le quote annuali, il Gruppo di esperti conclude che la Cina mantiene quote -ed anche divieti- all'esportazione per bauxite, coke, fluorite, carburo di silicio e zinco.⁹³ Il Panel precisa inoltre che la violazione dell'art. XI, par. 1, GATT 1994 è dovuta all'operare congiunto dell'insieme dei provvedimenti analizzati e richiamati, secondo l'impostazione definita risolvendo l'eccezione preliminare sul suo mandato, proprio per evitare che «annually renewed measures do not evade WTO dispute settlement review merely through their expiration during the Panel proceedings.»⁹⁴

19. Sempre sulla base dell'art. XI, par. 1, GATT 1994, Stati Uniti, Unione europea e Messico hanno attaccato anche il meccanismo cinese del prezzo minimo all'esportazione (*minimum export price*, MEP) praticato su bauxite, coke, fluorite, magnesio, carburo di silicio, fosforo giallo e zinco. Il MEP è definito dalla Camera di commercio cinese degli importatori ed esportatori di metalli, minerali e prodotti chimici (*China Chamber of Commerce of Metals, Minerals and Chemicals Importers and Exporters*, CCCMC), alla quale la legislazione del Paese asiatico ha delegato il compito di definire ed applicare tali prezzi minimi all'esportazione. La loro osservanza è garantita da rigorose sanzioni, che possono arrivare al ritiro della licenza a quegli esportatori che non abbiano rispettato il MEP.⁹⁵

Anche in questo caso il Panel ha accolto l'istanza delle parti reclamanti. Richiamando quanto già definito a proposito dell'ampio significato da attribuire alla nozione di «restrizione,» il Gruppo di esperti ha concluso che un sistema ove si determini un prezzo minimo all'esportazione e se ne imponga il dovere di osservarlo agli esportatori, che incorrono in una pesante penalità laddove non rispettino il MEP, «has the *potential* to restrict trade.»⁹⁶ In particolare, nel caso specifico, la limitazione creata dalla misura cinese nasce dalla possibilità che il prezzo venga fissato ad un livello tale per cui gli esportatori non riescono a trovare degli acquirenti per il loro prodotto. Il Panel sottolinea, quindi, con severità che è sufficiente, per violare l'art. XI, par. 1, GATT 1994, riscontrare la *potenzialità* di una misura a produrre effetti restrittivi, implicitamente sancendo che non occorre provare che si siano già verificate limitazioni pregiudizievoli agli scambi. Dunque, «the very *potential* to limit trade is sufficient to constitute a 'restriction ... on the exportation or sale for export of any product' within the meaning of Article XI:1 of the GATT 1994.»⁹⁷

⁹¹ «The Appellate Body has not yet been required to consider the meaning of 'restrictions' in Article XI:1. Some panels, however, have done so. In *Colombia – Ports of Entry*, after reviewing several GATT and WTO cases, the panel concluded that 'restrictions' in the sense contemplated by Article XI:1 refers to measures that create uncertainties and affect investment plans, restrict market access for imports, or make importation prohibitively costly [WT/DS366/R, par. 7.240]. The panel in *India – Quantitative Restrictions* concluded that the scope of the term 'restriction' is 'broad' and, in terms of its ordinary meaning, is 'a limitation on action, a limiting condition or regulation' [WT/DS90/R, par. 5.128]. The panel in *India – Autos* similarly endorsed a broad interpretation of the term 'restriction', concluding that Article XI:1 applies to conditions that are 'limiting' or have a 'limiting effect ... on importation itself' [WT/DS175/R, par. 7.270].» Par. 7.206.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Per lo zinco, sia nel 2009 che nel 2010, la Cina ha adottato, in pratica, un vero e proprio bando poiché il MOFCOM non ha deliberato alcuna quota annuale all'esportazione: cfr. il par. 7.217.

⁹⁴ Par. 7.218.

⁹⁵ Cfr. i parr. 7.1063-7.1066.

⁹⁶ Par. 7.1081, il corsivo è nostro.

⁹⁷ *Ibid.*

VI. L'eccezione al divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994 per far fronte ad una situazione critica dovuta alla penuria di prodotti essenziali per lo Stato esportatore

20. La Cina chiede, limitatamente alla quota all'esportazione di 930.000 tonnellate annue imposta per la bauxite refrattaria, di poter giustificare detta misura in base all'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994, che consente di legittimare le misure restrittive laddove si tratti di «[e]xport prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or relieve critical shortages of foodstuffs or other products essential to the exporting contracting party.» Pechino, infatti, sostiene di essere obbligata a mantenere la misura contestata poiché la sua disponibilità di bauxite è fortemente minacciata dall'alta domanda proveniente dai Paesi terzi, dal rischio di rapida esauribilità delle scorte, e della normativa interna che ne limita l'accesso. Inoltre, la Cina sottolinea che le scelte compiute riguardo la bauxite refrattaria sono analoghe ai divieti ed alle restrizioni che le stesse parti reclamanti hanno mantenuto anche per 40 anni su prodotti ritenuti essenziali per la loro industria di trasformazione, citando quali esempi le limitazioni ed i bandi all'esportazione sul legname non lavorato utilizzati dagli Stati Uniti per 43 anni, e le restrizioni ed i divieti all'esportazione per diversi tipi di residui della lavorazione di metalli ferrosi e non ferrosi che l'Unione europea ha adottato per 37 anni. Tali misure, secondo Pechino, sarebbero indicative dell'opinione dei Membri OMC sulla portata dell'art. XI, par. 2, lett. a), dunque si presterebbero ad essere qualificate come la «prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo» che l'art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna indica quale elemento di cui tener conto nell'interpretare un accordo internazionale.⁹⁸ Di avviso completamente opposto sono le parti attrici: per Stati Uniti, Unione europea e Messico, la quota cinese attaccata non potrebbe essere considerata come una misura applicata temporaneamente, la bauxite refrattaria non sarebbe un prodotto essenziale per la Cina, la restrizione all'esportazione non sarebbe stata posta in essere per prevenire o alleviare una situazione critica del minerale che ne è oggetto,⁹⁹ ma unicamente per incentivare lo sviluppo dell'industria nazionale,¹⁰⁰ e, infine, il mandato del Panel non potrebbe, in alcun modo, includere anche le misure restrittive statunitensi ed europee richiamate dalla Cina. Prima di procedere alla disamina dell'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994, il Panel interviene proprio su quest'ultimo punto. In riferimento alla prassi USA e UE, invocata dalla Cina quale prova della possibilità di includere nell'eccezione *ad hoc* sulle restrizioni quantitative anche misure di durata quarantennale, il Gruppo di esperti precisa di non considerare i provvedimenti richiamati rilevanti per la sua analisi poiché non è per nulla chiaro che tali misure siano state poste in essere avendo in mente l'art. XI, par. 2, lett. a). Inoltre, anche laddove risultasse che Stati Uniti ed Unione europea abbiano ritenuto di essere legittimati ad adottare quelle misure sulla base dell'eccezione qui considerata «their application does not demonstrate agreement on the meaning of Article XI:2(a).»¹⁰¹ Dunque, il Panel segue integralmente l'impostazione molto cauta da sempre indicata dall'Organo d'appello per qualificare una prassi delle parti contraenti intervenuta successivamente all'entrata in vigore di un accordo come una prassi rilevante ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna: per il Tribunale permanente «subsequent practice in interpreting a treaty has been recognized as a 'concordant, common and consistent' sequence of acts or pronouncements which is sufficient to establish a discernible pattern implying the agreement of the parties [to a treaty] regarding its interpretation.»¹⁰²

21. Il Panel procede, quindi, ad esaminare quale sia, in generale, il significato da attribuire ai tre elementi chiave dell'eccezione invocata: il concetto di misura «temporarily applied,» quello di «products essential to the exporting contracting party,» e, infine, la nozione di «critical shortage.»

⁹⁸ Cfr. i parr. 7.241 e 7.242, nonché la nota 414.

⁹⁹ Par. 7.243.

¹⁰⁰ Cfr. il par. 7.271.

¹⁰¹ Par. 7.247.

¹⁰² *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, p. 13.

Riguardo che cosa si debba intendere per restrizione *temporarily applied*, la Cina, dovendo giustificare il bando sulla bauxite, che, attraverso rinnovi annuali, applica dal 2000 e in merito al quale non ha dato indicazione alcuna di una sua dismissione a breve, sostiene che la durata acconsentita dall'art. XI, par. 2, lett. a) non è suscettibile di essere astrattamente quantificata a priori, ma deve essere definita caso per caso, e può anche essere prolungata nel tempo, purchè regolarmente rivista. L'arco temporale consentito, dunque, dovrebbe essere strettamente legato al tipo di situazione critica che si intende alleviare o prevenire attraverso la restrizione quantitativa da giustificare. Non potendo, come si è appena visto, avvalersi della prassi statunitense ed europea su legname e residui della lavorazione di metalli per legittimare misure protratte per lungo tempo, la Cina fa allora affidamento sul bando australiano sull'esportazione di pecore merino, dal cui vello si ottiene la famosa e pregiata lana. Tale bando è stato mantenuto per più di 80 anni -dal 1929 al 2010- ed è stato al centro delle discussioni sul testo dell'attuale art. XI durante i negoziati per la creazione del sistema del GATT 1947. Infatti, il rappresentante dell'Australia era preoccupato che l'inserimento della qualifica di «critical» per le situazioni di «shortages,» di carenza di prodotti essenziali, fosse suscettibile di non includere il bando mantenuto dall'Australia sulle pecore merino. La siccità che aveva colpito la regione nel 1946 aveva causato la perdita di 20 milioni di capi, e i suoi effetti avrebbero richiesto parecchi anni per essere smaltiti. Dunque, se il periodo «critical» della siccità era stato superato, la penuria di bestiame avrebbe richiesto anni per essere colmata. L'Australia, pertanto, chiedeva di eliminare l'aggettivo di «critical» dalla disposizione che sarebbe poi divenuta l'art. XI GATT, per evitare di essere costretta ad abrogare un divieto di esportazione che, invece, considerava irrinunciabile per difendere un'attività produttiva essenziale per il Paese anglosassone, e che avrebbe potuto dover reintrodurre in caso di nuove calamità naturali.¹⁰³ Il Comitato sulle politiche commerciali della Conferenza su commercio e sviluppo delle Nazioni Unite rassicurò, allora, il Rappresentante australiano nel senso che la situazione *sui generis* delle pecore merino era «entirely covered by the text as it stands,» dunque era riconducibile ad una situazione di penuria «critical,» sottolineando, inoltre, che «the minutes of [the] meeting will always be at ... the disposal [of the Australian Representative] to indicate the feeling of this Committee.»¹⁰⁴

Il Panel, però, si rifiuta di prendere in considerazione i lavori preparatori dell'art. XI GATT 1994. L'art. 32 della Convenzione di Vienna, infatti, prevede il ricorso ai lavori preparatori di un accordo internazionale solo laddove l'applicazione dei criteri ermeneutici di cui all'art. 31 della Convenzione in oggetto pervenga ad un significato ambiguo o oscuro, o conduca ad un risultato assurdo o irragionevole.¹⁰⁵ Ma l'interpretazione testuale e contestuale dell'art. XI, par. 2, lett. a) porta, ad avviso del Panel, ad

¹⁰³ «It will be noticed that we have sent a circular proposing the deletion of the word 'critical' ... The reason why we suggest that this word be removed is that it is feared that export prohibitions on merino sheep which we impose might, because of the strict qualification of the word 'shortages,' have to be removed at a time when, in our view, they should be retained. We feel that whilst we have suffered very heavy shortages, it would be difficult with our sheep population to describe them as 'critical.' In the drought which occurred a little over a year ago we lost 20 million of sheep over a period of a few months. It caused something of a crisis at the time, but the effects of a drought do not wear off until very many years have passed, and measures may still be needed even when the really critical stages have passed. In other words, the critical element in the shortage might pass rather rapidly, but the effects remain for some years. It should be realized that, even with our large flocks, it takes time to get back to anything like a loss of 20 million sheep. I have therefore to ask the Commission that it agree to the word 'critical' being removed and to explain that it is designed to meet our present position on the prohibition of the merino sheep, a position which might be expected to recur periodically. We could contemplate removing this prohibition perhaps in a year or so, but our problem is that if we have another drought in perhaps 3, 4, 5 or 6 years' time, we would not be able to reimpose this prohibition, or if we did reimpose it, we would only be able to keep it on during the very critical period of the result of the drought.» Questa l'interessante dichiarazione del Rappresentante Australiano riportata in UN Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Verbatim Report of Fortieth Meeting of Commission A*, E/PC/T/A/PV/40(1) (19 August 1947).

¹⁰⁴ Un Economic and Social Council, *Third Committee: Commercial Policy, Summary Record of the Thirty-Seventh Meeting, Held on Monday, 16 February 1948 at 3.30 p.m., Consideration of the Report of Sub-Committee E (Articles 20 and 22)*, E/CONF.2/C.3/SR.37 (16 February 1948), pp. 1-3.

¹⁰⁵ Inoltre, a proposito delle discussioni sul bando australiano per le pecore merino svoltesi durante i negoziati del GATT 1947, il Panel ha osservato che «[t]he negotiating parties' discussion of this ban appears to have centred on whether Article XI:2(a) could be used to address questions of shortages in times of drought, which is not instructive with respect to the facts before us. Moreover, the fact that Australia may have kept the measure in place for 80 years (up to today) does not support the conclusion that the negotiating parties foresaw then and therefore agreed that the continued application for such duration

un risultato molto chiaro. Il significato ordinario di «temporarily,» osserva il Gruppo di esperti dopo aver riportato il consueto repertorio vocabolaristico che contraddistingue l'*incipit* dell'attività ermeneutica degli organi giudicanti del sistema OMC, è quello di «of a limited duration and not indefinite.»¹⁰⁶ Occorre, inoltre, leggere l'art. XI GATT 1994 in modo tale da preservare il significato e la funzione dell'art. XX, lett. g), GATT 1994, conformemente al principio dell'effetto utile (*ut res magis valeat quam pereat*), un canone ermeneutico di diritto internazionale generale costantemente enfatizzato dall'Organo d'appello, sin dal suo primo report nel caso *US – Gasoline*.¹⁰⁷ In base a tale principio, una disposizione pattizia deve essere interpretata in modo tale da dare significato ed efficacia a tutti i termini e a tutte le altre disposizioni del trattato cui essa appartiene. «An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility»;¹⁰⁸ al contrario, «a treaty interpreter must read all applicable provisions of a treaty in a way that gives meaning to *all* of them, harmoniously.»¹⁰⁹

Ora, l'art. XX, lett. g), GATT 1994 è dedicato alle misure volte a preservare le risorse naturali esauribili, per giustificare le quali richiede il rispetto di requisiti più numerosi e più pesanti di quelli previsti dall'art. XI, par. 2, lett. a). L'interpretazione proposta dalla Cina «would allow WTO Members to resort indistinguishably to either Article XI:2(a) or XX(g) to address the problem of an exhaustible natural resource.»¹¹⁰ Si tratta di una lettura errata, poichè il rischio di estinzione di una risorsa «finita,» come può essere un minerale, non si presta ad essere efficacemente affrontato con una misura «temporanea» e priva di tutte le caratteristiche invece richieste dall'art. XX, lett. g), GATT 1994 – ad esempio, la necessità che analoga misura di conservazione venga adottata anche sul piano interno. Pertanto, ad avviso del Panel, «an interpretation that Article XI:2(a) permits the application of a measure for a limited time under limited circumstances [i.e. to address 'critical shortages' of 'essential products'] would be in harmony with the protection that may be available to a Member under Article XX(g), which addresses the conservation of exhaustible natural resources.»¹¹¹

22. Ampia è la nozione di «products essential to the exporting contracting party» cui perviene il Panel nell'interpretare il secondo requisito dell'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994. Sempre muovendosi dall'analisi dei dizionari, il Gruppo di esperti osserva che «essenziale» può essere definito come significativo, importante, assolutamente necessario, che costituisce o è parte essenziale di qualcosa, insomma, indispensabile.¹¹² Quindi, nota che l'essenzialità, nella disposizione oggetto di indagine, è precisata dall'espressione «to the exporting contracting party,» dunque deve trattarsi di prodotti *essenziali* per il Paese esportatore. Poi, il Panel sottolinea che, dai lavori preparatori, il riferimento all'*exporting Member* risulta essere stato aggiunto alla redazione iniziale dell'attuale art. XI per chiarire che «the importance of any product should be judged in relation to the particular country concerned,»¹¹³ subito puntualizzando, però, che ciò non avalla alcuna determinazione arbitraria e insindacabile da parte dello Stato esportatore.

would be justified under Article XI:2(a)» (v. la nota 437 del Panel Report, il corsivo è nostro). Le osservazioni del Panel in merito al bando quasi secolare sulle pecore merino sono certo supportate dalle indicazioni temporali —certo più contenute rispetto a tempistiche pluridecennali— illustrate dal Rappresentante australiano nelle discussioni negoziali degli anni '40.

¹⁰⁶ Par. 7.258.

¹⁰⁷ Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996.

¹⁰⁸ *US – Gasoline*, Appellate Body Report, a p. 23.

¹⁰⁹ *Argentina – Footwear (EC)*, Appellate Body Report, *Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/AB/R, adopted 12 January 2000, par. 81 (il corsivo p nel testo originale). Il principio dell'effetto utile è evidenziato con particolare efficacia anche nei seguenti eports dell'Organo d'appello: *Korea – Dairy*, Appellate Body Report, *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, WT/DS98/AB/R, adopted 12 January 2000, par. 81; *India – Patents (US)*, Appellate Body Report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R, adopted 16 January 1998, par. 45; *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, a p. 12.

¹¹⁰ Par. 7.257.

¹¹¹ Cfr. i parr. 7.257 e 7.260.

¹¹² V. il par. 7.275.

¹¹³ UN Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. Commission A: Report of Sub-Committee on Articles 25 and 27 E/PC/T/141* (1 August 1947), p. 2, riportato al par. 7.275.

Infine, l'organo giudicante stabilisce che l'essenzialità di un prodotto, da definire prendendo oggettivamente in considerazione le particolari circostanze in cui si trova lo Stato che esporta nel momento in cui applica la restrizione, «may include a product that is an 'input' to an important product or industry,»¹¹⁴ ricorrendo ad una definizione aperta —la scelta del verbo «include»— e ampia, poiché comprende anche ogni tipo di bene suscettibile di essere strategico per un'importante settore produttivo, o prodotto, nazionale.

23. Più combattuto è il risultato interpretativo sull'ultimo elemento richiesto dall'eccezione *ad hoc* dell'art. XI, par. 2, lett. a) GATT 1994, quello di *critical shortage*, dunque di situazione critica di penuria nella quale venga a trovarsi un prodotto essenziale. Poiché la misura temporale volta ad affrontare tale situazione critica può essere adottata non solo per alleviare, ma anche per prevenire il verificarsi di una «critical shortage» —si parla, infatti, di «[e]xport prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or relieve critical shortages of ... products essential to the exporting contracting party»¹¹⁵ la Cina ritiene che sia giustificato adottare una misura restrittiva anche quando «the degree of shortage [is not] so extreme that it can only be relieved through an export ban.»¹¹⁶ Il Panel respinge l'interpretazione proposta da Pechino, osservando nuovamente che l'estesa nozione di «critical shortage» caldeggiata dalla parte resistente sarebbe suscettibile di rendere superfluo l'art. XX, lett. g), GATT 1994, il quale pone requisiti più numerosi e stringenti per giustificare una misura, poiché il suo ambito di applicazione riguarda anche le risorse naturali esauribili non viventi, e, dunque, «with a limited life span.»¹¹⁷ Pertanto, in ottemperanza al principio dell'effetto utile, già richiamato, e in base al quale gli Accordi OMC devono essere interpretati «in a harmonious way,»¹¹⁸ il Panel giunge alla conclusione che «the requirement that measures be applied 'temporarily' contextually informs the notion of 'critical shortage'»¹¹⁹ Laddove la carenza di un prodotto essenziale sia irreversibile, ragiona il Gruppo di esperti, «it will not be possible to 'relieve or prevent' it through an export restriction applied on a temporary basis.»¹²⁰ Tale restrizione, infatti, sarebbe concentrata solo sulle esportazioni, senza dover essere accompagnata da provvedimenti limitativi anche sul piano interno, come, invece, è richiesto per le misure conservative giustificabili in base all'art. XX, lett. g), GATT 1994 proprio perché, agendo solo sulle esportazioni, non si gestirebbe in maniera adeguata soprattutto un problema di esauribilità di risorse naturali non viventi. Dunque, per legittimare una misura che, formalmente, ostacola gli scambi avvalendosi dei requisiti meno esigenti di cui all'art. XI, par. 2, lett. a.), GATT 1994, occorre trovarsi dinanzi ad una situazione di vera e propria crisi, che si presti ad essere efficacemente contrastata attraverso una misura chiaramente limitata nel tempo:¹²¹ «[i]f Article XI:2(a) were interpreted to permit the long-term application of measures in the nature of China's export restrictions on refractory grade bauxite, the import of Article XX(g) would be very much undermined, if not rendered redundant.»¹²²

Viste le premesse interpretative generali sulla portata dell'art. XI, par. 2, lett. a) GATT 1994, è facile immaginare che il Panel abbia poi concluso nel senso dell'ingiustificabilità della quota cinese sulla bauxite in base all'eccezione *ad hoc* invocata. Il Gruppo di esperti, avvalendosi dell'ampia nozione di «essential products,» che si è sopra illustrata, ha considerato la bauxite refrattaria un prodotto «essen-

¹¹⁴ Par. 7.282, i corsivi sono nostri.

¹¹⁵ Art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994, il corsivo è nostro.

¹¹⁶ Par. 7.285.

¹¹⁷ Par. 7.293.

¹¹⁸ V. il par. 7.298.

¹¹⁹ Par. 7.297.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ L'Unione europea ha avanzato una drastica interpretazione di «critical shortage,» suggerendo di considerare riconducibili all'art. XI, par. 2, lett. a), unicamente le situazioni di carenza che, pur gravi, abbiano, comunque, una durata limitata: «[i]n this sense ... there should be a point in time when the critical shortage would cease to exist and the availability of the good would return to normal. If there is no possibility for the shortage ever to cease to exist, the European Union submits that it would not be possible to 'relieve or prevent' it through an export restriction applied only for a limited period of time» (par. 7.290). Quindi, l'Unione porta alcuni esempi di «critical shortages» suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. XI, par. 2, lett. a): «an extended drought or wildfires that severely decrease the crops of grain or cereal in a particular country, or a mining accident» (par. 7.291).

¹²² Par. 7.298.

ziale» per la Cina, poiché è indispensabile alla produzione di ferro ed acciaio -due settori strategici per lo sviluppo economico e la diversificazione del Paese asiatico- e risulterebbe costoso ricorrere a materiali alternativi, che, peraltro, non possiedono tutte le importanti caratteristiche della «refractory-grade bauxite.» Il Panel, però, non ha potuto evitare di constatare che la quota di 930.000 tonnellate annue, vigente dal 2000 e che la Cina non ha intenzione di abbandonare, non può considerarsi come una misura «temporarily applied,» né, tantomeno, come un provvedimento volto a fronteggiare una situazione di «critical shortage.» Secondo le prudenti stime cinesi, infatti, Pechino avrebbe, all'attuale tasso di estrazione, riserve di bauxite refrattaria ancora per 16 anni – ben più generose sono, invece, le proiezioni delle parti ricorrenti, per le quali le scorte cinesi del minerale sarebbero, addirittura, di 91 anni. Anche considerando corretti i calcoli cinesi, ad avviso del Panel la disponibilità di riserve di bauxite per 16 anni non costituisce una situazione critica di penuria del minerale, insomma non dimostrerebbe l'esistenza di una situazione «that is “grave”, rising to the level of a “crisis”.»¹²³ Né il Gruppo di esperti considera accettabile l'ulteriore argomentazione cinese secondo la quale la legislazione sulla tutela dell'ambiente e la preservazione delle risorse naturali adottata dalla Cina in riferimento all'estrazione e alla lavorazione di un prodotto contribuirebbero a creare una situazione di «critical shortage,» poiché renderebbe più onerose le condizioni di utilizzo della bauxite refrattaria: «accepting this view would be problematic, as it would allow a Member to claim the existence of a critical shortage when objectively none exists.»¹²⁴ Di conseguenza, il Panel ritiene che la Cina non abbia provato che la quota annuale praticata sulla bauxite refrattaria sia giustificata dall'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994.¹²⁵

VII. Il principio di sovranità, la tutela delle risorse naturali esauribili, e l'art. XX, lett. g), GATT 1994

24. Una parte del report del Panel sicuramente destinata a suscitare un forte interesse, che travalicherà i confini del diritto internazionale dell'economia, è la difesa cinese di alcune sue misure restrittive sulla base dell'art. XX, lett. g), GATT 1994. Pechino, infatti, ha cercato di sostenere che la quota annua all'esportazione di 930.000 tonnellate di bauxite refrattaria (*refractory-grade bauxite*), e il dazio all'esportazione del 15% sulla fluorite fossero misure volte a consentire la conservazione delle due risorse naturali cinesi. Bauxite e fluorite sono minerali esauribili di importanza centrale per la produzione di acciaio ed alluminio. Non sono elementi facilmente sostituibili: poiché i giacimenti cinesi sarebbero in difficoltà —al tasso di estrazione del 2009, Pechino ha stimato che le riserve di fluorite si estinguerebbero in quattro anni e mezzo, mentre rimarrebbero 16 anni per le riserve della bauxite refrattaria—¹²⁶ dazi e quote potrebbero essere giustificati ricorrendo alla clausola sulle eccezioni generali del GATT, in quanto saremmo in presenza, sempre secondo il Paese asiatico, di misure relative alla conservazione di risorse naturali esauribili, applicate congiuntamente a restrizioni imposte su produzione o consumo nazionali, e in modo imparziale rispetto a queste ultime. Di avviso completamente opposto sono i reclamanti: per Stati Uniti, Unione europea e Messico, le misure restrittive cinesi non possono essere giustificate in base all'art. XX, lett. g), GATT 1994 poiché non presentano alcuna relazione con l'obiettivo della preservazione delle risorse, e non sono inserite in un quadro giuridico credibile e volto a perseguire effettivamente ed efficacemente politiche di sostenibilità nell'estrazione delle materie prime. L'unico chiaro elemento che emerge dall'analisi delle misure oggetto di indagine, secondo le parti attrici, è la loro stretta e inequivoca relazione («close and genuine relationship») con gli obiettivi di sviluppo economico della Cina, che, in realtà, con le sue restrizioni alle esportazioni intenderebbe unicamente avvantaggiare le imprese e l'economia locali.¹²⁷

Come noto, l'art. XX, lett. g), GATT 1994 consente di legittimare provvedimenti e discipline che, formalmente, ostacolano gli scambi laddove siano soddisfatte le diverse condizioni poste nel sotto-

¹²³ Par. 7.351.

¹²⁴ Par. 7.352.

¹²⁵ V. il par. 7.353.

¹²⁶ Par. 7.411.

¹²⁷ Cfr. il par. 7.412.

paragrafo richiamato (per il quale le misure devono essere «relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption») e nello *chapeau* di tale clausola (il quale richiede che le misure da giustificare «are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade»). Si tratta del meccanismo puntualizzato dalla giurisprudenza e ormai consolidato della *two-tiered analysis*, in base al quale la disciplina interna volta a perseguire politiche pubbliche e interessi nazionali, qualora confligga con le regole del GATT 1994, dovrà, per poter essere legittimata, prima ottenere la giustificazione provvisoria dimostrando la riconducibilità ad una delle lettere dell'art. XX GATT 1994, e, quindi, superare l'ulteriore vaglio dell'ottemperanza ai requisiti dello *chapeau* della clausola sulle eccezioni generali.¹²⁸

La Cina, per salvare le proprie misure, propone di interpretare l'art. XX, lett. g), GATT 1994 come espressione del principio di sovranità sulle risorse naturali, che tutela, pertanto, il diritto sovrano di Pechino ad adottare una politica mineraria di preservazione capace di tener conto sia delle esigenze di sviluppo economico che delle istanze di carattere sociale del Paese asiatico. Inoltre, la Cina sottolinea che i diritti sovrani sulle risorse naturali, tutelati dall'art. XX, lett. g), GATT 1994, devono essere esercitati alla luce dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile contemplato dal Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC. E tale principio, osserva ancora Pechino, «requires that economic development and conservation be aligned through the effective management of scarce resources, as the term 'conservation' [stated in Article XX(g)] refers to the management of a limited supply of exhaustible natural resources over time.»¹²⁹ Da ciò deriva, conclude la parte resistente, che «nothing should interfere with ... sovereignty over natural resources,» tenendo anche in considerazione l'esigenza, per i Paesi in via di sviluppo, «to make optimum use of their resources for their development, as they deem appropriate, including the processing of their raw material.»¹³⁰

25. Il Panel accoglie la sfida lanciata dalla Cina, sviluppando argomentazioni e arrivando ad una soluzione interpretativa che ci pare equilibrata e suscettibile di apportare un contributo di interesse al dibattito sul rapporto tra il sistema OMC e le risorse naturali.¹³¹ Dopo aver ripercorso la giurisprudenza pregressa sull'art. XX GATT 1994 a proposito del significato da attribuire ad espressioni e termini di tale disposizione, il Panel procede con l'interpretazione contestuale, e alla luce del principio di integrazione sistemica, della clausola sulle eccezioni generali, naturalmente con particolare riferimento al sottoparagrafo g).

Pertanto, il Gruppo di esperti si sofferma sul Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC – in base all'art. 31, par. 2, della Convenzione di Vienna, lo si ricorda, il «contesto» di un trattato comprende il testo, il *preambolo* e gli allegati. Riprendendo le parole dell'Organo d'appello nel caso *US - Shrimp*, il Panel ricorda che il Preambolo dona «colour, texture and shading to [the] interpretation of the agreements annexed to the *WTO Agreement*.»¹³² Infatti, il primo paragrafo del Preambolo stabilisce che le relazioni economiche e l'espansione della produzione e del commercio di beni e servizi, volta ad innalzare il tenore di vita delle popolazioni dei Membri OMC, debbano sempre consentire un impiego ottimale delle risorse mondiali, conformemente all'obiettivo di uno sviluppo sostenibile, che miri a tutelare e a preservare l'ambiente e a potenziare gli strumenti per perseguire tale obiettivo in maniera compatibile con le rispettive esigenze e i rispettivi problemi, derivanti dai diversi livelli di sviluppo economico.¹³³ Di conseguenza,

¹²⁸ Sull'art. XX GATT 1994 ci sia consentito di rinviare a E. BARONCINI, *L'Organo d'appello dell'OMC e il rapporto tra commercio e ambiente nell'interpretazione dell'articolo XX GATT*, in L. SERENA ROSSI, E. BARONCINI (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli - Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, pp. 429-474 ed alla bibliografia ivi citata.

¹²⁹ Par. 7.364.

¹³⁰ Par. 7.356.

¹³¹ Sul tema si veda l'importante volume prodotto dall'OMC: WTO, *World Trade Report 2010 - Trade in Natural Resources*, Geneva, 2010.

¹³² Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, par. 153.

¹³³ «The Parties to this Agreement [recognize] that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real

inizia ad osservare il Panel, «a proper reading of Article XX(g) in the context of the GATT 1994 should take into account the challenge of using and managing resources in a sustainable manner that ensures the protection and conservation of the environment while promoting economic development.»¹³⁴ E' evidente che vi è piena sintonia tra Panel e Cina sul fatto che lo sviluppo economico debba essere sostenibile, dunque coniugato alle esigenze di preservazione di cui all'art. XX, lett. g), GATT 1994.

Inoltre, prosegue il Gruppo di esperti, nell'interpretare tale disposizione occorre prendere in considerazione i principi di diritto internazionale generale applicabili ai Membri OMC, in quanto l'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna stabilisce che l'interprete di un accordo debba tener presente anche «qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti.» In base al principio di integrazione sistemica, per l'appunto, il risultato dell'attività ermeneutica di una fonte pattizia deve armonizzarsi con il diritto espresso dalla Comunità internazionale. Ancora una volta, quindi, il Panel mostra di condividere l'impostazione della Cina, che aveva proposto di considerare l'art. XX, lett. g), GATT 1994 come volto a proteggere «its sovereign right to adopt a comprehensive and sustainable mineral conservation policy, taking into account China's social and economic development needs.»¹³⁵ Infatti, argomenta il Gruppo di esperti, «[o]ne of the fundamental principles of international law is the principle of state sovereignty, denoting the equality of all states in competence and independence over their own territories and encompassing the right to make laws applicable within their own territories without intrusion from other sovereign states. Independent decisions can be taken with regard to matters including the choice of political, economic and social systems.»¹³⁶

Ma vi è di più. Il Panel, infatti, continua ad articolare il suo ragionamento, e, riprendendo il testo delle Risoluzioni delle Nazioni Unite sulla sovranità permanente sulle risorse naturali,¹³⁷ osserva che «[a]n important element of the principle of state sovereignty is the principle of sovereignty over natural resources, recognized as a principle of international law ... and allowing states to 'freely use and exploit their natural wealth and resources wherever deemed desirable by them for their own progress and economic development'.»¹³⁸ Dunque, precisa ulteriormente il Gruppo di esperti, «[t]he principle of sovereignty over natural resources affords Members the opportunity to use their natural resources to promote their own development while regulating the use of these resources to ensure sustainable development.»¹³⁹ E, «consistently with Article 31(3)(c) of the *Vienna Convention*, [the] interpretation of Article XX(g) should 'take into account' the principle of sovereignty over natural resources.»¹⁴⁰ con la conseguenza che l'applicazione di tale disposizione non può certo pregiudicare il rispetto dei diritti sovrani dei Membri OMC sulle loro risorse naturali.

Pertanto, l'impostazione interpretativa del Gruppo di esperti è accostabile alle statuizioni difensive della Cina, alla quale puntualmente ricorda che la conclusione di accordi internazionali è un aspetto dell'esercizio della sovranità statale: gli obblighi assunti in sede pattizia non possono certo essere considerati come una violazione della sovranità, in quanto proprio la capacità di stipulare accordi è un esempio paradigmatico della sovranità. Dunque, «[e]xercising its sovereignty over its own natural resources while respecting the requirements of Article XX(g) ... is an efficient way for China to pursue its

income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development.» Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC, par. 1.

¹³⁴ Par. 7.375, il corsivo è nostro.

¹³⁵ Par. 7.363.

¹³⁶ Par. 7.378.

¹³⁷ Si tratta in particolare, delle seguenti Risoluzioni: UN General Assembly Resolution 626 (VII), *Right to Exploit Freely Natural Wealth and Resources* (21 December 1952); UN General Assembly Resolution 1803 (XVII), *Permanent Sovereignty Over Natural Resources* (14 December 1962). Sul principio della sovranità permanente sulle risorse naturali cfr. N. J. SCHRIJVER, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>; V. ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali tra vecchie e nuove violazioni*, Giuffrè, Milano, 2009.

¹³⁸ Par. 7.380.

¹³⁹ Par. 7.381.

¹⁴⁰ *Ibid.*

own social and economic development,»¹⁴¹ poiché «the requirements of Article XX(g) can be interpreted harmoniously with the international law principle of State sovereignty over its natural resources.»¹⁴²

26. Tuttavia, chiarita la portata dell'art. XX, lett. g), GATT 1994, da definire alla luce del principio dello sviluppo sostenibile del Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC, nonché del principio della sovranità sulle risorse naturali, il Panel, quando passa a valutare il rispetto dei requisiti della clausola di giustificazione da parte della restrizione quantitativa sulla bauxite refrattaria e del dazio sulla fluorite, non può che riscontrare l'inottemperanza della disciplina cinese. Non si tratta, infatti, di misure relative (*relating to*) alla conservazione di risorse naturali esauribili, come richiesto dalla prima delle condizioni di cui alla lett. g) dell'art. XX GATT 1994. Il testo delle due misure cinesi in nessuna parte fa riferimento all'obiettivo della «conservazione,» né, tantomeno, collega in alcun modo le due restrizioni all'esportazione ad alcuna finalità di sostenibilità.¹⁴³ Inoltre, non regge la richiesta della Cina di considerare i due provvedimenti come facenti parte di un più ampio ed organico insieme di misure volte ad attuare razionalmente ed efficacemente un sedicente programma nazionale di preservazione della bauxite e della fluorite. Sempre l'analisi del testo dell'insieme delle normative cinesi richiamate —che non si prestano, però, ad essere qualificate come misure facenti parte di un credibile piano di conservazione delle risorse naturali— fa emergere unicamente i vantaggi economici e di sviluppo che la Cina può ricavare dallo sfruttamento delle sue risorse minerarie,¹⁴⁴ oppure l'intento generico e meramente programmatico di avviare una politica di conservazione nel settore dei minerali.¹⁴⁵ Insomma, «there is no clear link between the way the duty and the quota are set and any conservation objective.»¹⁴⁶ Anzi, i dati statistici analizzati durante il procedimento mostrano che la Cina ha aumentato costantemente e significativamente l'estrazione di bauxite e fluorite, registrando un notevole incremento delle esportazioni dei prodotti dell'industria di trasformazione locale, con la conseguenza che «[f]or the Panel, this evidence does not support China's claim that it has put in place a comprehensive plan to conserve refractory-grade bauxite and fluorspar given that domestic extraction has in fact increased.»¹⁴⁷ Infine, mentre le misure restrittive all'esportazione hanno aumentato i prezzi per gli acquirenti stranieri, esse hanno determinato un abbassamento del costo delle materie prime per i produttori nazionali, ed ovviamente una loro maggiore utilizzazione a livello locale: ed anche questo fenomeno è difficile da conciliare con l'obiettivo di preservare bauxite e fluorite.¹⁴⁸ Al contrario, esso è suscettibile di determinare un vero e proprio «sussidio» per la «downstream industry» cinese, poiché spinge quest'ultima ad aumentare le sue richieste di materie prime, azzerando ogni possibilità di riduzione nell'estrazione che, ad avviso di Pechino, sarebbe l'unica e vera ragion d'essere della quota sulla bauxite e del dazio sulla fluorite.¹⁴⁹ Dunque, ad avviso del Panel, la Cina non ha provato in alcun modo che le due misure oggetto di indagine si prestino ad essere qualificate come «relating to,» come relative alla conservazione di risorse naturali.

Le caratteristiche e gli elementi sopra richiamati sulla situazione e sulla disciplina dell'estrazione dei minerali in Cina fanno facilmente intuire l'impossibilità di soddisfare l'ulteriore requisito della lett. g) dell'art. XX, il quale prevede che le misure che si intendono giustificare siano non solo relative alla conservazione di risorse naturali esauribili, ma anche adottate congiuntamente a restrizioni sulla produzione e sul consumo nazionali («made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption»). Come già indicato, la disciplina cinese prevede unicamente obiettivi

¹⁴¹ Par. 7.383.

¹⁴² Par. 7.387.

¹⁴³ Cfr. il par. 7.418.

¹⁴⁴ Cfr. il par. 7.419: «[the] document entitled 'China's Policy on Mineral Resources Information Office of the State Council of December 2003' ... refers for the most part to the economic and development gains that China can make through the exploitation of its mineral resources. The Panel cannot find, nor has China pointed to, measures relating to the conservation of refractory-grade bauxite and fluorspar in the evidence China submitted relating to what it terms its 'mineral policy'.»

¹⁴⁵ Cfr. i par. 7.422 - 7.426.

¹⁴⁶ Par. 7.432.

¹⁴⁷ Par. 7.429.

¹⁴⁸ V. il par. 7.434.

¹⁴⁹ Cfr. il par. 7.430.

programmatici, enuncia linee politiche che ancora attendono di essere eseguite. Anche la nutrita serie di misure adottata nel 2010, che pure indica dei tetti massimi di estrazione annua, non si presta ad essere qualificata come una vera e propria restrizione poiché si tratta di tetti che superano di gran lunga la media della produzione dell'ultimo periodo, dunque non suscettibili di limitare in alcun modo l'attuale tasso di estrazione e consumo cinesi. Quindi, la quota sulla bauxite e il dazio sulla fluorite non sono stati adottati «in conjunction with restriction on domestic production or consumption,» non rispettando, così, questo secondo requisito del sottoparagrafo g) dell'art. XX GATT 1994, il quale configura le restrizioni alle esportazioni come ammissibili nel sistema multilaterale unicamente nel caso in cui possano essere considerate come «primarily aimed at rendering effective the domestic restriction,»¹⁵⁰ dunque solo laddove risultino complementari alla piena efficacia delle limitazioni interne.¹⁵¹

27. Un'ulteriore condizione per la riconducibilità di una misura alla lett. g) è stata precisata dall'Organo d'appello sin dal suo primo report, deciso nel caso *US-Gasoline*. In tale occasione fu puntualizzato che la restrizione, da giustificare, ricadente sui beni e sugli operatori stranieri, e quella adottata per la produzione e il consumo nazionali devono possedere le caratteristiche di «even-handedness,» di imparzialità. Ciò non vuol dire che le restrizioni in questione debbano essere identiche: proprio perché l'art. XX, lett. g) va interpretato prendendo in considerazione il principio di diritto internazionale della sovranità sulle risorse naturali, «[a]s long as even-handed restrictions are imposed on domestic supply, Article XX(g) does not oblige resource-endowed countries to ensure that the economic development of other user-countries benefits identically from the exploitation of the resources of the endowed countries.»¹⁵² La Cina ha tentato di difendere le proprie misure sostenendo che i limiti recentemente programmati sulle estrazioni di bauxite e fluorite, e la tassazione applicata sui gestori dei giacimenti, pur non producendo, nell'immediato, effetti restrittivi su produzione e consumo interni, avrebbero, comunque, potuto soddisfare il requisito di imparzialità. Infatti, per la Cina, se «even-handed does not mean identical,»¹⁵³ dovrebbe comunque essere possibile interpretare l'art. XX, lett. g) come capace di permettere alla Cina «to pursue its goal of economic development.»¹⁵⁴ Questo perché la clausola GATT sulle eccezioni generali dovrebbe essere letta alla luce dell'art. XXXVI, par. 5, GATT 1994, il quale prevede che la rapida espansione dei Paesi meno sviluppati debba essere facilitata attraverso la diversificazione della loro economia, evitando una eccessiva dipendenza dall'esportazione di prodotti primari.¹⁵⁵ Il contesto così individuato da Pechino per l'interpretazione dell'art. XX, lett. g) le permetterebbe di considerare come soddisfatte le condizioni del sottoparagrafo richiamato anche laddove «a higher burden» venga posto sugli stranieri, poiché «export restrictions are needed to support its economy and to enable it to diversify.»¹⁵⁶

Il Panel respinge decisamente la lettura dell'art. XX, lett. g), GATT 1994 proposta dal Paese asiatico. «WTO Members cannot rely on Article XX(g) to excuse export restrictions adopted *in aid of economic development* if they operate to increase protection of the domestic industry.»¹⁵⁷ Se si interpretasse il sottoparagrafo g) come capace di avallare una discriminazione manifesta tra le restrizioni alle esportazioni e le misure praticate sul piano interno —blande, se non meramente programmatiche, dunque prive di effetti realmente limitativi— si tradirebbe quello che è il vero obiettivo di tale ecce-

¹⁵⁰ *Canada – Herring and Salmon*, GATT Panel Report, *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, L/6268, adopted 22 March 1988, BISD 35S/98, par. 4.6.

¹⁵¹ «[I]n our view, restrictions on domestic production or consumption must not only be applied jointly with the challenged export restrictions but, in addition, *the purpose of those export restrictions must be to ensure the effectiveness of those domestic restrictions.*» Par. 7.397, il corsivo è nostro.

¹⁵² Par. 7.404.

¹⁵³ Par. 7.461.

¹⁵⁴ Par. 7.461.

¹⁵⁵ «The rapid expansion of the economies of the less-developed contracting parties will be facilitated by a diversification ... of the structure of their economies and the avoidance of an excessive dependence on the export of primary products. There is, therefore, need for increased access in the largest possible measure to markets under favourable conditions for processed and manufactured products currently or potentially of particular export interest to less-developed contracting parties.» Art. XXXVI, par. 5, GATT 1994.

¹⁵⁶ Par. 7.403.

¹⁵⁷ Par. 7.386.

zione, ossia la preservazione delle risorse naturali esauribili, poiché, come il Panel ha già osservato, misure restrittive sulle sole esportazioni creano condizioni di favore, di vero e proprio protezionismo, per l'industria locale, e non disincentivano affatto produzione e consumo. Seguendo la difesa cinese si consentirebbe, indirettamente, quello che un altro tipo di giustificazione, contemplato alla lett. i) dell'art. XX, proibisce espressamente. Tale sottoparagrafo prevede che possano essere giustificate misure restrittive sulle esportazioni di materie prime laddove esse siano necessarie al Paese produttore per assicurare l'approvvigionamento ad un'industria nazionale di trasformazione in presenza di un piano governativo di stabilizzazione, che, tra l'altro, mantiene basso il prezzo locale dei materiali in questione rispetto al loro costo sul piano internazionale «provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination.»¹⁵⁸ Dunque, anche per non ridurre al silenzio la specifica giustificazione di cui alla lett. i) dell'art. XX, occorre verificare il rispetto dell'imparzialità tra le misure restrittive esterne e quelle interne dedicate alla tutela delle risorse naturali esauribili: «[t]his is, in fact, the very essence of the conservation objective set forth in Article XX(g) ... if a WTO Member is not taking steps to manage the supply of natural resources domestically, it is not entitled to seek the cover of Article XX(g) for the measures it claims are helping to conserve the resource for future generations.»¹⁵⁹

Il Panel, quindi, non può che bocciare la richiesta cinese di giustificare la quota sulla bauxite refrattaria e il dazio sulla fluorite, essendo evidente che i due provvedimenti non sono configurabili come volti a preservare i minerali, poiché essenzialmente dedicati a sviluppare ulteriormente i settori dell'acciaio e dell'alluminio nei quali la Cina è già leader mondiale,¹⁶⁰ e risultando impossibile considerare soddisfacenti gli elementi addotti dalla Cina a proposito del requisito di imparzialità, di «even-handedness,» che deve, invece, caratterizzare il rapporto tra restrizioni interne e restrizioni esterne proprio per rispettare la finalità di conservazione che contraddistingue l'eccezione di cui all'art. XX, lett. g), GATT 1994.¹⁶¹

28. Tuttavia, il Gruppo di esperti ammette che le nuove misure di Pechino del 2010 avviano un «substantive progress» in riferimento all'introduzione di restrizioni su produzione e consumo domestici per salvaguardare le proprie risorse minerarie, un «substantive progress» che, però, non è sufficiente a soddisfare i requisiti di cui all'art. XX, lett. g), essendo ancora quasi esclusivamente caratterizzato da linee programmatiche, o misure troppo deboli per incidere efficacemente sul contenimento di produzione e consumo delle risorse a rischio di esaurimento.¹⁶² Indubbiamente, questa annotazione finale del Gruppo di esperti può essere considerata come un incentivo, per la Cina, a proseguire la strada intrapresa per la conservazione dei minerali, in modo tale da rafforzarla ed equilibrarla in tempi stretti, ripartendo in modo più bilanciato («somehow balanced»)¹⁶³ le limitazioni tra produttori nazionali e imprese straniere nell'ambito di una più organica e puntuale legislazione interna.

VIII. Protezione di ambiente e salute della popolazione cinese e art. XX, lett. b), GATT 1994

29. Per un nutrito gruppo di misure, relative ai dazi all'esportazione sui residui (cascami o rottami) della lavorazione di magnesio, manganese e zinco («magnesium scrap,» «manganese scrap,» «zinc scrap»), utilizzati quali fattori produttivi nell'industria secondaria e nel riciclaggio, come pure per i dazi su coke, e magnesio e manganese metallici, e le quote all'esportazione su carburo di silicio e ancora su coke, tutte materie prime ad alto consumo energetico e molto inquinanti nel processo estrattivo («energy-intensive, highly polluting, resource-based products,» «EPR products»), la Cina ha invocato

¹⁵⁸ Art. XX, lett. i), GATT 1994.

¹⁵⁹ Par. 7.406.

¹⁶⁰ Cfr. il par. 7.401.

¹⁶¹ «In order to show even-handedness, China would need to show that the impact of the export duty or export quota on *foreign users* is *somehow balanced* with some measure imposing restrictions on *domestic users and consumers*. In our view China has not met this burden.» Par. 7.465, i corsivi sono nostri.

¹⁶² Cfr. il par. 7.466.

¹⁶³ Par. 7.465.

l'applicabilità dell'art. XX, lett. b), GATT 1994. Pechino, infatti, sostiene che tutte le misure citate, pur violando l'art. XI, par. 1, GATT 1994, o la Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, farebbero parte di una strategia ambientale complessiva ed unitaria costituita da un folto ed articolato insieme di provvedimenti posti in essere per ridurre l'inquinamento e per proteggere la salute della popolazione cinese. Attraverso i dazi sui cascami, ostacolandone l'acquisto sui mercati terzi, la Cina spera di riuscire a mettere a disposizione delle proprie imprese una loro fornitura costante e sostanziosa per il riciclaggio e per facilitare il passaggio dall'industria primaria -suscettibile di essere molto inquinante e impattante per il territorio, e dunque nociva per ambiente e salute dei cittadini- a quella secondaria, incentivando, così, la diversificazione economica. Riguardo i dazi e le quote sulle altre materie prime (i prodotti EPR), Pechino intende, invece, ridurre la produzione, al fine di stimolare il risparmio energetico e, più in generale, la produzione di beni maggiormente rispettosi dell'ambiente (*more environmentally friendly*), incoraggiando la «circular economy» o «recycle economy.»¹⁶⁴

Per Stati Uniti, Unione europea e Messico, le motivazioni addotte dalla Cina per la lunga lista di dazi e quote all'esportazione sarebbero meramente di facciata, non avendo alcuna finalità di tutela dell'ambiente e della salute della popolazione del Paese asiatico. Per i reclamanti, la difesa di Pechino è solo una razionalizzazione ex post («a *post hoc* rationalization») ¹⁶⁵ messa in piedi per accampare una giustificazione di comodo per le proprie restrizioni all'esportazione. Perfino la categoria dei prodotti EPR -ossia, come si è visto, di quelle risorse naturali la cui estrazione e lavorazione richiede un alto impiego di energia ed è fortemente inquinante- sarebbe un'operazione precipitosa, compiuta anch'essa successivamente all'instaurazione del contenzioso OMC, e fatta su misura dalle autorità cinesi per costruire una giustificazione per la loro politica sulle esportazioni che fosse ammantata dal mantra della «sostenibilità»: della categoria degli «EPR products,» infatti, non vi è traccia nella voluminosissima documentazione normativa riversata da Pechino nelle fasi dibattimentali dinanzi al Panel, segno evidente che non è stata considerata dalla Cina nel contesto delle sue politiche ambientali, le quali, pertanto, non si prestano per nulla ad essere configurate come razionalmente costruite proprio per gestire quella categoria di prodotti.¹⁶⁶ Ad avviso delle parti attrici, la vera ragione delle restrizioni sul commercio di materie prime è l'accrescimento della produzione di beni da parte dell'industria di trasformazione locale usando proprio gli elementi oggetto di dazi e quote. Realizzando quello che è un noto schema di analisi economica, le limitazioni all'esportazione abbassano il prezzo dei materiali a livello nazionale, sostenendo, così, l'industria di trasformazione locale, come è confermato dalla crescita spettacolare che le esportazioni cinesi di acciaio ed alluminio hanno conosciuto negli ultimi anni.¹⁶⁷ Insomma, non sarebbe davvero possibile legittimare con argomentazioni sulla sostenibilità ciò che è unicamente una pesante prassi discriminatoria contro gli operatori industriali stabiliti al di fuori della Cina, a vantaggio dei produttori locali.¹⁶⁸

30. Molto opportunamente, il Panel fa precedere la sua valutazione sulla compatibilità delle misure contestate con l'art. XX, lett. b) GATT 1994, da una accurata disamina dell'eccezione invocata, che svolge alla luce della importante giurisprudenza OMC su tale disposizione. La giustificazione di cui al

¹⁶⁴ Cfr. i par. 7.470-472, 7.494, e 7.498.

¹⁶⁵ Cfr. il par. 7.499.

¹⁶⁶ «The complainants also argue that the term EPRs is not used in any of the documents submitted by China, suggesting that it was created for the purpose of this dispute, but was not considered in the context of China's environmental policies.» Nota 822 del Panel Report.

¹⁶⁷ I dati dello strabiliante sviluppo del Paese asiatico sono proprio da quest'ultimo forniti. Nella Relazione sulla bauxite refrattaria addotta in giudizio dalla Cina è riportato che «China in 2009 produced 568 million tonnes of steel [...] [which amounts to] six and a half times more steel than the world's second largest steel producer (Japan).» Inoltre, la medesima Relazione informa che nell'ultimo decennio «China's steel production grew at an average rate of 19% a year. By comparison, production in the rest of the world did not grow at all over the period, with the result that by 2009 China was producing almost half of the world's steel.» Il Report sulla fluorite, sempre citato in giudizio da Pechino, indica che «China in 2009 produced 12.85 million tonnes of aluminium [...] [which amounts to] four times more than the world's second largest aluminium producer (Russia),» e riporta che nell'ultimo decennio «China's aluminium production grew at an average rate of 20% a year. By comparison, production in the rest of the world grew at 2% a year.» Cfr. la nota 629 del Panel Report.

¹⁶⁸ Cfr. il par. 7.499.

sottoparagrafo b) dell'art. XX prevede che sia possibile legittimare una misura di ostacolo agli scambi se risulta necessaria a proteggere la vita e la salute di persone, animali e vegetali («necessary to protect human, animal or plant life or health»), e applicata senza costituire una discriminazione arbitraria tra paesi ove prevalgano le medesime condizioni, o una restrizione dissimulata al commercio internazionale («[s]ubject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade,» secondo quanto statuito dallo *chapeau* dell'art. XX GATT 1994). Pertanto, secondo la già richiamata e consolidata tecnica della *two-tiered analysis*, prima occorre giustificare provvisoriamente la norma che viola il diritto GATT dimostrandone la riconducibilità alla lett. b); quindi, bisognerà provare, per approdare alla giustificazione completa, che sono stati rispettati i requisiti di non discriminazione e di non arbitrarietà posti dalla clausola introduttiva dell'art. XX GATT 1994.

La lett. b) della clausola GATT sulle eccezioni generali prevede che la misura da legittimare debba essere «necessaria» a tutelare salute e vita. Naturalmente, per potersi occupare del requisito della necessità, preliminarmente bisogna verificare se il provvedimento attaccato «falls within the range of policies designed to protect human, animal or plant life or health.»¹⁶⁹ Il Panel ricorda come, per effettuare questa considerazione di riconducibilità alle politiche contemplate dalla lett. b) dell'art. XX GATT 1994, occorra esaminare «both the design and structure of a challenged measure,»¹⁷⁰ e ritiene che l'operato dei gruppi di lavoro e dell'Organo d'appello dell'OMC abbia mostrato una considerevole deferenza alla politiche dei Membri OMC («a degree of deference to Members' policies designed to 'protect human, animal or plant life or health'»).¹⁷¹ Infatti, sono state ricondotte al sottoparagrafo in questione un vasto gruppo di discipline, come la riduzione dell'inquinamento dell'aria causato dal consumo di benzina,¹⁷² o quella del rischio per salute e ambiente derivante dall'accumulazione dei residui di pneumatici.¹⁷³ Mentre gli organi giudicanti dell'OMC hanno il potere di stabilire se una data misura possa o meno rientrare nelle politiche richiamate dall'art. XX, lett. b), essi, invece, non possono intervenire sulla scelta discrezionale degli Stati riguardo il livello di protezione dei valori contemplati nella clausola GATT sulle eccezioni generali. Infatti, «WTO Members enjoy 'the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation' .»¹⁷⁴ Ricondotta la misura da giustificare ad una delle politiche di cui alla lett. b), si può procedere ad esaminare se quest'ultima sia «necessaria.» L'Organo d'appello ha scolpito una portata dinamica per tale nozione, un «fluid legal standard»¹⁷⁵ capace della flessibilità richiesta ad una eccezione che deve coniugare la liberalizzazione degli scambi con la tutela della salute e della vita.¹⁷⁶ Infatti, nel caso *Korea – Various Measures on Beef*, il Tribunale permanente ha stabilito che «the term 'necessary' refer ... to a range of degrees of necessity ... [a]t one end of this continuum lies 'necessary' understood as 'indispensable'; at the other end, is 'necessary' taken to mean as 'making a contribution to',»¹⁷⁷ per poi precisare, nella disputa *US – Gambling*, che laddove si sia in presenza di una misura che risulti «'significantly closer to the pole of 'indispensable' than to the opposite pole of simply 'making a contribution to' ... then a panel should find that challenged measu-

¹⁶⁹ Par. 7.479.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Cfr. il caso *US – Gasoline*, WT/DS2.

¹⁷³ Cfr. il caso *Brazil – Retreaded Tyres*, WT/DS332.

¹⁷⁴ Par. 7.479. V. anche *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007, par. 140 e 210; *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, par. 168; *US – Gasoline*, Appellate Body Report, a p. 28.

¹⁷⁵ Così si esprime I. VAN DAMME, *Appellate Body Report, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, Adopted on 17 December 2007, in *ICLQ*, 2008, pp. 710-723, a p. 713.

¹⁷⁶ Sul principio di necessità codificato all'art. XX GATT e interpretato nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC cfr., *inter alia*, E. RUOZZI, *I principi di necessità e di proporzionalità all'interno dell'art. XX GATT*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, pp. 139-160.

¹⁷⁷ Appellate Body Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted 10 January 2001, par. 161.

re ‘necessary’.»¹⁷⁸ Quindi, il Tribunale permanente ha puntualizzato che la valutazione della necessità implica essenzialmente tre tappe, poichè si tratta di un processo «of weighing and balancing a series of factors which prominently include *the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports.*»¹⁷⁹

Partendo dall'*importanza degli interessi o valori in gioco*, il Panel rammenta che «'[t]he more vital or important [the] common interests or values' behind the policies pursued, 'the easier it would be to accept as 'necessary' a measure designed as an enforcement instrument'.»¹⁸⁰ Quindi, con specifico riferimento alla lett. b) dell'art. XX, il Gruppo di esperti ricorda anche che «the Appellate Body has stated that 'few interests are more 'vital' and 'important' than protecting human beings from health risks, and that protecting the environment is no less important'.»¹⁸¹

Soffermandosi, poi, sul *contributo di una misura alla realizzazione dell'obiettivo perseguito*, ancora una volta il Panel riprende i tratti salienti della giurisprudenza dell'Organo d'appello. Richiamando il caso *Brazil – Retreaded Tyres*, si è, così, affermato che il contributo deve essere «material,» dunque sostanziale, importante («material contribution,» espressione resa nelle versioni francese e spagnola come «contribution importante» e «contribución importante»). Inoltre, nel valutare il contributo di una singola misura, occorre sempre tenere a mente che «certain complex public health or environmental problems may be tackled only with a comprehensive policy comprising a multiplicity of interacting measures.»¹⁸² Infine, sono stati distinti due tipi di contributi: «the measure that 'brings about' a material contribution to the achievement of its objective; and the measure that 'is apt to produce' a material contribution to the objective pursued,»¹⁸³ dunque la misura che apporta già un contributo importante alla tutela della salute e della vita (che, con riferimento specifico alle restrizioni cinesi, il Panel chiamerà misura «currently making a material contribution») ¹⁸⁴ e quella che, invece, si presenta come capace di apportare solo nel futuro un contributo sostanziale (che il Gruppo di esperti, in relazione ai dazi e alle quote di esportazione, qualificherà come «apt to make a material contribution to the stated objective in the future»).¹⁸⁵ Infatti, il contributo di una misura può non essere immediatamente osservabile, e destinato a produrre effetti rilevabili solo nel futuro, come avviene per le discipline volte ad attenuare il riscaldamento globale e ad affrontare il cambiamento climatico.¹⁸⁶ Naturalmente, come ineccepibilmente osservato dall'Organo d'appello anche nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*, «the greater the contribution a measure makes to the objective pursued, the more likely it is to be characterized as 'necessary'.»¹⁸⁷

Riguardo la terza tappa della valutazione sulla necessità di una misura, quella relativa al *carattere restrittivo del provvedimento da giustificare*, dunque all'impatto che esso ha sulla disciplina degli scambi, si richiama quanto statuito dall'Organo d'appello sempre nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*, ove è precisato che «'[t]he less restrictive the effects of the measure, the more likely it is to be characterized as 'necessary'.»¹⁸⁸ La giurisprudenza nelle controversie *US – Gambling* e *Brazil – Retreaded Tyres* ha poi puntualizzato che il carattere restrittivo di una misura da giustificare deve essere compiuto anche alla luce delle misure alternative ragionevolmente disponibili che, meno impattanti

¹⁷⁸ Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005, par. 310.

¹⁷⁹ *Korea – Various Measures on Beef*, Appellate Body Report, par. 164.

¹⁸⁰ *Korea – Various Measures on Beef*, Appellate Body Report, par. 162.

¹⁸¹ Par. 7.482, che cita *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, par. 144.

¹⁸² Par. 7.475.

¹⁸³ Par. 7.483, che cita *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, par. 151, i corsivi sono nostri.

¹⁸⁴ Cfr. il titolo della sezione del Panel Report che inizia dal par. 7.525.

¹⁸⁵ Cfr. il titolo della sezione del Panel Report che inizia dal par. 7.539.

¹⁸⁶ «'[T]he results obtained from certain actions—for instance, measures adopted in order to attenuate *global warming* and *climate change*, or certain preventive actions to reduce the incidence of diseases that may manifest themselves only after a certain period of time—can only be evaluated with the benefit of time.» *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, par. 151, i corsivi sono nostri.

¹⁸⁷ *China – Publications and Audiovisual Products*, Appellate Body Report, par. 251.

¹⁸⁸ *China – Publications and Audiovisual Products*, Appellate Body Report, par. 310.

sul commercio internazionale, sono comunque capaci di realizzare lo stesso livello di tutela scelto dal Membro OMC che ha adottato il provvedimento di ostacolo agli scambi. L'onere di provare l'esistenza di misure alternative ricade sulle parti attrici. E tali misure, dovendo essere ragionevolmente disponibili, non devono comportare per la parte resistente un onere indebito, un carico eccessivo, come, ad esempio, dei costi proibitivi, o delle difficoltà tecniche sostanziali. «In sum —conclude il Gruppo di esperti— we understand that a panel cannot reject an environmental protection measure, or a public health measure, by pointing to a WTO-consistent or less trade-restrictive alternative, unless that alternative is *both practically and financially feasible for the Member seeking to justify a WTO-inconsistent measure* under Article XX(b) and provides an *equivalent contribution to the achievement of the objective pursued*.»¹⁸⁹

31. Passando, quindi, a verificare se i dazi e le quote alle esportazioni sui residui della lavorazione di magnesio, manganese e zinco, su coke, magnesio e manganese metallici, e sul carburo di silicio, siano suscettibili di essere ricondotti all'eccezione di cui all'art. XX, lett. b), GATT 1994, il Panel conclude nel senso che dette misure non solo non risultino necessarie a tutelare l'ambiente e la salute della popolazione cinese, ma afferma, addirittura, che tali provvedimenti restrittivi non sono neppure suscettibili di ricadere nella categoria delle politiche concepite per proteggere la salute e la vita di persone, piante ed animali.¹⁹⁰ Infatti, i provvedimenti che istituiscono le limitazioni contestate non contengono alcuna menzione di preoccupazioni ambientali o di salute.¹⁹¹ Inoltre, l'analisi dell'enorme mole di legislazione adottata in giudizio dalla Cina, pur notevole, non rivela «a comprehensive framework aimed at addressing environmental protection and health,»¹⁹² né Pechino è riuscita a produrre «persuasive evidence»¹⁹³ circa l'esistenza di un collegamento tra le misure restrittive all'esportazione e i vari atti cinesi richiamati dalla parte resistente – quali l'Undicesimo Piano quinquennale 2006-2010 per la tutela ambientale, e i diversi Piani e Leggi per la conservazione dell'energia, lo sviluppo economico e sociale, la riduzione degli scarichi inquinanti, la prevenzione e il controllo dell'inquinamento delle acque, la promozione della *recycle economy* e delle politiche per affrontare il cambiamento climatico, la promozione delle energie rinnovabili.¹⁹⁴ Nella corposa documentazione normativa presentata dalla Cina vi sono le enunciazioni di ambiziosi obiettivi, quali l'incentivazione fiscale tesa a facilitare lo sviluppo di tecnologie pulite, il sostegno all'adozione di standard più rispettosi dell'ambiente nell'attività estrattiva e lavorativa, il risparmio energetico. Ma il tenore della legislazione cinese esibita nel procedimento è essenzialmente programmatico, ed i pochi provvedimenti operativi sono recenti, e ancora troppo timidi, con la conseguente impossibilità di disporre di dati significativi per valutare la loro adeguatezza a perseguire gli obiettivi di sostenibilità proclamati. Per di più i dazi e le quote attaccati risultano completamente sconnessi anche dalle norme programmatiche, né la Cina è riuscita concretamente a dimostrare gli effetti benefici che le misure restrittive all'esportazione avrebbero per ambiente e salute della popolazione cinese.

Del resto, è la stessa Repubblica popolare a svelare che la vera e immediata finalità delle limitazioni poste sulle materie prime non è, in realtà, la tutela di ambiente e salute. La Cina, infatti, chiede al Panel di giustificare le sue restrizioni all'esportazione perché la loro imposizione «will allow China to develop its economy in the future.»¹⁹⁵ Infatti, prosegue Pechino, «export restraints encourage the domestic consumption of these basic materials in the domestic economy.»¹⁹⁶ A sua volta, il consumo delle materie di base da parte dell'industria locale di trasformazione incentiva l'ulteriore produzione -ed esportazione- di beni sofisticati e ad alto valore aggiunto, aiutando l'economia cinese a crescere ancor più rapidamente e a cessare di essere caratterizzata da una «heavy reliance on natural resource, labor-intensive, highly polluting manufacturing.»¹⁹⁷ «This move towards higher-tech, low-polluting, high value-added industri-

¹⁸⁹ Par. 7.492, i corsivi sono nostri.

¹⁹⁰ Par. 7.500.

¹⁹¹ Par. 7.501.

¹⁹² Par. 7.511.

¹⁹³ Par. 7.507.

¹⁹⁴ Cfr. I parr. 7.502, 7.506, 7.510.

¹⁹⁵ Par. 7.514.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

es —osserva ancora Pechino— will increase growth opportunities for the Chinese economy, generating positive spillovers beyond those to firms directly participating in these markets.»¹⁹⁸ Dunque, per la Cina, le sue restrizioni all'esportazione devono essere giustificate non perchè volte direttamente ed immediatamente a tutelare ambiente e salute dell'uomo, ma per favorire un più rapido sviluppo economico del Paese asiatico diversificandone la produzione industriale; quest'ultima, a sua volta, creerà benessere e ricchezza, i quali determineranno poi le condizioni per modelli di produzione e consumo improntati alla sostenibilità, dunque ecocompatibili e salubri. Si tratta, né più, né meno, della richiesta di applicare il modello della curva ambientale di Kuznets (*Environmental Kuznets Curve*, EKC) nell'interpretazione dell'art. XX, lett. b), GATT 1994. Come noto, in tale modello gli economisti sostengono che vi sia una correlazione tra reddito pro capite e degrado ambientale, per cui, in presenza di bassi redditi, l'aumento di questi ultimi implica, inizialmente, un peggioramento delle condizioni ambientali, mentre, superato un determinato livello del reddito, l'inquinamento declina, poiché la qualità ambientale diviene un bene ricercato e difeso dalla società in migliori condizioni economiche.¹⁹⁹

32. Di fronte a tali argomentazioni, il Panel non si limita ad affermare che indicano chiaramente che i dazi e le quote contestati non possono essere considerati come misure ambientali o volte a tutelare la salute della popolazione cinese, ma esprime a chiare lettere il suo «concern,» la sua preoccupazione, «at the systemic implications of China's arguments under Article XX(b).»²⁰⁰ Laddove si accogliesse l'impostazione della Cina circa i «*long-term benefits of any export restrictions as instruments to promote sophisticated exports thereby favouring environmental protection,*»²⁰¹ sarebbe, in pratica, possibile applicare la giustificazione di cui all'art. XX, lett. b) per ogni restrizione all'esportazione sulle materie prime: «China's argument, if accepted, -osserva ancora il Panel- could ... be interpreted to allow such restrictions on any raw materials simply because they help increase growth, and, *in turn, eventually reduce pollution.*»²⁰² Ma questa non è la finalità dell'eccezione invocata, che riguarda le misure necessarie a tutelare la vita e la salute di persone, animali e vegetali. Il Panel, quindi, sottolineando di non essere «aware of any support»²⁰³ all'interpretazione avanzata dalla Cina sulla portata dell'art. XX, lett. b), GATT 1994, richiama la giurisprudenza OMC -finemente cesellata, come si è visto, dall'Organo d'appello- su cosa debba intendersi per misura «necessaria» a tutelare la salute e la vita. La misura da giustificare deve essere un «material contribution,» deve, dunque, apportare un contributo importante alle finalità dell'eccezione invocata: «the requirement is *crucial* under Article XX that *only those export restrictions that bring about a material contribution* to the environmental policy goal are accepted as *WTO-consistent.*»²⁰⁴

E analizzando ulteriormente i dazi e le quote cinesi sotto il profilo del tipo di apporto che danno alla realizzazione degli obiettivi di tutela ambientale e della salute prolamati dalla Cina, il Panel ha ben pochi dubbi. Pechino non ha portato elementi sufficienti a dimostrare che le misure commerciali attaccate rappresentino un «material contribution,» né per il presente (dunque non si tratta di misure «*currently making a material contribution*» agli obiettivi di cui all'art. XX, lett. b), GATT 1994), né per il futuro (i provvedimenti non appaiono neppure in grado di realizzare in un momento successivo le asserite finalità di sostenibilità, vale a dire che non sono «*apt to make a material contribution to the stated objective in the future*»). Non vi sono prove, infatti, che i dazi e le quote abbiano ridotto l'inquinamento o la produzione di materie prime, né che abbiano migliorato la salute della popolazione cinese. Ancora, il Panel sottolinea che la Repubblica popolare, pur essendone perfettamente in grado, non ha posto in essere con adeguata perizia le misure alternative che, meno restrittive degli scambi, le avrebbero comunque permesso di raggiungere lo stesso livello di tutela ambientale e di salubrità. I reclamanti hanno identificato sei tipi di

¹⁹⁸ Considerazioni riprese nel par. 7.514.

¹⁹⁹ Cfr. il par. 7.551. Sulla curva ambientale di Kuznets v. A. LEVINSON, *Environmental Kuznets Curve*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, seconda edizione, 2008.

²⁰⁰ Par. 7.515.

²⁰¹ Par. 7.554.

²⁰² Par. 5.515, il corsivo è nostro.

²⁰³ Par. 7.554.

²⁰⁴ Par. 7.515, i corsivi sono nostri.

misure alternative, che sarebbero non solo meno impattanti sul commercio internazionale, ma addirittura compatibili con il sistema OMC e più efficienti nel realizzare gli obiettivi di sostenibilità proclamati dalla Cina. Si tratta degli investimenti in tecnologie più rispettose dell'ambiente; della promozione del riciclo dei beni di consumo; del rafforzamento generale degli standard ambientali; degli investimenti nelle infrastrutture necessarie a facilitare il riciclaggio dei residui (cascami o rottami); della promozione di una maggior domanda dei residui, senza bloccare l'offerta agli operatori dei Paesi terzi; infine, della definizione di restrizioni alla produzione e di controllo dell'inquinamento sulla cosiddetta produzione «primaria.»²⁰⁵ La Cina ha cercato di difendersi sostenendo che le quote e i dazi contestati sarebbero comunque complementari, anzi indispensabili per supportare le misure alternative indicate dalle parti attrici, ritenute, da sole, insufficienti a tutelare ambiente e salute. Ma, ancora una volta, il Panel conclude che non può far altro che riscontrare l'assenza di prove del contributo materiale che quote e dazi apportano (*currently make to*) o possono apportare in futuro (*are apt to make in the future*) alla riduzione dell'inquinamento e alla protezione della salubrità dei cittadini cinesi. Non è provato che vi sia una riduzione della produzione di coke, magnesio e manganese metallici, e carburo di silicio, tutte materie prime la cui estrazione richiede molta energia ed è molto inquinante; né è provato che i dazi all'esportazione sui residui (cascami o rottami) della lavorazione di magnesio, manganese e zinco riduca l'inquinamento, poiché la Cina non ha fornito dati riguardo il molto probabile aumento della produzione secondaria provocato dalla maggiore disponibilità di residui a buon prezzo, il cui conseguente tasso di inquinamento deve, invece, essere tenuto in considerazione per stabilire se, effettivamente, i dazi in questione siano capaci di tutelare l'ambiente.

33. Il Panel, tuttavia, ha accompagnato la severità con la quale ha analizzato le argomentazioni difensive di Pechino all'indicazione del modo in cui la Repubblica popolare cinese può effettivamente tutelare l'ambiente e la salute della sua popolazione. Più volte il Gruppo di esperti afferma di essere stato profondamente colpito («[t]he Panel is impressed»)²⁰⁶ dall'ampiezza e della profondità delle misure ed azioni ambientali della Cina, e dalla potenzialità di regolamentazione che il Paese asiatico può e deve ancora esprimere rispetto agli obiettivi socio-politico-economici dichiarati. E proprio nei numerosi piani ed atti sfoggiati da Pechino il Panel riscontra la piena capacità del gigante asiatico di porre in essere in modo adeguato le misure alternative proposte dalle parti reclamanti per evitare di violare il sistema OMC perseguendo comunque obiettivi di sostenibilità: occorre, in buona sostanza, che la Cina superi la fase programmatica, ed adotti i relativi provvedimenti esecutivi, e che, rispetto alle azioni già intraprese, rafforzi gli standard ambientali.²⁰⁷

IX. L'art. X, par. 1, GATT 1994 e la mancata pubblicazione a) delle quote all'esportazione di zinco da parte del MOFCOM e b) della Carta del 2001 sulle funzioni della Camera di commercio cinese degli importatori ed esportatori di metalli, minerali e prodotti chimici

34. Gli attori della controversia in oggetto non hanno certo dimenticato di includere tra le basi giuridiche del loro reclamo il mancato rispetto dell'art. X GATT 1994,²⁰⁸ la disposizione dell'Accordo generale sulle merci dedicata alla pubblicazione delle misure dei Membri OMC suscettibili di ricadere negli obblighi di liberalizzazione, come pure alla trasparenza ed all'equità delle procedure nell'amministrazione delle regolamentazioni commerciali. La mancanza di pronte, adeguate ed accurate informazioni sulle normative volte a disciplinare gli scambi, infatti, come pure una loro opaca e pregiudizievole applicazione sono suscettibili di rappresentare delle «formidabili»²⁰⁹ barriere non tariffarie al commercio. L'impossibilità

²⁰⁵ Cfr. il par. 7.566.

²⁰⁶ Par. 7.583. Si veda anche il par. 7.511: «[i]n the Panel's view, all of these measures are evidence of China's considerable efforts to regulate in the interest of protecting the environment. The breadth of China's measures touching on environmental (and other) matters is impressive.»

²⁰⁷ Cfr. i par. 7.583, 7.590 e 7.590.

²⁰⁸ Su tale disposizione v. K. KENNEDY, *GATT 1994*, in P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (Eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Vol. I, Springer, New York, 2005, pp. 89-186, alle pp. 134-136.

²⁰⁹ «[T]he failure to inform about the applicable trade laws, regulation, procedures and practices promptly and accurately»

di conoscere le misure da rispettare, a causa di una loro omessa o lacunosa pubblicazione, nonché l'iniquità e l'ingiustificata arbitrarietà nella loro amministrazione rendono estremamente difficile, per l'operatore economico di un paese terzo, rapportarsi in modo efficace al mercato del Paese OMC al quale intendono accedere. Pertanto, il meccanismo ginevrino, sin dai suoi esordi, si è dotato di regole e procedure, ed ha continuato ad ampliare e rafforzare le disposizioni volte a garantire un alto livello di trasparenza per le discipline commerciali, riconoscendone la natura di principio essenziale del sistema multilaterale degli scambi, poiché i mercati, per essere davvero aperti, non possono prescindere da regole e procedure trasparenti.²¹⁰

Con specifico riferimento, poi, alla Cina, la garanzia di piena ed adeguata informazione sulle normative che gli operatori economici devono osservare non poteva non includere anche una dimensione legata alla consistente barriera linguistica oggettivamente rappresentata dalla difficile lingua mandarina, poiché si tratta di un idioma ben poco conosciuto da chi non abbia la nazionalità cinese. Così, tra gli obblighi *ad hoc* assunti da Pechino in occasione della sua adesione all'OMC, i negoziatori hanno inserito anche quello di tradurre celermente in almeno una delle lingue ufficiali dell'OMC —dunque inglese, francese o spagnolo— ogni normativa suscettibile di interessare il commercio di beni e servizi, la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, nonché la disciplina relativa al mercato del cambio estero. In linea di principio, l'amministrazione cinese si è impegnata a mettere a disposizione le traduzioni in questione prima che le misure interessate siano attuate o applicate, e, comunque, non oltre 90 giorni successivamente alla loro attivazione o esecuzione.²¹¹ A tutt'oggi, peraltro, tale obbligo di traduzione e, più in generale, i doveri OMC in materia di trasparenza spesso non sono adeguatamente considerati da Pechino, una circostanza che, naturalmente, desta forti preoccupazioni tra le potenze economiche di primo piano dell'OMC.²¹²

35. Per un primo blocco di reclami, le parti attrici del caso *China - Raw Materials* hanno utilizzato il primo paragrafo dell'art. X GATT 1994. Tale paragrafo stabilisce, anche in riferimento alla regolamentazione sulle esportazioni, che «[l]aws, regulations, judicial decisions and administrative rulings of general application, made effective by any contracting party, pertaining to ... requirements, restrictions or prohibitions on ... exports shall be published promptly in such manner as to enable governments and traders to become acquainted with them.» Esso non prescrive espressamente alcuna normativa di dettaglio da osservare da parte dei Membri OMC per espletare i loro doveri di informazione. Tuttavia, richiedendo che la pubblicazione di tutti gli atti rilevanti sia tempestiva e compiuta in modo tale da permettere ai governi come ai singoli operatori economici di conoscere detti atti appropriatamente, l'art. X, par. 1, GATT 1994 dà, comunque, solide indicazioni su come ogni Membro OMC debba dar seguito all'obbligo di trasparenza in esso declinato. Anche l'Organo d'appello, non appena ha avuto l'occasione di intervenire su tale disposizione, ne ha evidenziato la centralità. Pertanto, nel caso *US - Underwear*, il Tribunale permanente dell'OMC ha sottolineato che il principio di trasparenza codificato all'art. X GATT 1994 è «of fundamental importance» poiché promuove la divulgazione di tutti gli atti pubblici che riguardano gli Stati e le persone e le imprese private; quindi, l'Organo d'appello ha precisato che la corretta applicazione del principio di trasparenza consiste nel mettere gli Stati ed i privati interessati nelle condizioni di poter ragionevolmente ottenere informazioni esatte sulle misure da osservare, così da proteggere

è definito come «a formidable barrier to trade» da P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization - Text, Cases and Materials*, Cambridge University press, Cambridge, 2008, a p. 461.

²¹⁰ Sul principio di trasparenza quale valore distintivo del sistema OMC cfr. M. HILF, *Power, Rules and Principles - Which Orientation for WTO/GATT Law?*, in *JIEL*, 2001, pp. 111-130.

²¹¹ Si veda il par. 334 della Relazione del Gruppo di lavoro sull'adesione della Cina all'OMC, incorporato dalla Sezione 1, par. 2, della Parte I del Protocollo di adesione: «[t]he representative of China confirmed that China would make available to WTO Members translations into one or more of the official languages of the WTO all laws, regulations and other measures pertaining to or affecting trade in goods, services, TRIPS or the control of forex [foreign exchange], and to the maximum extent possible would make these laws, regulations and other measures available before they were implemented or enforced, but in no case later than 90 days after they were implemented or enforced. The Working Party took note of these commitments» (WT/MIN(01)/3, cit., par. 334).

²¹² Si vedano, ad esempio, le dichiarazioni dell'Ambasciatore Michael Punke, della Missione degli Stati Uniti presso l'OMC, il quale, in occasione di una Conferenza dell'ICTSD a Ginevra nel giugno 2011, ha lamentato la sistematica ricorrenza dei problemi di trasparenza nell'approccio della Cina alle questioni OMC: v. ICTSD, *Meeting Report of the Conference «A Decade in the WTO: Implications for China and Global Trade Governance»*, Geneva 29 June 2011, par. 3.5.

e adattare le loro attività a dette misure, o eventualmente richiederne la modifica laddove esse vengano considerate in contrasto con gli Accordi OMC.²¹³

Come già illustrato, la *Foreign Trade Law* della Repubblica popolare cinese affida al MOFCOM il compito di amministrare le quote alle esportazioni. Il MOFCOM deve determinare l'ammontare complessivo delle quote annuali all'esportazione per ogni tipo di merce, annunciando le quote stabilite entro il 31 ottobre.²¹⁴ L'Unione europea ha attaccato la mancata definizione e pubblicazione, da parte del MOFCOM, delle quote annuali all'esportazione per lo zinco, come pure l'assenza di ogni tipo di informazione sulle condizioni che le imprese interessate dovrebbero soddisfare per ottenere un contingente di quel metallo, la carenza di una lista degli operatori economici ai quali sarebbe stata attribuita una quota, e la mancanza di bollettini contenenti l'invito alle aziende a presentare domanda per i contingenti di zinco, sostenendo che tale condotta cinese implicava una violazione dell'art. X, par. 1, GATT.²¹⁵

36. Il Panel ha accolto la richiesta europea, facendo leva anche sul riconoscimento, da parte della stessa Cina, della mancata definizione di quote per lo zinco negli anni 2009 e 2010 -dunque dell'esistenza, di fatto, di un divieto all'esportazione per tale metallo- e della mancata pubblicazione di ogni tipo di provvedimento del MOFCOM in proposito. Il Gruppo di esperti ha sottolineato che l'omessa comunicazione delle decisioni cinesi ha impedito agli operatori economici interessati di apprendere per tempo dell'indisponibilità di quote all'esportazione, con la prevedibile conseguenza dell'impossibilità di rivedere conseguentemente e tempestivamente la loro strategia di approvvigionamento.²¹⁶

Riguardo l'argomentazione avanzata da Pechino sulla non riconducibilità dell'assenza di determinazione di quote all'esportazione alla nozione di «[l]aws, regulations, judicial decisions and administrative rulings of general application, made effective by any contracting party,» contemplata dall'art. X, par. 1, GATT 1994, il Panel ha ricordato quanto già puntualizzato dal gruppo di esperti del caso *EC – IT Products*.²¹⁷ In tale occasione si è sostenuto, a proposito della nozione di misura «made effective,» ossia resa operativa, che «the term 'made effective' under Article X:1 of the GATT 1994 also covers measures that were brought into effect, or made operative, in practice and is not limited to measures formally promulgated or that have formally 'entered into force'.»²¹⁸ Pertanto, per il Panel, la mancata definizione delle quote di zinco è una misura «made effective,» resa esecutiva, dalla Cina, che, quindi, ricade nell'art. X, par. 1, GATT 1994: «the failure to set a quota amount for zinc comes within the scope of this term ... [i]t is 'law, regulation, judicial decision [or] administrative ruling' that has been made operative in that there has been no export of zinc.»²¹⁹ Di conseguenza, la mancata pubblicazione, da parte del MOFCOM, della decisione di non istituire alcuna quota annuale per l'esportazione di zinco viola la richiamata disposizione del GATT dedicata al principio di trasparenza.

²¹³ Formalmente, l'Organo d'appello ha enunciato tali tratti distintivi del principio di trasparenza di cui all'art. X GATT interpretando il par. 2 della disposizione in oggetto, che stabilisce il divieto di introdurre misure restrittive agli scambi con effetto retroattivo: «Article X:2, *General Agreement*, may be seen to embody a principle of fundamental importance - that of promoting full disclosure of governmental acts affecting Members and private persons and enterprises, whether of domestic or foreign nationality. The relevant policy principle is widely known as the principle of transparency and has obviously due process dimensions. The essential implication is that Members and other persons affected, or likely to be affected, by governmental measures imposing restraints, requirements and other burdens, should have a reasonable opportunity to acquire authentic information about such measures and accordingly to protect and adjust their activities or alternatively to seek modification of such measures.» *US – Underwear*, Appellate Body Report, *United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear*, WT/DS24/AB/R, adopted 25 February 1997, DSR 1997:I, 11, a p. 29.

²¹⁴ Oltre al *Foreign Trade Law* del 2004, disciplinano i compiti del MOFCOM nella gestione delle misure sulle esportazioni l'art. 38 del *Regulation on Import and Export Administration*, e gli art. 9-11 dell'*Export Quota Administration Measures*.

²¹⁵ Par. 7.798.

²¹⁶ Parr. 7.800-7.807.

²¹⁷ Panel Report, *European Communities and its member States – Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, adopted 21 September 2010. Su tale disputa cfr. John G., *The Panel Report on Tariff Treatment of Certain Information Technology Products: Classification Is the Key to Effective Implementation*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2011, pp. 149-155; D. ROVETTA, *Some Thoughts about European Communities and Its Member States: Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2011, pp. 143-148.

²¹⁸ *EC – IT Products*, Panel Report, par. 7.1048.

²¹⁹ Par. 7.805.

37. Il Panel ha riscontrato una seconda violazione dell'art. X, par. 1, GATT 1994 per l'inosservanza dell'obbligo di sollecita pubblicazione della Carta del 2001 della Camera di commercio cinese degli importatori ed esportatori di metalli, minerali e prodotti chimici (CCCMC). La CCCMC è definita dallo stesso Governo cinese come lo strumento attraverso il quale il MOFCOM sovrintende e regola le attività di importazione ed esportazione dei prodotti in Cina, e la Carta del 2001 ne stabilisce la missione, le funzioni, il potere, le regole ed i regolamenti.²²⁰ In particolare, attraverso la Carta del 2001, la Cina ha delegato alla CCCMC il potere di attuazione del coordinamento dei prezzi all'esportazione.²²¹ Entrata in vigore il 21 febbraio 2001, però, la Carta è stata pubblicata sul sito internet della CCCMC solo nel 2009, dunque successivamente all'avvio delle consultazioni della controversia sulle materie prime. E' stato, dunque, inevitabile per il Panel dar seguito alla richiesta di tutte e tre le parti attrici, e concludere, quindi, che la Cina ha violato l'art. X, par. 1, GATT 1994 poiché non ha pubblicato prontamente («published promptly») la Carta del 2001, impedendo a Stati ed operatori economici di acquisirne adeguata conoscenza.²²²

Infatti, benché la nozione di «prompt» -dunque di pubblicazione rapida, tempestiva- non venga esplicitata dall'art. X, il Panel, traendo spunto anche da quanto considerato dal gruppo di esperti nel caso *EC – IT Products*,²²³ ha ribadito che il significato di «prompt» non è un concetto assoluto, nel senso che non è possibile individuare un periodo di tempo predefinito suscettibile di essere automaticamente applicabile ad ogni tipo di situazione. Al contrario, esso richiede di essere determinato di volta in volta: «an analysis of whether a measure was published promptly requires a reference point, some act or thing to act as a point of comparison so as to determine whether publication was prompt.»²²⁴ Nel caso concreto, il Panel ha ritenuto che fosse «an appropriate reference point» un periodo temporale vicino all'entrata in vigore della Carta del 2001, con la conseguenza di dover dichiarare il mancato rispetto dell'obbligo di pronta pubblicazione di cui all'art. X, par. 1, GATT 1994 poiché la Cina ha divulgato la normativa in questione addirittura otto anni dopo la sua efficacia.²²⁵

X. L'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994 e l'assenza di indicazioni su contenuto e modalità applicative del requisito della «capacità operativa» richiesto alle imprese esportatrici

38. L'Unione europea ha attaccato anche l'art. 19 delle *Export Quota Administrative Measures*, la normativa cinese che fissa la cosiddetta «operation capacity» tra i requisiti che le imprese devono di-

²²⁰ Par. 7.1090.

²²¹ Si sottolinea che la Carta del 2001 è stata sostituita, il 29 aprile 2010, da un nuovo documento (2010 *Charter of the China Chamber of Commerce of Metals, Minerals and Chemicals Importers and Exporters*). Nonostante la intitolazione pressoché identica, la Carta del 2010 differisce in alcuni aspetti sostanziali da quella del 2001. Soprattutto, essa priva la CCCMC del potere di agire nel coordinamento dei prezzi all'esportazione, funzione che è, invece, alla base dell'interesse delle parti attrici nella causa *China - Raw Materials*. Tuttavia, il Panel, conformemente a quanto richiesto dalle parti reclamanti, ha valutato la compatibilità con il diritto OMC solo in riferimento alla Carta del 2001, in quanto atto già in vigore al momento dell'istituzione del Gruppo di esperti, prendendo semplicemente nota della successiva Carta del 2010. Cfr. il par. 7.1092, e la nota 1445.

²²² Parr. 7.1088 - 7.1102.

²²³ In tale disputa, Stati Uniti, Giappone e Cina Taipei (Taiwan) avevano attaccato l'Unione europea a causa del trattamento tariffario di alcuni prodotti di *Information Technology*, sostenendo, tra l'altro, che le note esplicative della UE a proposito della nomenclatura combinata non rispettavano i requisiti posti dall'art. X, par. 1, GATT, dunque, *inter alia*, che non erano state «promptly published»: «Article X:1 of the GATT 1994 requires that 'laws, regulations, judicial decisions and administrative rulings, made effective by a contracting party, pertaining to the classification ... of products for customs purposes shall be published promptly in such a manner as to enable governments and traders to become acquainted with them'. It does not, however, specify what 'promptly' means, i.e. what is the permissible time span *between* the moment that such measure is 'made effective' and the time it is 'published'. In this regard, we note that the adverb 'promptly' is defined as '[i]n a prompt manner; readily, quickly; at once, without delay; directly, forthwith, there and then.' [...] The word 'prompt', as an adjective, means, *inter alia*, '2. a. Ready in action; quick to act when occasion arises; acting with alacrity, or without undue delay; ready and willing; quick to do something.' [...] In our view, *the meaning of prompt is not an absolute concept, i.e. a pre-set period of time applicable in all cases.* [...] Rather, an assessment of whether a measure has been published 'promptly', that is 'quickly' and 'without undue delay', necessarily requires a case-by-case assessment.» (*EC – IT Products*, Panel report, par. 7.1074, il corsivo è nostro).

²²⁴ Par. 7.1101.

²²⁵ Parr. 7.1101 - 7.1102.

mostrare per ottenere la licenza all'esportazione di zinco²²⁶ -le cui quote annuali, peraltro, risultano non autorizzate dal 2006.²²⁷ Pechino non fornisce alcuna concreta indicazione sulle caratteristiche che tale «capacità operativa» dovrebbe rivestire, né ha mai emanato linee guida relativamente alla sua amministrazione, delegata al MOFCOM e ai suoi 32 Dipartimenti locali, aventi il compito di gestire il commercio estero sul vastissimo territorio cinese. Ad avviso della UE, l'assenza di indicazioni sulla portata e sulle modalità applicative del criterio della «operation capacity» è in conflitto con i doveri stabiliti dall'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994, il quale prevede l'obbligo, per i Membri OMC, di amministrare gli atti suscettibili di incidere sugli scambi, richiamati dal par. 1 della disposizione in oggetto, «in a uniform, impartial and reasonable manner.» La Cina, senza smentire l'Unione europea sull'inesistenza di definizioni e discipline procedurali, e continuando a non indicare quale sia, con precisione, il significato da attribuire al criterio della capacità operativa, ha respinto la ricostruzione europea della sua disciplina affermando che la verifica della «operational ability» prima della concessione di una licenza all'esportazione sarebbe legittima ed insuscettibile di generare iniquità, arbitrarietà ed incertezza nel mondo produttivo e degli scambi poichè volta unicamente, a giudizio di Pechino, ad assicurare che non vi siano sprechi nella gestione delle quote, assegnandole solo ad operatori in grado di condurre adeguatamente una attività di esportazione.²²⁸

In particolare, la Cina ha sostenuto che l'Unione europea non ha portato elementi di prova (*evidence*) sufficienti a dimostrare che l'assenza di indicazioni sulla nozione di «operational capacity» come pure la carenza di linee guida sulla sua applicazione condurrebbero inevitabilmente ad una amministrazione delle quote all'esportazione contraria all'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994. La parte resistente fa leva soprattutto su quanto stabilito dall'Organo d'appello nel caso *EC – Selected Customs Matters*, nel quale il Tribunale permanente dell'OMC ha dovuto pronunciarsi sulla compatibilità con la disposizione GATT, dedicata a trasparenza ed equità, della pluralità di normative degli Stati membri dell'Unione europea relative alle sanzioni di carattere penale e alle procedure di revisione e controllo delle dichiarazioni doganali volte a garantire il rispetto del codice doganale europeo.²²⁹ In tale occasione, l'Organo d'appello ha ripetutamente puntualizzato che «[i]f a WTO Member challenges under Article X:3(a) the substantive content [as well as the administrative process] of a legal instrument that regulates the administration of a legal instrument of the kind described in Article X:1, it will have to prove that this instrument *necessarily leads* to a lack of uniform, impartial, or reasonable administration.»²³⁰ Inoltre, ha ammonito il Tribunale permanente, «[i]t is not sufficient for the complainant merely to cite the provisions of that legal instrument,» con la conseguenza che «[t]he complainant must discharge the burden of substantiating how and why those provisions *necessarily lead* to impermissible administration of the legal instrument of the kind described in Article X:1.»²³¹

L'Unione europea, invece, per dimostrare l'adeguatezza degli elementi di prova adottati e dell'interpretazione proposta per l'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994, ha fatto riferimento al report del panel nel caso *Argentina – Hides and Leather*.²³² Il gruppo di esperti era stato chiamato a stabilire la compatibilità

²²⁶ «When allocating the quotas, the MOFTEC and the Local Departments in charge of Foreign Trade shall take into full consideration the export performance, the quota utilization rate, the *operation capacity*, the production scale and the resources status, etc. of that commodity in relation to the applying enterprises or the applying regions in the past three (3) years» (art. 19 delle *Export Quota Administration Measures*, riportato al par. 7.718).

²²⁷ Par. 7.719.

²²⁸ Par. 7.680.

²²⁹ Appellate Body Report, *European Communities – Selected Customs Matters*, WT/DS315/AB/R, adopted 11 December 2006, DSR 2006:IX, 3791. Su tale report cfr. D. E. ERSKINE, *The US-EC Dispute over Custom Matters: Trade Facilitation, Customs Unions, and the Meaning of WTO Obligations*, in *Florida Journal of International Law*, 2006, pp. 423-484; D. ROVETTA, M. LUX, *The US Challenge to the EC Customs Union*, in *GTJ*, 2007, pp. 195-207.

²³⁰ *EC – Selected Customs Matters*, Appellate Body Report, par. 201 (il corsivo è nostro). Si veda anche il par. 226 di tale Report: «in order to substantiate a claim of violation based on an administrative process, it is not sufficient that the complainant merely recites the features of the administrative processes; it will also have to show how and why those features *necessarily lead to* a lack of uniform, impartial, or reasonable administration of a legal instrument of the kind described in Article X:1» (il corsivo è nostro).

²³¹ *Ibid.*

²³² Panel Report, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, adopted 16 February 2001.

con il diritto OMC della normativa argentina sui controlli doganali all'esportazione di pelli grezze e semi-conciate di bovini. A tali controlli avevano il diritto di partecipare tecnici designati dall'Associazione argentina dell'industria conciaria e manifatturiera dei prodotti in cuoio, i quali potevano anche sollevare reclami riguardo l'irregolarità delle operazioni e la veridicità della documentazione doganale. La partecipazione dell'industria nazionale di trasformazione delle pelli bovine alle operazioni doganali venne considerata dal Panel come parziale ed irragionevole, dunque in violazione dell'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994, poiché comportava un pericolo intrinseco («an inherent danger»)²³³ o, che dir si voglia, implicava una intrinseca possibilità («an inherent possibility»)²³⁴ di favorire una parte di operatori economici (l'industria argentina della lavorazione dei prodotti in cuoio) a discapito di altre imprese (gli operatori non argentini, che intendevano acquistare le pelli bovine grezze argentine, conformemente agli impegni di libero scambio assunti dal Paese sudamericano). Dunque, ad avviso della UE, la presenza di un non meglio identificato requisito di «capacità operativa» per le imprese cinesi che intendessero esportare, unitamente all'amministrazione delle licenze di esportazione dello zinco da parte dei 32 Dipartimenti del MOFCOM dislocati in tutta la Cina e privi della benché minima indicazione su come interpretare ed applicare il suddetto requisito contengono il pericolo intrinseco di una amministrazione iniqua, arbitraria e incerta delle quote all'esportazione di zinco, con il conseguente pregiudizio per gli operatori che vorrebbero esportare zinco cinese, e per le imprese che intendono acquistarlo.²³⁵

39. Prima di prendere posizione sulle accuse europee di vaghezza ed opacità del requisito cinese della «operational capacity,» il Panel compie una attenta ricostruzione della portata dell'art. X, par. 3, lett. a) GATT 1994, riprendendo la giurisprudenza pregressa dell'OMC, ed apportando un nuovo contributo interpretativo per la base giuridica invocata dalla UE. La disamina prende il via dal richiamo dell'obiettivo affidato all'art. X, par. 3, lett. a) GATT 1994: ciascun Membro OMC deve amministrare «in a uniform, impartial and reasonable manner all its laws, regulations, decisions and rulings of the kind described in paragraph 1 of this Article,» poiché deve essere garantito agli operatori economici un trattamento equo e coerente allorché essi intraprendano attività di importazione ed esportazione.²³⁶ Le affermazioni di iniquità e irragionevolezza nell'amministrazione delle leggi suscettibili di incidere su scambi ed economia sono di notevole gravità, e, pertanto non possono essere formulate con leggerezza, o semplicemente a titolo accessorio. Questo implica che «[a] claim under Article X:3(a) of the GATT 1994 must be supported by *solid evidence*; the nature and the scope of the claim, and the evidence adduced by the complainant in support of it, should reflect the gravity of the accusations inherent in claims under Article X:3(a) of the GATT 1994.»²³⁷

Chiarito, dunque, che le violazioni all'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994 devono essere sostenute da un robusto quadro probatorio («solid evidence»), il Panel osserva che le impostazioni del report del panel nel caso *Argentina – Hides and Leather* (sul quale fa affidamento, come si è visto, l'Unione europea) e del report dell'Organo d'appello nella disputa *EC – Selected Customs Matters* (che, invece, è il punto d'appoggio della difesa cinese) ben lungi dall'essere divergenti, risultano, in realtà, simili. Chiedere di dimostrare che il processo amministrativo attaccato rappresenti un «inherent danger» per

²³³ «Whenever a party with a contrary commercial interest, but no relevant legal interest [...], is allowed to participate in an export transaction such as this, there is an *inherent danger* that the Customs laws, regulations and rules will be applied in a partial manner so as to permit persons with adverse commercial interests to obtain confidential information to which they have no right» (*Argentina – Hides and Leather*, Panel Report, cit., par. 11.94, il corsivo è nostro).

²³⁴ «[A] process aimed at assuring the proper classification of products, but which *inherently contains the possibility* of revealing confidential business information, is an unreasonable manner of administering the laws, regulations and rules identified in Article X:1 and therefore is inconsistent with Article X:3(a)» (*Argentina – Hides and Leather*, Panel Report, par. 11.100, il corsivo è nostro).

²³⁵ Cfr. i par. 7.682 e 7.699.

²³⁶ «The due process theme underlying Article X of the GATT 1994 suggests that the aim of Article X:3(a) of the GATT 1994 is to ensure that traders are treated fairly and consistently when seeking to import from or export to a particular WTO Member.» *EC – Selected Customs Matters*, Panel Report, *European Communities – Selected Customs Matters*, WT/DS315/R, adopted 11 December 2006, as modified by Appellate Body Report WT/DS315/AB/R, par. 7.108.

²³⁷ *US – Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*, Appellate Body Report, *United States – Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, WT/DS268/AB/R, adopted 17 December 2004, par. 217, il corsivo è nostro.

l'equità e la ragionevolezza tutelate dall'art. X GATT 1994 equivale, ragiona il Panel, a domandare di palesare che la disciplina nazionale attaccata «necessarily leads» ad un'applicazione delle leggi suscettibili di incidere sugli scambi che risulta arbitraria, discriminatoria e irragionevole. Infatti, la differenza tra «inherently» and «necessarily» non è significativa: «[o]ne of the dictionary definitions of *inherently* states 'inherently: (adv) In an inherent manner; by inherence; in the way of, or in relation to, an inherent quality or attribute; intrinsically.' The definition of *necessarily* in relevant part is as follows: 'necessarily: Of necessity; in the nature of the case; intrinsically, inherently, inevitably.' [...] As can be seen from these definitions, *the difference in these two words is not significant; there is a certain cross-over between them, with one of the definitions of 'necessarily' being 'inherently'.*»²³⁸

40. A conclusione della sua analisi, il Panel individua una nuova formula per sintetizzare le due espressioni sinora utilizzate dalla giurisprudenza OMC per indicare gli elementi di prova dell'incompatibilità di una procedura amministrativa con l'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994: una misura o prassi applicativa che rappresenta un «inherent danger» al rispetto di tale disposizione, o che «necessarily leads» alla sua violazione, è una misura o prassi applicativa che comporta «a very real risk» – «un risque très réel,» «un riesgo muy real,» insomma, un rischio molto reale- per la garanzia di un trattamento equo ed uniforme che l'art. X è volto a promuovere e proteggere. Dunque, per il Panel, «an interpretation of Article X:3(a) that requires a complainant to show that the features of the administrative process pose a very real risk of non-uniform, partial and unreasonable administration best accords with the due process connotations of Article X.»²³⁹

Ricordato che, in base alla giurisprudenza pregressa, i doveri di uniformità, imparzialità e ragionevolezza di cui all'art. X GATT 1994 sono giuridicamente indipendenti, con la conseguenza che i Membri OMC devono rispettarli tutti e tre, e che la mancata osservanza anche di uno solo di tali obblighi comporta, comunque, la violazione dell'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994,²⁴⁰ il Panel può, infine, procedere ad analizzare le specifiche doglianze europee, verificando, per l'appunto, se esse comportino un «very real risk» ad un'amministrazione equa e coerente.

Innanzitutto, il Panel prende atto di quanto la stessa Cina conferma: non vi è alcuna definizione riguardo il contenuto da attribuire al requisito della «capacità operativa»; non vi sono standard o linee guida predisposte per renderne uniforme l'applicazione da parte delle diverse autorità locali; e, inoltre, il criterio della «operation capacity» è determinante nell'allocazione diretta delle quote di zinco da parte del MOFCOM e dei suoi 32 Dipartimenti, poiché il riscontro della sua assenza può, da solo, comportare il rigetto delle istanze delle imprese che hanno richiesto l'assegnazione di contingenti all'esportazione.²⁴¹

Quindi, il Gruppo di esperti ricorda il significato ordinario da attribuire al termine «ragionevole» contenuto nell'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994: «read in the context of Article X:3(a), the ordinary meaning of the word 'reasonable', can be defined as 'not irrational or absurd', 'proportionate', 'sensible', and 'within the limits of reason, not greatly less or more than might be thought likely or appropriate,» per cui una ragionevole amministrazione del criterio della capacità operativa da parte delle autorità cinesi «could be considered to be administration that is equitable, appropriate for the circumstances and based on rationality.»²⁴² Ora, sostiene il Panel, l'assenza di definizione del requisito della «operation capacity», e di linee guida applicative per i 32 Dipartimenti locali del MOFCOM implicano l'impossibilità di una

²³⁸ Par. 7.702, i corsivi sono nostri.

²³⁹ Par. 7.708, il corsivo è nostro.

²⁴⁰ «The panel in *Argentina – Hides and Leather* noted that the obligations of uniformity, impartiality and reasonableness are legally independent and WTO Members are obliged to comply with all three requirements [...] Consequently, should we find a violation of any of the three obligations, this would constitute a violation of the obligations under Article X:3(a).» Par. 7.685.

²⁴¹ «China acknowledges that the inability of an applicant to comply with the operation capacity criterion can be a basis for that applicant's failure to receive the zinc quota [...] In other words, this criterion can trump all others. Therefore, this criterion, in and of itself, can be determinative in the allocation of export quotas and therefore is of some importance in China's system for the direct allocation of export quotas. Also of note is that China has not denied that there is no official definition of the term 'operation capacity' or that there is no standard against which China's authorities will assess the operation capacity criterion. Certainly China has not chosen to proffer a definition; nor has it denied the lack of a standard to assist the assessment of the criterion.» Par. 7.738.

²⁴² Par. 7.741.

amministrazione ragionevole del criterio, determinante per l'assegnazione di quote di zinco, della capacità operativa delle imprese: «[i]t is not 'fair', 'equitable', 'just', 'legitimate' or 'appropriate for the circumstances' that exporter applicants may well be subject to different interpretations of whether or not they have sufficient operation capacity to qualify for the zinc quota depending on where they are located. The Panel believes there is a *very real risk* that in the absence of any definition or standardization of an understanding of what 'operation capacity' means that similar exporters in terms of size, experience, and other factors may be treated differently depending on which of 32 dispersed local office deals with their application. Under such circumstances it could well be assumed that one exporter could well find its application rejected while another exporter of equal description would succeed.» Di conseguenza, quanto affermato e documentato dall'Unione europea costituisce «relevant evidence» dell'irragionevole amministrazione del criterio della capacità operativa, e, dunque, della violazione del relativo obbligo previsto dall'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994: «the Panel concludes that the lack of any definition, guidelines or standards to guide how the operation capacity criterion should be applied poses a *very real risk* to the interests of relevant parties such that this necessarily leads to unreasonable administration inconsistently with Article X:3(a) of the GATT 1994.»²⁴³

Le caratteristiche del processo amministrativo del requisito della «operation capacity» risultano contrastare anche l'obbligo di garantire una applicazione «uniforme» delle normative di cui all'art. X GATT 1994. Se non vi è una nozione comune, né sono definiti comuni standard applicativi, non vi può essere uniformità nell'amministrazione del criterio della capacità operativa, ma, al contrario, unicamente un alto rischio di un trattamento divergente di situazioni dello stesso tipo e di operatori economici in condizioni simili, rischio che «necessarily leads to non-uniform administration inconsistently with Article X:3(a) of the GATT 1994.»²⁴⁴

Riguardo, invece, il rischio di una amministrazione che risulti parziale, nel senso di immotivatamente favorevole verso un gruppo di operatori economici, a discapito di altri, il Panel ritiene che l'Unione europea non abbia addotto elementi di prova sufficienti: la carenza di coordinate sulla portata e sulle modalità applicative del requisito di «capacità operativa,» se risulta oggettivamente comportare un alto rischio di irragionevolezza e di assenza di uniformità, non si presta, però, contestualmente a dimostrare che il criterio della «operation capacity» sarebbe molto probabilmente amministrato in modo parziale, dunque propizio solo per alcune imprese.²⁴⁵

XI. La normativa cinese sui requisiti di previa attività di esportazione e di capitale sociale minimo, le Sezioni 1, par. 2, e 5, par. 1, del Protocollo di adesione, ed i paragrafi 83 e 84 del Rapporto del Gruppo di lavoro sull'adesione di Pechino all'OMC

41. Accanto al misterioso requisito della capacità operativa richiesto alle imprese esportatrici di zinco, nell'ambito dell'allocazione diretta delle quote di coke, e nella gestione dell'aggiudicazione all'asta dei contingenti di bauxite, fluorite e carburo di silicio, la normativa cinese prevede, invece, che gli imprenditori richiedenti dimostrino di avere previamente venduto all'estero una determinata quantità di quelle materie prime («prior export performance») nonché di possedere un capitale sociale minimo. Le parti attrici hanno affermato che tali requisiti contrastano con le Sezioni 5, par. 1, ed 1, par. 2, del Protocollo di adesione, nonché con i paragrafi 83 e 84, del Rapporto del Gruppo di lavoro per l'adesione della Cina, richiamati dal Protocollo.

Come già accennato, la Sezione 5, par. 1, del Protocollo stabilisce che, entro tre anni dall'adesione della Cina, tutte le imprese abbiano il diritto di commerciare, dunque anche di esportare, ogni tipo di bene, «[w]ithout prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement»²⁴⁶; mentre la Sezione 1, par. 2, afferma che il Protocollo è «integral part of the WTO Agree-

²⁴³ Par. 7.746, il corsivo è nostro.

²⁴⁴ Par. 7.752.

²⁴⁵ Cfr. i parr. 7.753-7.755.

²⁴⁶ Il paragrafo 1 della Sezione 5 prevede per esteso che «[w]ithout prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement, China shall progressively liberalize the availability and scope of the right to trade, so that, within three years after accession, all enterprises in China shall have the right to trade in all goods throughout the customs ter-

ement,» ed include gli impegni richiamati dal paragrafo 342 del Rapporto del Gruppo di lavoro.²⁴⁷ Tra gli impegni assunti da Pechino vi sono le prescrizioni codificate ai paragrafi 83 e 84 della Relazione del Gruppo di lavoro, in base alle quali il Paese asiatico deve eliminare, per le imprese cinesi e per quelle create anche con investimenti stranieri, «any export performance ... and prior experience requirements,» e sopprimere, sempre nell'arco di tre anni, il requisito del capitale sociale minimo registrato, in modo tale da accordare ad ogni impresa «the right to trade,» e da permettere a «all enterprises in China and foreign enterprises and individuals ... of other WTO Members to export ... all goods ... in a non-discriminatory and non-discretionary way.»

42. Il Panel, dopo aver osservato che il periodo di transizione accordato nel Protocollo di adesione è terminato l'11 dicembre 2004, ha accolto le doglianze delle parti attrici a proposito delle condizioni poste agli operatori economici per accedere alle quote sulle materie prime. In particolare, il Panel ha sottolineato che quanto previsto ai paragrafi 83 e 84 della Relazione del Gruppo di lavoro a proposito delle esportazioni comporta «additional specific restrictions on China's right to regulate trade,»²⁴⁸ o «further commitments granted by China» —dunque, obblighi «WTO Plus»— rispetto alla disciplina OMC generalmente applicabile alla gestione ed allocazione delle quote.²⁴⁹ Ed è proprio alla luce di tali precisi ed ulteriori impegni, assunti dalla Cina, di eliminare i requisiti del capitale sociale minimo, della previa esperienza e del raggiungimento di un minimo giro d'affari che il Panel ha dichiarato l'incompatibilità della normativa di Pechino sull'allocazione delle quote all'esportazione di coke, bauxite, fluorite e carburo di silicio con le parti indicate del Protocollo di adesione e della Relazione del Gruppo di lavoro.

XII. Conclusioni

43. L'esame del corposo report sulle misure restrittive alle esportazioni della Cina fa toccare con mano l'enorme peso che la Repubblica popolare ha raggiunto nell'economia mondiale, e la grande capacità che, in poco tempo, è riuscita ad acquisire nel destreggiarsi tecnicamente nel contenzioso del sistema multilaterale degli scambi, superando decenni di diffidenza nei confronti dei tribunali internazionali.²⁵⁰

44. Nell'attuale controversia, il Panel ha rigettato quasi tutte le istanze di Pechino, stabilendo l'illiceità delle restrizioni alle esportazioni introdotte dalla Cina su minerali e metalli. L'esito negativo,

ritory of China, except for those goods listed in Annex 2A which continue to be subject to state trading in accordance with this Protocol. *Such right to trade shall be the right to import and export goods.* All such goods shall be accorded national treatment under Article III of the GATT 1994, especially paragraph 4 thereof, in respect of their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use, including their direct access to end-users. For those goods listed in Annex 2B, China shall phase out limitation on the grant of trading rights pursuant to the schedule in that Annex. China shall complete all necessary legislative procedures to implement these provisions during the transition period.» WT/L/432, cit., i corsivi sono nostri. Sulla Sezione 5, par. 1, del Protocollo di adesione v. *supra* il paragrafo IV.

²⁴⁷ I paragrafi 1 e 2 della Sezione 1 del Protocollo stabiliscono quanto segue: «[u]pon accession, China accedes to the WTO Agreement pursuant to Article XII of that Agreement and thereby becomes a Member of the WTO. The WTO Agreement to which China accedes shall be the WTO Agreement as rectified, amended or otherwise modified by such legal instruments as may have entered into force before the date of accession. This Protocol, which shall include the commitments referred to in paragraph 342 of the Working Party Report, shall be an integral part of the WTO Agreement.» WT/L/432, cit.

²⁴⁸ Cfr. par. 7.655.

²⁴⁹ «Paragraphs 83 and 84 of China's Working Party Report includes further commitments granted by China. Pursuant to Paragraph 5.1 of China's Accession Protocol and Paragraphs 83 and 84 of China's Working Party Report, all enterprises in China —Chinese and foreign enterprises alike— are to be granted the right to export almost all products ... from China, following a transition period that concluded on 11 December 2004. Paragraph 1.2 also states that China's Accession Protocol, including Paragraphs 83 and 84 of China's Working Party Report, shall be an 'integral part of the WTO Agreement.' In the Panel's view, the regulation of 'rights that the covered agreements affirmatively recognize as accruing to WTO Members' must be understood in light of the obligations as defined through China's Accession Protocol (and relevant provisions of its Working Party Report). *China expressly committed through these provisions to eliminate any 'examination and approval system' following 11 December 2004, including eliminating 'export performance' and 'prior experience requirements' and minimum registered capital requirements.*» Par. 7.665, i corsivi sono nostri.

²⁵⁰ Sul punto cfr. P. L. HSIEH, *China's Development of International Economic Law and WTO Legal Capacity Building*, cit., alle pp. 1000 ss.

però, non permette certo di nascondere la rilevanza delle questioni che il Paese asiatico ha saputo proporre ed argomentare dinanzi al Gruppo di esperti. Sotto un profilo squisitamente teorico, ma suscettibile di significative conseguenze di carattere sostanziale, Pechino ha nuovamente posto la questione dell'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 al Protocollo di adesione. La risposta negativa data dal Panel dovrà essere rivista dall'Organo d'appello, al quale, come prevedibile, la Cina si è rivolta, ritenendo che gli obblighi WTO-Plus che ha assunto aderendo all'OMC non possano essere privati della possibilità di deroga consentita dalla clausola GATT sulle eccezioni generali. Come si è cercato di dimostrare, a nostro avviso l'inapplicabilità dell'art. XX GATT al divieto di dazi alle esportazioni contemplato nel Protocollo di adesione della Cina è un risultato che rischia di minare l'integrità del sistema OMC, fondato su un modello di sviluppo che vuole coniugare la liberalizzazione degli scambi con il costante perseguimento della tutela dell'ambiente e del progresso sociale.²⁵¹ Il nostro auspicio è che l'Organo d'appello non solo ribalti l'esito della valutazione del Panel, ma individui anche una formula per riconoscere l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 a tutto il Protocollo di adesione, senza confinare il suo report alla singola Sezione 11, par. 3, oggetto della presente disputa.

45. Inoltre, sempre su intelligente «provocazione» della Cina, il Gruppo di esperti ha dovuto affrontare l'importante tema del rapporto tra liberalizzazione degli scambi e principio della sovranità sulle risorse naturali, mostrando come sia possibile leggere l'eccezione sulle risorse naturali esauribili, di cui all'art. XX, lett. g), GATT 1994, nel pieno rispetto di tale sovranità. Sicuramente, si tratta di una questione che non rimarrà confinata nella presente controversia, e la Cina continuerà ad essere una grande protagonista in questo tema. Infatti, è molto probabile che il prossimo grande contenzioso sul quale si confronteranno nuovamente le grandi potenze dell'OMC sarà quello delle restrizioni sulle terre rare, indispensabili per produrre beni di alta tecnologia, dai cellulari, ai fucili di precisione, ai pannelli solari. Le terre rare per il 97% sono estratte in Cina, ma Pechino non è più disposta a condividerle con il resto del mondo. Sarà, quindi, di notevole interesse vedere se e come l'Organo d'appello interverrà sul rapporto tra sistema OMC e risorse naturali nel caso *China – Raw Materials*. Un giudizio convincente, che contenga delle aperture a Pechino -si pensa in particolare, ad una risposta positiva all'applicabilità dell'art. XX GATT al Protocollo di adesione- potrebbe creare un sufficiente ed adeguato spazio politico per incentivare una soluzione amichevole alla disputa che si profila all'orizzonte.

²⁵¹ Cfr., *supra*, il paragrafo IV.1.

LA INEVITABLE EXTENSIÓN DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN: A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 8 DE MARZO DE 2011 (ASUNTO RUIZ ZAMBRANO)

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 13.06.2011 / Aceptado: 21.06.2011

Resumen: De nuevo el TJUE se ha pronunciado sobre la ciudadanía europea y de nuevo lo ha hecho expandiendo sus originarios horizontes. En esta ocasión, extendiendo *de facto* el derecho de residencia aparejado al estatuto del ciudadano comunitario a un nacional de un tercer Estado, por razón de su condición de progenitor del primero y garante de la efectividad de sus derechos como ciudadanos de la Unión. Y ello, con una base jurídica novedosa en la jurisprudencia del TJUE: los derechos de la ciudadanía de la Unión elevados a la categoría de fundamentales por efecto de la Carta.

Palabras clave: ciudadanía de la Unión, Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, discriminación inversa, derecho de libre circulación, estatuto del ciudadano de la Unión, nacionales de terceros Estados.

Abstract: Once more, the ECJ has ruled on European citizenship and again it did it by expanding its originating horizons. This time, by amplifying *de facto* the right of abode given by the statute to a community citizen to apply to a national of a third party State, on the basis of being the parent of the former and guarantor of the effectiveness of his rights as a citizen of the Union. And this with a new legal basis in the jurisprudence of the ECJ: the rights of citizenship of the Union raised to the category of fundamental as a result of the Charter.

Key words: Union citizenship, Charter of Fundamental Rights of the European Union, principle of non-discrimination on the basis of nationality, reverse discrimination, freedom of movement, citizenship statute, third States nationals.

Sumario: I. El asunto «Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi». 1. Planteamiento del litigio. 2. De nuevo sobre la discutida «extranjería» del asunto enjuiciado. II. La extensión de los derechos de la ciudadanía de la Unión a través de su «efecto útil». 1. La importancia del ejercicio de la libre circulación por los ciudadanos comunitarios: la llamada «discriminación inversa». 2. Los derechos fundamentales como derechos subyacentes a la ciudadanía de la Unión. III. Conclusiones.

I. El asunto «Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi»

1. El presente análisis viene motivado por una nueva decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que nuevamente evidencia que, lejos de ser una noción estática y consolidada, la ciudadanía europea continúa perfilándose y delimitando su ámbito de aplicación, en una evolución que parece no terminará en tanto el propio concepto se asiente sobre bases menos controvertidas -o más realistas- que las actuales. Se trata de la Sentencia de 8 de marzo de 2011, emitida en el asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEM). La primera conclusión que suscita

su lectura es la confirmación de que la ciudadanía comunitaria se ha convertido en los últimos tiempos en un vehículo a través del que encauzar el ejercicio de ciertos derechos por quienes de otro modo no podrían acceder a su efectivo ejercicio: los nacionales de terceros Estados que, residiendo en el territorio comunitario, presentan una estrecha vinculación con ciudadanos europeos.

2. En cierto modo, esta decisión es continuista respecto de la sentencia 2 de marzo de 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*¹. Algunas de las cuestiones allí suscitadas -situaciones puramente internas, limitaciones de los Estados a la hora de reglamentar sobre su propia nacionalidad- vuelven a plantearse en el asunto Ruiz Zambrano, si bien, como veremos, con matices notablemente diferentes y adoptando el Tribunal de Justicia una postura menos cautelosa -o más decidida, que viene a ser lo mismo- sobre el verdadero (=efectivo) alcance de la ciudadanía de la Unión.

1. Planteamiento del litigio

3. El Sr. Ruiz Zambrano y su esposa, ambos nacionales colombianos, se instalaron en Bélgica en abril de 1999, junto a su primer hijo, de la misma nacionalidad. Una vez allí, el Sr. Ruiz Zambrano solicitó asilo en Bélgica, que le fue denegado en septiembre de 2000 por el *Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides*, que al mismo tiempo dictó una orden para que abandonara Bélgica. No obstante, en ella el citado organismo emitió asimismo una cláusula *non-refoulement*, para evitar que la familia Ruiz Zambrano fuera repatriada a Colombia, por la difícil situación que atravesaba dicho Estado. Sin llegar a abandonar el territorio belga, un mes después el recurrente solicitó un permiso de residencia, petición que reiteró en dos ocasiones. Habiendo sido rechazadas las tres instancias, el Sr. Ruiz Zambrano demandó la anulación de las resoluciones denegatorias y la suspensión de la orden de expulsión que las acompañaba. Este recurso seguía pendiente ante el *Conseil d'État* en el momento de plantearse la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Así las cosas, el matrimonio se empadronó en el municipio belga de Schaerbeek en abril de 2001, obteniendo el Sr. Ruiz Zambrano un contrato de trabajo a tiempo completo en un taller perteneciente a una empresa belga. La empresa realizaba las cotizaciones preceptivas a la seguridad social y las retenciones requeridas por el impuesto sobre la renta, pese a que su empleado carecía de permiso de trabajo y no llegó a obtenerlo en los cinco años que duró su vinculación laboral. En aquellos años (2003 y 2005, concretamente) nacieron su segundo y tercer hijo, y al hacerlo en Bélgica ambos obtuvieron la nacionalidad de dicho Estado, conforme a la normativa sobre la materia vigente en dicho momento².

Tras el nacimiento de sus hijos, el Sr. Ruiz Zambrano reiteró su solicitud del permiso de residencia ante el *Office des Étrangers*, alegando en su favor su condición de padre de nacionales belgas, sobre la base de la normativa interna belga³ y del artículo 3 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950⁴. A raíz de dicha solicitud, las autoridades belgas le concedieron un certificado de registro de residencia legalizando su estancia en Bélgica desde el 13 de septiembre de 2005 hasta el 13 de febrero de 2006, y pendiente su recurso contra denegaciones

¹ Asunto C-135/08, *DOUE* C 113 de 1 mayo 2010. Distintos análisis de esta decisión pueden verse en P. JUÁREZ PÉREZ, «Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2010, vol. 2, nº 2, 2010, pp. 261-289; y S. IGLESIAS SÁNCHEZ, «Sentencia de 2 de marzo de 2010 (Gran Sala) *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, Asunto C-135/08. ¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, septiembre-diciembre 2010, pp. 933-950.

² En concreto, el artículo 10, apartado 1, del Código de la Nacionalidad Belga (*Moniteur belge* de 12 de julio de 1984), que otorgaba la nacionalidad belga a los nacidos en aquel país que, antes de cumplir los 18 años o de obtener la emancipación, serían apátridas si no se les concediera dicha nacionalidad.

³ Ley de 15 de diciembre de 1980, sobre acceso, estancia y expulsión de los extranjeros, regulan la reagrupación familiar de los ciudadanos de un país tercero (*Moniteur belge* de 31 de diciembre de 1980), cuyo artículo 40.6 asimila al régimen jurídico de los ciudadanos comunitarios al cónyuge de un nacional belga «que esté viviendo o vaya a vivir con él, así como sus descendientes menores de veintitún años o que estén a su cargo, sus ascendientes que estén a su cargo y los cónyuges de estos descendientes o ascendientes, que estén viviendo o vayan a vivir con ellos».

⁴ «Prohibición de la expulsión de los nacionales. 1. Nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea ciudadano. 2. Nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea ciudadano». *Vid.* Instrumento de ratificación del Protocolo nº 4 en *BOE* de 13 octubre 2009.

anteriores, le otorgaron una autorización especial para cubrir su estancia en tanto se resolvían dichos procedimientos.

En octubre de 2005, tras suspenderse temporalmente su contrato de trabajo, el Sr. Ruiz Zambrano solicitó la prestación temporal por desempleo, que también le fue denegada, por carecer de permiso de trabajo. Aunque poco tiempo después fue nuevamente contratado por la misma empresa, en dicho intervalo el interesado interpuso recurso ante el *Tribunal du Travail* contra la denegación de la prestación por desempleo. A raíz de dicho recurso, se giró una inspección laboral a la citada empresa para verificar las condiciones contractuales del Sr. Ruiz Zambrano, concluyendo con una orden de extinción de dicha relación laboral ante la carencia del preceptivo permiso de trabajo. En cumplimiento de la cual, la empresa dio por finalizado el contrato por causa de fuerza mayor, sin conceder al trabajador indemnización alguna pero acreditándole haber abonado las cotizaciones a la seguridad social y el seguro de desempleo durante toda su relación laboral.

Nuevamente acudió el Sr. Ruiz Zambrano al *Office national de l'emploi*, nuevamente en reclamación de la prestación por desempleo, y nuevamente le fue ésta denegada, con la consiguiente reiteración del recurso frente a dicha decisión. Las resoluciones denegatorias se basaban exclusivamente en que el período alegado por el recurrente en concepto de periodo de ocupación cotizada requerido para los parados de su franja de edad, no se había cubierto respetando la normativa relativa a la estancia de los extranjeros y la relativa a la contratación de trabajadores extranjeros. En su recurso ante el *Tribunal du travail de Bruxelles* frente a esta decisión, el Sr. Ruiz Zambrano alegó que poseía un derecho de residencia basado directamente en el Tratado CE, o cuanto menos, un derecho de residencia derivado, reconocido por la STJUE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*⁵, a los ascendientes de un menor de corta edad nacional de un Estado miembro y que, por tanto, estaba exento de la obligación de tener permiso de trabajo.

4. A la vista de lo cual, el *Tribunal du travail* optó por suspender el procedimiento, a fin de plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) *¿Reconocen los artículos 12 TCE, 17 TCE y 18 TCE, o alguno o algunos de ellos interpretados independiente o conjuntamente, al ciudadano de la Unión un derecho de residencia en el territorio del Estado miembro cuya nacionalidad tiene este ciudadano, con independencia de que haya ejercitado o no previamente su derecho a circular en el territorio de los Estados miembros?*
- 2) *Los artículos 12 TCE, 17 TCE y 18 TCE, en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales [...], ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho que reconocen, sin discriminación por razón de nacionalidad, a todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros implica, cuando el ciudadano sea un menor de corta edad a cargo de un ascendiente de un país tercero, que el disfrute del derecho de residencia de este menor, en el territorio del Estado miembro en el que reside y del cual tiene la nacionalidad, deba serle garantizado, independientemente del ejercicio previo por su parte o por mediación de su representante legal del derecho de circulación, atribuyendo a este derecho de residencia el efecto útil cuya necesidad fue reconocida por la jurisprudencia comunitaria (sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, Rec. p. I-9925), mediante la concesión, al ascendiente nacional de un país tercero que tiene este menor a su cargo y que dispone de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad, del derecho de residencia derivado del que gozaría este mismo nacional de un país tercero si el menor que tiene a su cargo fuera un ciudadano de la Unión que no tuviera la nacionalidad del Estado miembro en el que reside?*
- 3) *Los artículos 12 TCE, 17 TCE y 18 TCE, en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ¿deben*

⁵ Asunto *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen y Secretary of State for the Home Department*, 200/02, Rec. 2002, p. 9925.

interpretarse en el sentido de que el derecho de residencia de un menor, nacional de un Estado miembro, en el territorio del cual reside, debe implicar la concesión de una dispensa de permiso de trabajo al ascendiente, nacional de un país tercero, que tiene a su cargo este hijo menor y que cumpliría la condición de disponer de recursos suficientes y de estar cubierto por un seguro de enfermedad si el Derecho interno del Estado miembro en el que reside no exigiera un permiso de trabajo, ya que realiza un trabajo por cuenta ajena que determina su inclusión en el régimen de seguridad social de dicho Estado – con el fin de atribuir al derecho de residencia de este hijo el efecto útil que la jurisprudencia comunitaria (sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, Rec. p. I-9925), ha reconocido a un hijo menor, ciudadano europeo con nacionalidad diferente de la nacionalidad del Estado miembro en el que reside y que se encuentra a cargo de un ascendiente, nacional de un país tercero?».

5. Como sintetiza la Abogada General Sharpston en sus conclusiones⁶, la esencia del litigio gira en torno a la situación legal de un nacional no comunitario en el territorio de la Unión. En concreto, a su eventual titularidad de un derecho de residencia derivado de su condición de padre de ciudadanos de la Unión, o a la posibilidad de asimilar su posición a la de un nacional de un Estado miembro. A partir de este planteamiento, el Tribunal de Justicia enfoca su análisis desde la perspectiva del posible efecto expansivo de la ciudadanía de la Unión, emitiendo un pronunciamiento de importantes consecuencias sobre la misma, pese a que inicialmente no constituía el eje de la controversia.

2. De nuevo sobre la discutida «extranjería» del asunto enjuiciado

6. A modo de inciso, y a fin de centrar posteriormente nuestro análisis en la decisión del Tribunal en la materia que estrictamente nos ocupa, conviene detenerse ahora en una alegación realizada unánimemente por todos los Gobiernos que presentaron observaciones en el asunto Ruiz Zambrano. Una alegación que ya encontramos en el asunto Rottmann y que amenaza con convertirse en cláusula de estilo de los Estados miembros en litigios de semejantes características. Nos referimos a la argumentación, contraria a la intervención del ordenamiento comunitario, de que la situación enjuiciada quedaba extramuros del mismo, toda vez que los hijos de Sr. Ruiz Zambrano no habían ejercitado las libertades de circulación y residencia garantizadas por el Derecho de la Unión. En consecuencia, pese a que el tribunal remitente consideraba tales libertades comunitarias aplicables al caso, para dichos Gobiernos se trataba de una situación puramente interna, sustraída a la acción de la normativa comunitaria y por tanto, a la del Tribunal de Justicia.

Con esta alegación se reivindica el carácter exclusivamente estatal del litigio, y correlativamente se defiende la excluyente competencia de las autoridades belgas para resolverlo, en aplicación de su normativa reguladora de la situación de los nacionales de terceros Estados residentes en su territorio, sin perjuicio de que dicha legislación se encuentre sometida a las directrices comunitarias en la materia. Esta defensa se basaba, fundamentalmente, en la siguiente argumentación: dado que los hijos de recurrente, nacionales belgas y por tanto ciudadanos comunitarios, no habían ejercitado su derecho a la libre circulación en el territorio de la Unión, el litigio no se había «externalizado», pasando a ser objeto del Derecho comunitario, sino que en ausencia de todo cruce de la frontera belga, el asunto quedaba circunscrito también a su frontera jurídica.

7. Estamos ante una alegación gubernamental reiterada ante el TJUE en asuntos donde la división entre lo interno y lo comunitario se difumina o confunde, pues un acto soberano en su inicio puramente estatal -como la concesión o no de un permiso de residencia y trabajo, o de la propia nacionalidad- tiene consecuencias exceden dicha frontera, permitiendo la entrada del Derecho comunitario. Como dijimos, esta argumentación ya ha sido esgrimida en situaciones semejantes desde esta perspec-

⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, asunto C-34/09: Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEM), apartado 39.

tiva: así, en el asunto Rottmann, los Gobiernos de Alemania y Austria rechazaban la intervención del TJUE argumentando que el acto enjuiciado no excedía los límites del ordenamiento nacional alemán, al tratarse de una decisión administrativa emanada de una autoridad alemana y recaída sobre un nacional de dicho Estado (la concesión y posterior revocación de la nacionalidad alemana). Desde esta óptica, el hecho de que el afectado hubiera ejercitado con anterioridad a dicho acto el derecho comunitario a la libre circulación no poseía entidad para «*constituir por sí sola un elemento transfronterizo*»⁷ que facultara su enjuiciamiento por el Derecho comunitario. En aquel asunto, el TJUE rechazó la alegación oponiendo justamente el previo ejercicio por el Sr. Rottmann de su libertad de circulación⁸.

Pero aunque en el caso Ruiz Zambrano no concurría dicho ejercicio previo por parte de un ciudadano de la Unión, el TJUE no modifica por ello su interpretación, considerando también este supuesto un asunto sometido al ordenamiento comunitario. El vínculo que el Tribunal encuentra con tal ordenamiento va más allá de la ciudadanía de la Unión, declarando una afectación directa de un derecho fundamental de unos ciudadanos comunitarios -los hijos del Sr. Ruiz Zambrano-, que el ordenamiento comunitario tiene la obligación de tutelar. Esta interpretación expansiva del ámbito de aplicación de dicho ordenamiento ha sido de nuevo defendida con posterioridad por el Tribunal, en su sentencia de 5 de mayo de 2011, asunto *McCarthy*⁹, donde reitera que: «*la situación de un ciudadano de la Unión que (...) no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no puede equipararse, sólo por esta razón, a una situación puramente interna*»¹⁰.

8. En este punto, y en palabras de la Abogada General Sharpston, se plantean al Tribunal «*algunas elecciones difíciles e importantes*»¹¹, cuya respuesta depende de la concepción que de la ciudadanía de la Unión utilice el TJUE: si la considera una institución cuyo estatuto jurídico queda supeditado a su efectivo ejercicio dentro del ámbito del Derecho comunitario; o mucho más allá, permite el reconocimiento íntegro de los derechos -incluidos los futuros-, que entiende además directamente derivados del ordenamiento comunitario antes de que del nacional, incluyendo el derecho a residir en el propio Estado de origen.

Ante esta disyuntiva, señala la Abogada General que la segunda opción implica que el reconocimiento íntegro de los derechos del ciudadano de la Unión puede llevar a conceder la residencia a su progenitor nacional de un Estado tercero si, de no ser así, se vulnerarían sustancialmente derechos fundamentales. Tal fue la opción adoptada por el Tribunal de Justicia, con una doble consecuencia: por una parte, reconocer al Sr. Ruiz Zambrano un derecho de residencia y un permiso de trabajo derivados de la condición de ciudadanos comunitarios de sus dos hijos menores; por otra, entreabrir una vía de expansión del estatuto de la ciudadanía de la Unión a través de la tutela de los derechos fundamentales de sus titulares, en los términos que más adelante se exponen.

II. La extensión de los derechos de la ciudadanía de la Unión a través de su «efecto útil»

9. En el asunto Ruiz Zambrano, la cuestión esencial planteada por el tribunal belga se refería al alcance del derecho de residencia de nacionales de un Estado tercero, progenitores de dos menores ciudadanos de la Unión que hasta ese momento no han salido de su Estado miembro de nacimiento. Analizadas conjuntamente, las cuestiones prejudiciales demandaban del Tribunal de Justicia un pronun-

⁷ Apartado 38 de la sentencia de 2 de marzo de 2010, asunto *Rottmann*.

⁸ En efecto, el Tribunal declaró la afectación del ordenamiento comunitario en el hecho de que la pérdida de la nacionalidad austríaca y posterior desposesión de la alemana colocaba al afectado «*en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el artículo 17 TCE y de los derechos correspondientes*»; situación que «*por su propia naturaleza, está comprendida en el ámbito del Derecho de la Unión*». De este modo, la condición de ciudadano comunitario constituía el elemento transfronterizo que permitió al asunto planteado trascender los límites estatales alegados por Alemania y Austria para impedir la intervención del Tribunal (P. JUÁREZ PÉREZ, «Dieciocho años de ciudadanía...», cit., p. 265.)

⁹ Asunto C-434/09, *Shirley McCarthy y Secretary of State for the Home Department*; el texto de la sentencia puede verse en www.curia.europa.eu, 5.5.2011.

¹⁰ Con cita en su apoyo de la STJCE 12 julio 2005, *Egon Schempp c. Finanzamt München V*, 403/03, *Rec.* 2005, p. 6421, apartado 22.

¹¹ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, apartado 2.

ciamiento respecto a la posibilidad de extender, sobre la base jurídica de la ciudadanía de la Unión, el derecho de residencia en un Estado miembro al ascendiente de dos ciudadanos comunitarios, nacional de un tercer Estado y responsable de la manutención de sus hijos menores, al tiempo que eximirle del requisito de obtener un permiso de trabajo en el Estado miembro de acogida. Dos son las líneas argumentales que de forma principal han orientado la resolución del Tribunal de Justicia: la discriminación inversa y los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales.

1. La importancia del ejercicio de la libre circulación por los ciudadanos comunitarios: la llamada «discriminación inversa»

10. El fenómeno de la discriminación inversa constituye una consecuencia mediata -y posiblemente inesperada- del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad que el artículo 18 TFUE otorga a los ciudadanos de la Unión¹². Pero la aplicación de este derecho no tiene carácter absoluto, pues su operatividad se restringe a las situaciones que caen dentro del ámbito del ordenamiento comunitario. En efecto, el artículo 18 TFUE prohíbe «toda discriminación de nacionalidad *en el ámbito de aplicación de los Tratados*», lo que tiene como consecuencia que este derecho no resulta aplicable a las situaciones puramente internas, que no presenten conexión alguna con el Derecho comunitario.

11. En el presente caso, el posible riesgo de que se produjera una discriminación inversa derivaba del hecho de que los hijos del Sr. Ruiz Zambrano nunca habían ejercitado su derecho a la libre circulación, habiendo permanecido en su Estado de nacionalidad desde su nacimiento. Como ya vimos, este dato constituye el argumento principal para defender el carácter puramente interno del litigio, y por tanto su exclusión del ámbito de aplicación *rationae materiae* de los Tratados, que constituye un requisito de aplicabilidad del principio de no discriminación. Al tratarse de una situación excluida del ordenamiento comunitario, excluida quedaba también las prerrogativas que éste otorga a los familiares de ciudadanos comunitarios que tengan la nacionalidad de terceros Estados. Tales privilegios derivan indirectamente del estatuto del ciudadano de la Unión, como efecto de la tutela de su derecho de libre circulación y residencia: para poder ejercitarlo de forma efectiva y sin restricciones, debe poder hacerlo también sin limitaciones u obstáculos a su vida personal y familia.

A tal fin se orienta la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹³. Su artículo 3 delimita su ámbito de aplicación, estableciendo que será beneficiario de la misma «*cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él*». Concretamente, para los miembros de la familia de un ciudadano comunitario que sean nacionales de terceros países, la Directiva prevé la expedición de un permiso de residencia permanente de duración ilimitada y automáticamente renovable cada diez años. En el caso del Sr. Ruiz Zambrano y su esposa, al no haberse producido el traslado previo de sus hijos a otro Estado miembro, y no haberlos acompañado ellos por tanto, la oposición estatal se sustentaba sobre la inaplicabilidad al litigio de dicha normativa comunitaria.

12. Pero la contundencia del tenor literal del artículo 18 TFUE ha de matizarse en cuanto a sus consecuencias efectivas, pues así lo ha hecho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dotando al derecho a la no discriminación de un alcance más amplio del que dicha literalidad pudiera hacer pensar. Por ejemplo, afirmando que el hecho de que un ciudadano de la Unión no haya ejercitado su derecho a la libre circulación no permite por sí solo calificar la situación de puramente interna¹⁴.

¹² Antiguo artículo 12 TCE. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 diciembre 2009), la ciudadanía ha pasado a regularse en los artículos 18 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), (versión consolidada en *DOUE C 115* de 9 de mayo de 2008), integrándose también en ese momento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DOUE C 364* de 18 de diciembre de 2000).

¹³ *DOUE L 158* de 30 abril 2004.

¹⁴ En este sentido, STJCE 12 julio 2005, *Schempp*, cit.

A la vista de lo cual, el órgano jurisdiccional belga pregunta al Tribunal de Justicia sobre la función del artículo 18 TFUE en la protección de los particulares contra la discriminación inversa generada por el Derecho comunitario a través de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión. En este punto el Tribunal acude al concepto de ciudadanía de la Unión para sustentar su pronunciamiento, subrayando una vez más que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros¹⁵. Sobre esta base, declara que dicho carácter fundamental impide la adopción de medidas nacionales que conlleve la privación a un ciudadano comunitario «del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto». A partir de este planteamiento, el Tribunal desarrolla un concepto amplísimo de ciudadanía, susceptible de oponerse a cualquier medida que —directa o indirectamente— implique una restricción de los derechos que ésta conlleva. Asimismo, la extensión de dicha noción es mayor por cuanto, como se verá a continuación, el límite a las acciones estatales no se restringe a los derechos contenidos en el estatuto del ciudadano comunitario, sino que se extiende a los que la Carta de Derechos Fundamentales otorga a los ciudadanos de la Unión.

13. Sobre esta doble vía -primacía del disfrute efectivo de los derechos aparejados al estatuto de la ciudadanía y ampliación de tales derechos a los recogidos por la Carta-, el Tribunal declaró que la negativa del Estado belga a conceder un permiso de residencia al Sr. Ruiz Zambrano suponía una restricción del disfrute efectivo de los derechos de sus hijos como ciudadanos de la Unión. ¿Cuál derecho resultaba menoscabado, a juicio del Tribunal? Al contestar a esta pregunta, el órgano jurisdiccional evidencia su interpretación extensiva del concepto de ciudadanía, una extensión que lo es doblemente por cuanto esta noción se transforma en la vía a través de la cual un nacional no comunitario accede al permiso de residencia y trabajo.

Así, para el TJUE la no concesión del permiso de residencia a su progenitor implicaría que los menores, ciudadanos de la Unión, deberían abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, la no expedición correlativa de un permiso de trabajo crearía el riesgo de que la falta de medios de subsistencia en la Unión Europea lo lleve a abandonar su territorio junto con sus hijos, con idéntica consecuencia: la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión. Con este razonamiento, el Tribunal realiza una interpretación amplia y de futuro: no se ha vulnerado aún ningún derecho de un ciudadano de la Unión, ni siquiera limitado su ejercicio, pero existe el riesgo de que los que integran su estatuto se vean obstaculizados, de cumplirse las hipótesis que el órgano judicial adelanta. Ante el peligro de que dicho riesgo se convierta en un daño real, el Tribunal adelanta la barrera protectora del Derecho comunitario y declara no conforme al mismo la negativa de las autoridades belgas a conceder el permiso de residencia y trabajo, una decisión puramente estatal cuya adopción en principio tan solo compete al Estado belga.

14. En cierto modo, esta argumentación viene a reiterar el planteamiento desarrollado por la STJUE de 19 de octubre de 2004, en el asunto *Zhu y Chen*. Allí, el Tribunal se opuso a que se denegara a una nacional extracomunitaria, ciudadana comunitaria que dependía de su cuidado efectivo y económico, la posibilidad de residir junto a su hija en el Estado miembro de acogida¹⁶. Su planteamiento descansaba sobre un dato jurídico: el derecho de residencia que el artículo 18 TCE (actual artículo 21 TFUE) otorga a los ciudadanos comunitarios. Sobre esta base, resultó entonces evidente para el Tribunal —y vuelve a serlo en el asunto Ruiz Zambrano— que el disfrute de un derecho de residencia por un

¹⁵ Apartado 41 de la sentencia, que reitera los pronunciamientos contenidos en la STJCE 20 septiembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre Public d'Aide Sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 184/99, *Rec.* 2001, p. 6193; STJCE 17 septiembre 2002, *Baumbast y R c. Secretary of State for Home Department*, 413/99, *Rec.* 2002, p. 7091; STJCE 2 octubre 2003, *Carlos García Avello c. État Belge*, 148/02, *Rec.* 2003, p. 11613; y STJCE 2 marzo 2010, *Rottmann*, cit.

¹⁶ La madre de Catherine Zhu, de nacionalidad china, obtuvo un derecho de residencia derivado de la nacionalidad irlandesa de su hija, adquirida por su nacimiento en Belfast conforme a la normativa irlandesa sobre nacionalidad, sin que ello implicara también la atribución de la nacionalidad británica. Madre e hija se habían trasladado posteriormente a Cardiff (Reino Unido), ejercitando con ello el derecho a la libre circulación concedido a los ciudadanos comunitarios y por extensión, a sus familiares nacionales de terceros Estados.

menor comunitario conlleva aparejado su derecho a estar acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo. La consecuencia de este pronunciamiento es inmediata: la persona a cuyo cargo se encuentra un ciudadano comunitario de corta edad debe poder residir con éste en el Estado miembro de acogida¹⁷. En otras palabras, el TJUE reconoció la posibilidad de extender a un nacional de un tercer Estado del derecho de residencia que el artículo 18 TCE otorga a los ciudadanos de la Unión, medida que ese mismo año generalizaría la Directiva 2004/38/CE.

15. Pero existe una diferencia esencial entre el asunto *Zhu y Chen* y el caso Ruiz Zambrano: en el primero se había dado un previo ejercicio del derecho a la libre circulación por parte de una ciudadana comunitaria, mientras que en el segundo los pequeños ciudadanos comunitarios no habían residido jamás en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad. Como vimos, para los Estados parte en el procedimiento, esta circunstancia convertía el litigio en un asunto puramente interno, excluido del ámbito de acción del ordenamiento comunitario. Entran aquí en juego, por tanto, las consideraciones realizadas en torno a la denominada discriminación inversa: la ausencia de un ejercicio previo de un derecho aparejado al estatuto de ciudadano de la Unión puede situar a su titular en una situación de inferioridad respecto a quienes sí lo han hecho, al privarle de la efectiva protección de sus derechos que le brinda el ordenamiento comunitario.

16. Volviendo al problema de la discriminación inversa, se la ha considerado una anomalía respecto de la aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, pues se da la paradoja de que el nacional de un Estado puede verse discriminado respecto de un nacional de ese mismo Estado por el simple hecho de que su concreta situación no entre en el ámbito de aplicación de los Tratados comunitarios, mientras que sí lo hacen las de otros compatriotas¹⁸. El resultado es que un Estado puede llegar a discriminar a sus propios nacionales respecto de otros nacionales o de nacionales de otros Estados miembros que se amparan en el ejercicio de alguna libertad comunitaria, pues en el primer caso no resulta aplicable la prohibición de discriminación contenida en el artículo 18 TFUE.

Pero en el asunto Ruiz Zambrano el TJUE ha puesto coto a esta consecuencia, reforzando una consideración ya propuesta por el Abogado General Jacobs en el asunto C-274/96, *Bickel y Franz*: que «la no discriminación por razón de la nacionalidad es el derecho más fundamental conferido por el Tratado, y debe considerarse un elemento básico de la ciudadanía de la Unión»¹⁹. La sentencia Ruiz Zambrano confirma esta impresión, como veremos, al elevar a la categoría de estatuto primordial del ciudadano de la Unión los derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales²⁰. Se aprecia aquí un avance en lo que constituye una «*jurisprudencia audaz*» del TJUE²¹, que viene ampliando el ámbito de aplicación de los derechos de la ciudadanía -como la libre circulación o la no discriminación por razón de nacionalidad-, que de este modo trascienden la frontera que a su ejercicio marcó en un principio el requisito de que la situación controvertida estuviera dentro del ámbito del ordenamiento comunitario, excluyendo así las situaciones puramente internas, que permanecían sometidas al único imperio de las respectivas normativas estatales.

¹⁷ Vid. también la STJCE 17 septiembre 2002, *Baumbast y R.*, cit., apartados 71 a 75.

¹⁸ J.D. JANER TORRENS, «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 14, enero-abril 2003, p. 308.

¹⁹ Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 19 de marzo de 1998, asunto C-274/96, *Horst Otto Bickel y Ulrich Franz*, Rec. 1998 p. 7637, apartado 24.

²⁰ Como indican J.I. UGARTEMENDÍA y D. SARMIENTO, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es posible deducir la «ausencia de una conexión (al menos directa) entre la ciudadanía europea y los derechos fundamentales», no obstante la cual, el Tribunal viene desarrollando una interpretación que los aproxima cada vez más, ofreciendo la tutela del Derecho comunitario sobre algunos derechos fundamentales aun cuando su ejercicio no incida de forma directa sobre las libertades comunitarias («La protección de los derechos fundamentales del ciudadano europeo en tránsito. ¿Cuestión interna o comunitaria?», *InDret* 1/2008, p. 5).

²¹ E. PATAUT, «Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique», *Revue trimestrielle de droit européen*, N. 3, jul.-sept. 2010, p. 619.

17. Consciente de las negativas consecuencias que genera la denominada discriminación inversa, el Tribunal ha ido modificando sus apreciaciones de principio sobre esta cuestión, expandiendo progresivamente el conjunto de situaciones que caen dentro de la esfera de protección del derecho comunitario. Situaciones que en otra época hubieran sido calificadas de puramente internas y excluidas por ello de la protección que el ordenamiento comunitario otorga a los derechos de sus ciudadanos. Esta interpretación inicial puede verse en reiteradas decisiones del Tribunal²², que no obstante a partir de la década de los noventa inicia la elaboración de una interpretación expansiva del artículo 12 TCE (actual art. 18 TFUE), extendiendo su operatividad sobre situaciones no estricta o específicamente relativas al ejercicio de las libertades del Tratado, con la consiguiente incidencia en el ámbito de las competencias retenidas por los Estados²³.

En el asunto Ruiz Zambrano, el Tribunal resuelve, sin citarlo expresamente, el problema de la discriminación inversa a través de esta interpretación expansiva que de los derechos de los ciudadanos comunitarios viene haciendo su jurisprudencia. Aquí la tutela de tales derechos se extiende a unos titulares —los hijos del Sr. Ruiz Zambrano— que no han ejercido aún ninguno de ellos, manteniéndose por tanto dentro de las fronteras territoriales y jurídicas del Estado belga. Pese al carácter interno de dicha situación, el Tribunal utiliza su condición de ciudadanos de la Unión como instrumento de protección frente a una medida estatal —la denegación del permiso de residencia y trabajo a su progenitor— que puede imposibilitar el ejercicio futuro sus derechos como ciudadanos comunitarios. De este modo, la ciudadanía se convierte en la herramienta que permite al TJUE salvar el alegado carácter interno del conflicto, transformándose en un inesperado escudo del ciudadano de la Unión frente a una medida adoptada por su Estado de nacionalidad²⁴.

18. A partir de la sentencia Ruiz Zambrano, resulta más difícil imaginar qué situaciones habrán de ser respetadas por el Tribunal como sometidas a la única competencia de los Estados miembros, pues el concepto expansivo que de la ciudadanía acuña dicha decisión es susceptible de dar entrada —literalmente, en las fronteras físicas de cada Estado— a la tutela comunitaria de los derechos que conforman su estatuto. Igualmente, ya no ha de resultar tan incuestionable que, en los supuestos estrictamente internos, un Estado miembro dispense a sus propios nacionales un tratamiento distinto del otorgado a los nacionales de otros Estados miembros o a sus propios nacionales que hayan ejercitado alguna libertad comunitaria, pues ello constituiría una manifestación de la implícitamente proscrita discriminación inversa.

Se aprecia aquí una evolución «*tan coherente como inevitable*»²⁵ de la jurisprudencia comunitaria sobre esta cuestión, que en su momento llevó al TJUE a declarar el efecto directo del artículo 21 TFUE. Así lo manifestó en la sentencia *Baumbast*, reconociendo un derecho autónomo de libre circulación a los particulares no activos económicamente²⁶. Se desvincula así el efectivo disfrute de los

²² La STJCE 30 mayo 1989, *Comisión c. Grecia*, 305/87, *Rec.* 1989, p. 1461, el Tribunal de Justicia señaló que el artículo 12 TCE está destinado «*a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones regidas por el Derecho comunitario para las cuales el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación*» (p. 1477, apartado 13). Por su parte, la STJCE 15 enero 1986, *Hurd c. Jones*, 44/84, *Rec.* 1986, p. 29, señaló que «*el principio de no discriminación consagrado por el artículo 7 del Tratado CEE [actual artículo 12] (...) no puede ser aplicados a situaciones puramente internas de un Estado miembro que no presenten ningún vínculo de relación con una cualquiera de las situaciones previstas por el Derecho comunitario*» (p. 85, apartado 55).

²³ J.I. UGARTEMENDÍA y D. SARMIENTO, «La protección de los derechos fundamentales...», cit., p. 7.

²⁴ En este punto, el Tribunal de Justicia parece aceptar finalmente una línea argumental ya marcada por el Abogado General Jacobs en el asunto *Konstantinidis* (STJCE 30 marzo 1993, *Christos Konstantinidis*, 168/91, *Rec.* 1993, p. 1191). En esencia, que un nacional comunitario que se encuentra en otro Estado miembro debe estar protegido por los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario por el hecho de ser un *ciudadano europeo*. Sobre las implicaciones de esta consideración, *vid.* J.I. UGARTEMENDÍA y D. SARMIENTO, «La protección de los derechos fundamentales...», cit., pp. 5-6.

²⁵ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, apartado 125.

²⁶ STJCE 17 septiembre 2002, *Baumbast y R*, cit. Sobre esta decisión, señala D. SARMIENTO que en ella el Tribunal de Justicia estableció lo que hasta entonces muy pocos daban por válido: que el art. 18 TCE tiene efecto directo, pudiendo ser invocado por todos los sujetos que ejerzan la libre circulación ante todos los tribunales de los Estados miembros, pese a que hasta ese momento parecía que este derecho sólo era titularidad de quienes desarrollasen una actividad económica («A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 26, abril/junio 2000, pp. 218-219).

derechos de la ciudadanía del componente económico que tradicionalmente venía aparejado a ellos, consecuencia de la originaria estructura de la Comunidad Europea como un mercado unificado. Los ciudadanos ya no son meros factores económicos de producción, y la conversión de dicho mercado en una verdadera Unión Política vuelve incoherente y desproporcionada toda exigencia de actividad económica sus ciudadanos, ligados a la Unión por un vínculo político y verdaderos titulares de derechos fundamentales. Sobre este punto, señala S. DE LA ROSA que esta consagración del efecto directo de dicho derecho ha favorecido la construcción de una jurisprudencia específica en materia de ciudadanía, subrayando las trascendentes consecuencias de esta línea interpretativa para la «*emancipación*» de los derechos del estatuto del ciudadano de la Unión²⁷.

La realidad actual de la Unión Europea es la coexistencia de unidades familiares diferentes, compuestas únicamente por ciudadanos comunitarios o integradas por éstos y nacionales de terceros Estados. Si los componentes de unas y otras familias no reciben el mismo trato que las de los ciudadanos comunitarios que han ejercido su derecho a la libre circulación, se corre el riesgo de privar a tal derecho de cualquier contenido real²⁸. A ello se añade el reconocimiento de amplios derechos fundamentales por parte del ordenamiento comunitario, que determina que el ejercicio de los derechos de la ciudadanía deba enfocarse desde la protección de tales derechos fundamentales.

Una consecuencia de esta nueva perspectiva es considerar desproporcionada la exigencia de un ejercicio efectivo y previo de los derechos de la ciudadanía para poder reclamar su tutela. En otras palabras, los ciudadanos comunitarios residentes en su país de origen que no han circulado jamás por el territorio comunitario se encuentran en una situación de desprotección respecto de quienes sí lo han hecho —que pueden reclamar la efectiva tutela de sus derechos comunitarios—, con la consiguiente vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

19. Como se ha indicado, la jurisprudencia comunitaria más reciente se muestra ya sensible a esta cuestión, venciendo su tradicional reticencia a abordarla, por considerar una competencia de los Estados miembros²⁹. Así, ha comenzado ya el Tribunal de Justicia a establecer decisiones correctoras, en lugar de dejar a los Estados miembros -como venía haciendo- la tarea de evitar la producción de esta consecuencia contraria al art. 18 TFUE³⁰. Así se aprecia en las sentencias *Carpenter*³¹, *Zhu y Chen*, y *Metock*³². En esta última, el Tribunal de Justicia admitió que era preciso reconsiderar su jurisprudencia

²⁷ «La citoyenneté européenne à la mesure des intérêts nationaux: a propos de l'arrêt Förster», *Cahiers de droit européen*, N. 3-4, 2009, pp. 549-568, esp. pp. 551-554.

²⁸ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, apartado 128.

²⁹ S. HAMMAMOUN Y N. NEUWAHL, «Le droit de séjour du conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union dans le cadre de la directive 2004/38 (CJCE, affaire *Metock*, C-127/08)», *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 1, Janvier/Mars 2009, p. 101.

³⁰ Esta línea jurisprudencial sostenía que el Derecho de la Unión no ofrece solución alguna al problema de la discriminación inversa. En este sentido, vid. STJCE 1 abril 2008, *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, 212/06, *Rec.* 2008, p. 1683, apartado 33; STJCE 25 julio 2008, *Blaise Baheten Metock y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 127/08, *Rec.* 2008, p. 6241, donde el Tribunal declaró que la eventual diferencia de trato entre los ciudadanos de la Unión, en relación con la entrada y la residencia de los miembros de sus familias procedentes de Estados terceros, en función de si tales ciudadanos de la Unión han ejercido anteriormente su libertad de circulación, se considera una cuestión excluida del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (apartado 78).

³¹ STJCE 11 julio 2002, *Carpenter*, 60/00, *Rec.* 2000, p. 6979. Como indica D. SARMIENTO, en este litigio la vinculación con el ordenamiento comunitario resultaba algo débil, ya que el ciudadano comunitario, nacional británico, que reclamaba la no expulsión del territorio británico de su esposa filipina, residía y trabajaba en el Reino Unido, viajando sólo ocasionalmente a otros Estados miembros para visitar algún cliente. Pero para el Tribunal, esta exigua vinculación «*quedaba compensada por el hecho de que existía un derecho fundamental en juego: el derecho fundamental a la intimidad familiar, convertido en principio general del derecho comunitario*» («A vueltas con la ciudadanía...»), cit. p. 222).

³² STJCE 25 julio 2008, *Metock y otros*, 127/08, *Rec.* 2008, p. 6241. Sobre esta decisión, vid. S. HAMMAMOUN Y N. NEUWAHL, «Le droit de séjour...», cit., pp. 91-104, donde los autores lamentan la ocasión perdida en este asunto por el Tribunal para haber explorado todas las posibilidades de la Directiva 2004/38. Frente a ello, se contentó con hacer alusión al artículo 8 CEDH, y evitó pronunciarse sobre la discriminación indirecta aparejada a la aplicación del derecho comunitario. De este modo, dejó pasar la oportunidad de «*efectuar un deslizamiento hacia un derecho de reagrupación familiar basado en la noción de ciudadanía europea*» (p. 104), una oportunidad que finalmente ha aprovechado en el asunto Ruiz Zambrano.

anterior³³, de forma que el beneficio del derecho de residencia para el cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión no puede hacerse depender de que dicho ciudadano haya ejercitado previamente su derecho a la libre circulación y residencia.

20. Sin embargo, no en todas sus decisiones se ha mostrado el Tribunal tan taxativo respecto a este punto, admitiendo en ocasiones la diferenciación entre ciudadanos comunitarios que ejercen su derecho a la libre circulación y aquellos que no lo han hecho. De hecho, la sentencia Ruiz Zambrano no se basa únicamente -ni siquiera de forma primordial- en la proscripción de la discriminación inversa, sino en el efectivo disfrute de derechos fundamentales reconocidos por la Carta, como veremos a continuación. No estamos, por tanto, ante una argumentación concluyente y aplicable en todo supuesto potencial de discriminación inversa, como evidencia la STJUE de 5 de mayo de 2011, dictada en el asunto *McCarthy*. De ella se deduce que, pese a este incipiente cambio de orientación jurisprudencial, el Tribunal de Justicia está aún lejos de haber zanjado los problemas ocasionados por la discriminación inversa que genera la interacción de las disposiciones comunitarias sobre ciudadanía y los derechos estatales.

El supuesto de hecho que dio lugar a este litigio es el siguiente: la Sra. McCarthy posee la doble nacionalidad británica e irlandesa, aunque ha residido toda su vida únicamente en el Reino Unido. Casada con un nacional jamaicano, éste no tenía derecho, según la normativa británica sobre extranjería, a residir en el Reino Unido. Para obtener dicha autorización, la Sra. McCarthy reclamó al Reino Unido un derecho de residencia para sí misma en dicho país, y el correlativo derecho de residencia derivado para su cónyuge; y ello, alegando su nacionalidad irlandesa y su condición de ciudadana de la Unión. Se trataba, en consecuencia, de dilucidar si una persona nacional de dos Estados miembros, que únicamente ha residido en uno de ellos, puede invocar ante dicho Estado el Derecho comunitario para obtener en ese país un derecho de residencia para sí y para su cónyuge, nacional de un tercer Estado.

En sus consideraciones iniciales, el Tribunal declaró, como ya vimos, que no cabía calificar esta situación de puramente interna por el solo hecho de que la Sra. McCarthy no hubiera ejercitado nunca su derecho a la libre circulación. Pero, de forma algo incoherente, a continuación admite que el litigio queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38/CE, cuyo artículo 3.1 constituía el fundamento de la petición de la reclamante. Y ello, porque que la citada Directiva no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro. No olvidemos que el objetivo de la Directiva 2004/38/CE es facilitar a los ciudadanos de la Unión la libre circulación en el territorio de los Estados miembros.

Llegados a este punto, cabría plantearse la posibilidad de extender a este supuesto el derecho a la libre circulación consagrado en el artículo 21 TFUE, sobre la base de su declarado efecto directo por el Tribunal de Justicia en otras ocasiones. Sin embargo, el propio Tribunal rechaza tal posibilidad, manifestando que dicho precepto no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro. Pero ello, con una salvedad: que la situación de ese ciudadano «no implique la aplicación de medidas de un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»³⁴.

En el presente caso, frente a lo sentenciado en el asunto Ruiz Zambrano, el Tribunal estimó que no se producía sobre la Sra. McCarthy dicha privación de derechos ni se obstaculizaba en modo alguno

³³ Sentada principalmente en la STJCE 23 septiembre 2003, *Secretary of the State for the Home Department c. H. Akrich*, 109/01, Rec. 2003, p. 9607, donde declaró que «para poder disfrutar de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión» (apartado 50). Como indica la Abogada General Sharpston en sus conclusiones al asunto Ruiz Zambrano (apartado 138), pocos años más tarde, el Tribunal de Justicia reconoció que la jurisprudencia *Akrich* tenía que reconsiderarse, particularmente a la luz de la STJCE 25 julio 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Belgian State*, 459/99, Rec. 2002, p. 6591 y STJCE 29 octubre 1998, *Comisión/España*, 114/97, Rec. 1998, p. 6717.

³⁴ Apartados 56, 57 y 59 de la sentencia.

su derecho a la libre circulación y residencia. Así, pese a que en el primer asunto el Tribunal parece profundizar en una incipiente jurisprudencia que infiere de la ciudadanía de la Unión una prohibición de discriminación de los nacionales³⁵, en el segundo caso no lo estimó así, declarando la ausencia de una conexión suficiente entre el litigio y el ordenamiento comunitario que permitiera dicha interpretación, pese a la ciudadanía comunitaria ostentada por la Sra. McCarthy. Al contrastar la sentencia McCarthy con el pronunciamiento del TJUE en el asunto Ruiz Zambrano, surgen ciertas dudas, por tratarse de situaciones sustancialmente idénticas -ciudadanos comunitarios que no habían ejercitado previamente ninguno de sus derechos como tales- pero con elementos divergentes -minoría de edad de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano y por tanto, dependencia económica respecto de sus progenitores.

21. ¿No supone una restricción -si no una privación- del ejercicio efectivo del derecho de residencia en la Unión Europea la denegación del permiso de residencia al cónyuge no comunitario de un ciudadano comunitario? ¿Por qué, siendo ambos supuestos similares en lo esencial, sí implica una discriminación por razón de nacionalidad la no concesión del permiso de residencia al progenitor no nacional de un Estado miembro y no se considera así en el caso del cónyuge no nacional de un país comunitario? En el asunto McCarthy, el Tribunal entendió que no cabía extender el derecho del artículo 21 TJUE a una persona vinculada por lazos familiares a una nacional comunitaria, mientras que en la sentencia Ruiz Zambrano fue precisamente la vinculación familiar con dos ciudadanos comunitarios la que permitió a un nacional extracomunitario acceder al derecho de residencia en la Unión Europea.

En el primero se daban los elementos necesarios para considerar que se daba una situación de discriminación inversa; en el segundo, no concurrían dichos elementos: ¿dónde radica tal diferencia? Quizá no resulte aventurado conjeturar que en el asunto Ruiz Zambrano el elemento que inclinó de forma definitiva la decisión del tribunal en el sentido ya visto fue la consideración de la posible afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos comunitarios implicados. En efecto, como veremos a continuación, gran parte de su pronunciamiento se sustenta sobre la necesaria tutela que a tales derechos debe otorgar el ordenamiento comunitario, por mandato de la Carta de los Derechos Fundamentales. Frente a esta interpretación cabe alegar, evidentemente, que la Sra. McCarthy era titular de los mismos derechos fundamentales recogidos en la Carta. Aun admitiendo dicha objeción, dos matices se imponen: por una parte, que la cuestión prejudicial en absoluto venía orientada bajo esa perspectiva; por otra, el hecho de que al Reino Unido no le resulte aplicable la Carta de los Derechos Fundamentales³⁶.

En efecto, recordemos que la primera cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia en el asunto Ruiz Zambrano versaba justamente sobre el alcance de los derechos consagrados en los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales: el derecho a la no discriminación³⁷, los derechos

³⁵ Sobre esta línea jurisprudencial, *vid.* E. SPAVENTA, «Seeing the Wood despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects», *Common Market Law Review* 45, 2008, pp. 30-39.

³⁶ *Vid.* Protocolo anejo al Tratado de Lisboa, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido (BOE de 27 noviembre 2009), que dispone que la Carta no tiene fuerza vinculante en cuanto a los derechos que no se reconocen en ambos países. Artículo 1: «1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma. 2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional».

³⁷ Artículo 21. No discriminación. «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares».

de la infancia³⁸ y derecho a la seguridad social y a la asistencia social³⁹. Por el contrario, las presentadas en el caso McCarthy obviaban toda referencia a los derechos fundamentales⁴⁰, limitándose a inquirir al Tribunal por el ámbito de aplicación de los artículos 3.1 y 16 de la Directiva 2004/38/CE. Ello permite introducir aquí este matiz, pues tras el pronunciamiento de la sentencia Ruiz Zambrano subyace en esencia la efectiva tutela de los invocados derechos fundamentales. Asimismo, y en coherencia con su falta de mención por el tribunal británico, debe reiterarse que al Reino Unido no le resulta de aplicación el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales, pese a los ruegos del Parlamento Europeo en tal sentido⁴¹. No hay, por tanto, en el presente caso, base jurídica para sustentar respecto de la Sra. McCarthy una doctrina similar a la elaborada en la sentencia Ruiz Zambrano⁴². Veamos, pues, cuál es el alcance que en dicha decisión adquieren los derechos fundamentales invocados.

2. Los derechos fundamentales como derechos subyacentes a la ciudadanía de la Unión

22. Aprobada por el Parlamento Europeo el 29 de noviembre de 2007, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴³ posee el mismo valor jurídico que los Tratados⁴⁴, y la misión de

³⁸ Artículo 24. «1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

³⁹ Artículo 34. Seguridad social y ayuda social. «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

⁴⁰ Salvando la somera mención al derecho de circulación y residencia en el territorio comunitario (art. 45 de la Carta), que el Tribunal enjuicia desde la perspectiva del correlativo artículo 21 TFUE.

⁴¹ Que en su Decisión de 29 de noviembre de 2007 pidió «encarecidamente a Polonia y al Reino Unido que hagan todos los esfuerzos para poder llegar finalmente a un consenso sobre la aplicación sin restricciones de la Carta» (Decisión sobre la aprobación por el Parlamento Europeo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE C 297 de 20 noviembre 2008).

⁴² Y en el asunto *Carpenter*, con el que presenta una mayor similitud (*vid. supra* nota 31), cabe sostener que en el caso de la Sra. McCarthy pudiera estar en riesgo el derecho a la vida privada y familiar consagrado por el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales, pues la no concesión a su marido jamaicano del derecho a residir en el Reino Unido suponía un obstáculo de considerable entidad para el efectivo ejercicio de tal derecho. Comparando ambas decisiones, además del dato apuntado relativo a la no vinculación para el Reino Unido de la Carta, otra divergencia surge con fuerza: en la sentencia *Carpenter*, el Tribunal defendió a ultranza la vinculación del asunto con el Derecho comunitario -pese a lo cuestionable de dicha afirmación-, mientras que en la sentencia McCarthy se muestra igualmente tajante en el sentido opuesto, declarando la ausencia de vinculación con el ordenamiento comunitario por la falta de ejercicio del derecho a la libre circulación, sin que surja dicha relación porque la ciudadana comunitaria posea las nacionalidades de dos Estados miembros.

⁴³ DOUE C 83 de 30 marzo 2010.

⁴⁴ Artículo 6.1 TUE: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones». Con esta declaración, el Tratado de Lisboa introdujo finalmente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si bien no incorporando el texto de la Carta, sino remitiéndose a la misma y asimilando su valor jurídico al de los Tratados. Al respecto, indica A. TORRES PÉREZ que con esta fórmula, «la aparición de la Carta en el escenario del derecho originario no se produce por la puerta grande, sino por remisión (...) en línea con el esfuerzo de 'desconstitucionalización' del Tratado de reforma después del fracaso del proyecto constitucional» (*cfr.* «La dimensión estructural de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 67, septiembre-diciembre 2003, pp. 253-297, en p. 253).

velar por su efectivo disfrute y protección queda atribuida al Tribunal de Justicia⁴⁵. La Carta constituye una recopilación de los derechos que hasta entonces se encontraban dispersos en diferentes normativas, como legislaciones estatales y comunitarias y convenios internacionales. Entre otras consecuencias, su sistematización en este instrumento ha tenido el efecto de dotar a estos derechos de claridad y visibilidad, con el consiguiente incremento de la seguridad jurídica que ello conlleva.

Los derechos que consagra se encuentran divididos en seis capítulos, atribuyéndose expresamente a los ciudadanos de la Unión la titularidad de los recogidos en el capítulo V, que es casi una reproducción exacta de los ya establecidos desde el origen por el Tratado de Maastricht⁴⁶. Los restantes derechos son atribuidos a «toda persona», lo que se ha calificado de «*transferencia simbólica*» de los derechos humanos bajo la lógica propia de la construcción comunitaria⁴⁷. De acuerdo con ella, de los derechos fundamentales recogidos en la Carta son beneficiarios todos aquellos que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, sin que la posesión del título de ciudadano de la Unión sea un requisito para su disfrute.

23. Sin embargo, la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia -y la correlativa orientación que éste dio a su pronunciamiento- vinculan ambos estatutos: el de titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta a «toda persona» y el de ciudadano de la Unión, con los específicos derechos que lo integran. En concreto, la segunda cuestión prejudicial se refería a las consecuencias y extensión de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 21, 24 y 34 de la Carta en relación con los reconocidos por los artículos 12, 17 y 18 TCE a los ciudadanos comunitarios. De la respuesta dada por el Tribunal, cabe afirmar que la extensión al Sr. Ruiz Zambrano del derecho de sus hijos menores a residir en territorio belga se sustenta jurídicamente sobre la conjunción de dos consideraciones: la prohibición de la discriminación inversa, en los términos ya vistos, y la tutela efectiva de los derechos fundamentales controvertidos.

Sobre este planteamiento, el Tribunal vuelve a reiterar en su decisión final que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Y pese a constituir este aserto una ratificación de pronunciamientos anteriores⁴⁸, la novedad radica en el amplio alcance que en esta ocasión otorga el Tribunal a dicho estatuto, permitiendo que el disfrute de algunos de sus derechos se propague al progenitor de sus titulares directos, los hijos del Sr. Ruiz Zambrano, que son quienes ostentan la ciudadanía de la Unión. Para el Tribunal, no permitir dicha expansión podría suponer una lesión del efectivo disfrute de unos ciudadanos comunitarios de sus derechos como tales.

Como en el caso de la sentencia Rottmann, el Tribunal declara aquí que el artículo 20 TFUE⁴⁹ impide la adopción de medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos comunitarios del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión⁵⁰. Pero a diferencia de aquel asunto, aquí dicha privación no es directa e inmediata -como en el caso del Sr. Rottmann, que al perder su nacionalidad alemana perdía también su condición de ciudadano comunitario, amén de devenir apátrida-, sino que tiene carácter indirecto, pues la imposibilidad para el padre de

⁴⁵ Ex artículo 263 TFUE, que establece su competencia en materia de «*violación de los Tratados*», que resulta aplicable a las posibles vulneraciones de derechos fundamentales por efecto de la mencionada equiparación de la Carta a los Tratados por lo que respecta a su valor jurídico.

⁴⁶ Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales, derecho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos, Defensor del Pueblo Europeo, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia, protección diplomática y consular. Todos ellos derechos originarios de la ciudadanía de la Unión, con la salvedad del derecho a una buena administración, que fue introducido por el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 (DOUE C 80 de 10 marzo 2001).

⁴⁷ H. GAUDIN, «Citoyenneté européenne et droits fondamentaux», *Revue des Affaires Européennes*, année 15, n.1, 2006, p. 84.

⁴⁸ STJCE 20 septiembre 2001, *Rudy Grzelczyk y Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 184/99, Rec. 2001, p. 6193 (apartado 31); STJCE 17 septiembre 2002, *Baumbast y R*, cit. (apartado 82); STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*, cit. (apartado 21) y STJCE 2 marzo 2010, *Rottmann*, cit. (apartado 43).

⁴⁹ «1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla».

⁵⁰ Vid. apartado 42 de la sentencia *Rottmann*.

residir y trabajar en Bélgica «conlleva el riesgo» de que sus hijos tengan que abandonar dicho país, no obstante ser nacionales del mismo⁵¹. Para evitar dicha indeseada -e hipotética- consecuencia, el Tribunal extiende al padre el derecho de sus hijos a residir en territorio comunitario, una decisión que convierte a un nacional no comunitario en garante del efectivo disfrute por parte de ciudadanos comunitarios de sus derechos como tales.

24. En esta considerable ampliación de los derechos aparejados al estatuto de la ciudadanía de la Unión ha tenido un papel nada desdeñable la circunstancia de que los derechos fundamentales planeasen bajo todo el litigio. No estaban aquí en cuestión únicamente los derechos integrantes del estatuto de ciudadano comunitario, sino los elevados a la categoría de derechos fundamentales por efecto de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta: el derecho a la no discriminación, los derechos de la infancia y derecho a la seguridad social y a la asistencia social. Para el Tribunal, el efectivo disfrute de tales derechos por hijos del Sr. Ruiz Zambrano depende directa e ineludiblemente de su efectiva presencia en territorio belga y de la necesaria capacidad de subsistencia de sus progenitores⁵².

Esta perspectiva deriva del planteamiento que de la cuestión realiza el tribunal belga, al inquirir sobre el papel que juegan los derechos fundamentales al determinar el ámbito de aplicación de los artículos 20 y 21 TFUE. La amplitud y generosidad de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a esta cuestión resulta acorde con su trayectoria respecto a la tutela -e incluso, consagración- de los derechos fundamentales⁵³. Así, el Tribunal enarbola el estatuto de los menores ciudadanos comunitarios como instrumento para oponerse a la adopción de medidas nacionales que puedan llegar a privarles del «*disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión*». Aun sin mencionarlos expresamente, en el pronunciamiento del Tribunal subyace la toma en consideración de los derechos fundamentales cuya titularidad también ostentan los ciudadanos comunitarios.

En este punto, el Tribunal parece seguir la senda apuntada por el Abogado General Poiares Maduro en el asunto *Centro Europa*⁵⁴, donde se mostraba partidario de potenciar la relación entre la ciudadanía y los derechos fundamentales, con el fin de dar auténtico sentido a la ciudadanía de la Unión⁵⁵. En este supuesto -como en el asunto Ruiz Zambrano- el hecho de que se tratase de una situación interna no bastaba, a juicio del Abogado General, para impedir la intervención del Derecho comunitario, pues el factor que debe activarla no es la aplicación *rationae materiae* de los Tratados, sino la constancia de una violación grave y reiterada de derechos fundamentales, susceptible de causar una infracción de la libre circulación⁵⁶.

⁵¹ Apartado 44: «(...) debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, ésta corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá también como consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de ésta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión».

⁵² Así se deduce del pronunciamiento contenido en el apartado 43 de la sentencia: «la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto» [privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión].

⁵³ En efecto, como recuerda M. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, pese a que habitualmente a la enunciación de un catálogo de derecho sigue el establecimiento de su garantía jurisdiccional, en el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, «los acontecimientos se han producido al revés»: la garantía jurisdiccional ha precedido a la elaboración de un catálogo escrito de derechos fundamentales, y el TJUE ha llevado a cabo durante cuarenta años una protección paradigmática de los derechos al no contar con un instrumento específico de reconocimiento. Para la autora, durante este período, precisamente la inexistencia de un catálogo de derechos fundamentales obligó al Tribunal de Justicia a dispensar una «*protección pretoriana, de pura custodia de los derechos*» («La protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15, 2º semestre 2008, pp. 216-218).

⁵⁴ STJCE 31 enero 2008, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni y Direzione Generale Autorizzazioni e Concessioni Ministero delle Comunicazioni*, 380/05, *Rec.* 2005, p. 349.

⁵⁵ D. SARMIENTO, «A vueltas con la ciudadanía europea...», cit., p. 226.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 227.

25. Este planteamiento, unido al pronunciamiento en el asunto Ruiz Zambrano obliga a subrayar un dato: la libre circulación no es sólo un derecho de la ciudadanía (art. 21 TFUE), sino también un derecho fundamental⁵⁷. La segunda consideración permite otorgarle un contenido más extenso e incondicionado, de forma que no admita las restricciones a las que como derecho aparejado al estatuto jurídico del ciudadano puede estar sometido. No cabe, por tanto, exigir su previo ejercicio para poder invocar los efectos que el propio derecho lleva aparejado, como es eliminar toda limitación a su -efectivo o eventual- ejercicio. Ello permite obviar las restricciones que la Directiva 2004/38/CE establece en cuanto a su ámbito de aplicación, pues resultarían incompatibles con el carácter absoluto de la libre circulación como derecho fundamental.

III. Conclusiones

26. Como punto de partida, recordemos que la primera decisión prejudicial presentada por el *Tribunal du travail* de Bruselas se refería al alcance del derecho de residencia de nacionales de un Estado tercero progenitores de dos menores ciudadanos de la Unión que no habían salido de su Estado miembro de origen. Surgía así la cuestión de determinar si la intervención del Derecho comunitario en este caso debía depender del previo ejercicio por parte de los menores de su derecho a la libre circulación, como requisito para considerar a sus progenitores destinatarios de la Directiva 2004/38/CE, cuyo artículo 3.1 la declara aplicable a los familiares de un ciudadano comunitario que se traslade o resida en un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad.

Al resolver esta pregunta, el Tribunal de Justicia avanza en la senda marcada por su previa jurisprudencia sobre el efecto directo del artículo 21 TFUE. No sólo configura un derecho libre circulación autónomo, desvinculado de toda actividad económica, sino que prescinde además de la exigencia de su previo ejercicio para poder invocar su tutela. Interesa señalar, como recordaba el propio *Tribunal du travail* belga, que la libre circulación ha sido elevada a la categoría de derecho fundamental por efecto del artículo 45 de la Carta. Sin duda, este dato ha sido tenido en cuenta por el TJUE, que configura una amplísima protección de este derecho, articulado en una tutela preventiva y de futuro, que impide la adopción de medidas estatales «potencialmente susceptibles» de obstaculizar su ejercicio.

27. De este modo, en el asunto Ruiz Zambrano el TJUE viene a declarar que el ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la Unión no es requisito *sine qua non* para invocar su tutela. Ello implica dotar al concepto de ciudadanía de dos notas que originariamente no poseía: amplitud e independencia. Amplitud, por la magnitud que los efectos de su protección pueden desplegar; aquí, la concesión de un derecho comunitario de residencia a nacionales de terceros Estados debido a su vinculación familiar con ciudadanos de la Unión. Independencia, porque el efecto directo del derecho de libre circulación impide supeditarlos a su vinculación con una actividad económica, y porque tampoco cabe exigir que haya sido ejercitado previamente para poder reclamar su tutela.

28. Como indica la Abogada General Sharpston, este planteamiento trasciende la concepción de la ciudadanía como una mera versión no económica de la libertad de circulación que desde hace tiempo existe para los agentes económicos y las personas económicamente independientes⁵⁸. Con esta decisión, el TJUE da entrada a una noción mucho más radical: una auténtica ciudadanía, que incluye un conjunto uniforme de derechos y obligaciones en una Unión de Derecho en la que el respeto de los derechos fundamentales debe desempeñar necesariamente una parte integral⁵⁹. Y pese a la ya subrayada falta de conexión directa entre los derechos fundamentales y la ciudadanía de la Unión, resulta igualmente cierto

⁵⁷ Artículo 45. Libertad de circulación y de residencia. «1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. 2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro».

⁵⁸ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, apartado 3

⁵⁹ *Ibidem*.

que la ciudadanía europea fue concebida como un instrumento atributivo de un nuevo estatuto jurídico, que «*de poco serviría si los derechos fundamentales fueran herramientas secundarias*»⁶⁰.

La sentencia Ruiz Zambrano se añade así a un conjunto de decisiones (asuntos *Carpenter*, *Zhu y Chen*), que parecen marcar un nuevo rumbo a la ciudadanía de la Unión. Hasta el punto de que aunque el vínculo con el Derecho de la Unión pueda resultar cuestionable, éste queda compensado por la existencia de derechos fundamentales en juego. La efectiva tutela que el ordenamiento comunitario debe otorgar a tales derechos no sólo permite trascender el carácter interno de la situación, sino que impide la exigencia de requisitos como la vinculación económica con el derecho controvertido o su previo ejercicio, al tiempo que permite extender los derechos de los ciudadanos de la Unión a quienes no ostentan tal estatuto.

29. Es importante reiterar que lo realmente novedoso -e incluso, revolucionario- de la sentencia Ruiz Zambrano es la amplitud que otorga a los derechos de los ciudadanos de la Unión, ampliando su disfrute a quienes, por su condición de nacionales de un tercer Estado, no ostentan su titularidad. De este modo, la ciudadanía de la Unión va más allá de ser una «*técnica de imputación de derechos*»⁶¹ para quienes poseen dicha categoría: se convierte en un título de extensión de derechos en beneficio de ciudadanos no comunitarios, que acceden a ellos como garantes del efectivo disfrute de tales derechos por sus titulares, los ciudadanos de la Unión. Así, el Sr. Ruiz Zambrano, nacional colombiano, adquiere el derecho a residir y trabajar en Bélgica por su condición de padre de ciudadanos comunitarios que se encuentran a su cargo. De su presencia en el Estado belga -entendida como residencia legal y económicamente productiva- depende la de sus hijos en dicho país, y por tanto en territorio comunitario, requisito a su vez para el efectivo disfrute de sus derechos como ciudadanos de la Unión.

30. La segunda nota a destacar es el carácter preventivo de la decisión del Tribunal, pues ya hemos subrayado que ésta se toma ante «el riesgo» de que se llegue a privar a los menores comunitarios del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión. Como todo riesgo, ésta resulta una posibilidad incierta -aunque probable- y potencial, pero ello basta al TJUE para extender frente a esa eventualidad el manto protector de la ciudadanía y ampliarlo tanto como para dar cobertura a quienes no son nacionales de un Estado miembro.

31. En esta concepción jurisprudencial de la ciudadanía de la Unión, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad parece haber tenido menos peso que el carácter fundamental de los derechos que integran el estatuto del ciudadano de la Unión. En consecuencia, y pese a haber sido planteada expresamente por tribunal belga, el problema de la discriminación inversa que puede generar la prohibición contenida en el artículo 18 TFUE continúa siendo una cuestión sin resolver por el Tribunal de Justicia, que tampoco lo ha hecho en esta ocasión⁶². En el litigio Ruiz Zambrano, el TJUE ha obviado prácticamente la cuestión, centrando su argumentación en la efectiva tutela de los derechos de la ciudadanía comunitaria, a los que implícitamente otorga la categoría de fundamentales. Así, la función que en la sentencia Rottmann desempeñó el principio de proporcionalidad -servir de límite a la acción estatal en materias de su exclusiva competencia- la cumple ahora el que podríamos llamar principio del efecto útil de la ciudadanía. En virtud del cual, resultan proscritas todas las acciones estatales que restrinjan o -lo que resulta más relevante- sean susceptibles de restringir el efectivo disfrute de los derechos de los ciudadanos comunitarios.

En este concreto asunto, como en los precedentes jurisprudenciales citados, la consecuencia de este efecto útil ha sido extender *de facto* el disfrute de derechos comunitarios a quienes, por carecer de la ciudadanía de la Unión, no podían acceder jurídicamente a ellos. El Derecho comunitario, que no puede concederles la condición de ciudadanos de la Unión, les otorga su contenido, incluso en contra de

⁶⁰ D. SARMIENTO, «A vueltas con la ciudadanía europea...», cit., p. 227, donde el autor recuerda que «*a fin de cuentas, las revoluciones jurídicas han sido acontecimientos liderados y abanderados por la jurisprudencia combativa del TJUE*».

⁶¹ E. PATAUT, «Citoyenneté de l'Union européenne...», cit., p. 619.

⁶² *Vid.* Conclusiones Abogada General Sharpston, apartado 51.

las disposiciones de los Estados miembros. Se genera así la paradoja de que los principales beneficiarios de este efecto útil de la ciudadanía de la Unión sean quienes no poseen dicho título: los nacionales de terceros Estados («extranjeros») a quienes la Unión Europea negó desde el inicio la posibilidad de acceder al estatuto de ciudadanos de la Unión. Y ello, por efecto de otra paradoja: quienes se convierten en garantes del efectivo disfrute de sus derechos comunitarios por parte de los ciudadanos de la Unión son nacionales de terceros Estados, que no pueden acceder a tales derechos de forma autónoma, ni mucho menos, al título de ciudadanos de la Unión.

32. Este encadenamiento de paradojas nos conduce, una vez más, a cuestionar la base jurídica del concepto de ciudadanía⁶³, cuya estrechez e insuficiencia han puesto sobradamente de relieve el tiempo y las decisiones del TJUE en esta materia. Con su jurisprudencia -y la sentencia Ruiz Zambrano constituye un peldaño más en esta construcción- el Tribunal de Justicia viene edificando una concepción de la ciudadanía más amplia y funcional que la recogida en el Tratado de Ámsterdam. Una concepción que parece asemejarse más al sentido originario de la ciudadanía, recogido en la Declaración de Virginia de 1776: personas que, habiendo demostrado suficientemente su adhesión e interés por la comunidad, están en disposición de conducirla, de formar su voluntad⁶⁴.

Fuera de la extensión que por vía interpretativa viene haciendo el TJUE, hablar de derechos de la ciudadanía para todos supone poner en cuestión la propia definición de ciudadanía, por esencia reservada a los nacionales de los Estados miembros⁶⁵. Sólo un nuevo concepto de ciudadanía por residencia permitiría superar dicha barrera⁶⁶, y a las numerosas propuestas ya existentes en tal sentido cabe añadir ahora la vía que ofrece la Carta de los Derechos Fundamentales, en la que parece apreciarse un indicio de esta corriente, al otorgar antes derechos a «todos» que a los ciudadanos de la Unión, en un orden que, aunque calificado de «*sorprendente*»⁶⁷, resulta más bien revelador.

Pero es obvio que la modificación del concepto de ciudadanía europea exige un cambio en su base política que no cabe augurar inminente, ni siquiera próximo, y menos aún cabe deducir una intención de la jurisprudencia comunitaria socavar dicho sustento político. Lo cual no impide apreciar las notables mutaciones que esta institución ha experimentado por obra del Tribunal de Justicia. Como muestra más reciente, las derivadas de la sentencia Ruiz Zambrano: una extensión del ámbito de aplicación subjetivo de derechos vinculados a ciudadanos comunitarios y una creciente vinculación entre la ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales. Consecuencias ambas que en modo alguno previeron los fundadores de la ciudadanía europea, que finalmente -y una vez más- nos lleva a extraer una única conclusión cierta: que seguimos estando ante un concepto en plena evolución.

⁶³ Una base jurídica que la configuró desde el inicio como una noción «dependiente, excluyente e incompleta» (P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 348), características que con el tiempo se han convertido en ocasiones en un lastre para el propio desarrollo de este concepto, que el Tribunal de Justicia ha tratado de salvar con su interpretación expansiva del mismo.

⁶⁴ E. LINDE, «La ciudadanía europea: un nuevo peldaño en la construcción del hombre de nuestro tiempo», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15, 2º semestre 2008, p. 128. Sobre una base similar se vienen edificando también las propuestas de reconocimiento de una «ciudadanía cívica» a los nacionales de terceros Estados residentes en la Unión Europea (al respecto, *vid.* F. FORNI, «Cittadinanza dell'Unione e condizione delle minoranze negli stati membri», *Il Diritto dell'Unione Europea*, N. 4/10, 2010, p. 865).

⁶⁵ C. MARZO, «Aux frontières de l'Europe: comparaison de la situation des résidents, ressortissants de différents États tiers, à celle des citoyens de l'Union européenne», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, N. 538, mai 2010, p. 290.

⁶⁶ En esta línea, argumenta C. MARZO que la aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad defiende una ciudadanía europea abierta a los residentes legales. En una comunidad europea con más de veinte millones de residentes no comunitarios, el principio de no discriminación permite contemplar su inclusión, al tiempo que faculta la posibilidad de alcanzar la igualdad entre personas, no únicamente entre ciudadanos (*Ibidem*, p. 292).

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 291-292, que sostiene que la Carta abre la vía a una ciudadanía en fase de apertura, pues al no limitar a la ciudadanía comunitaria la titularidad de la mayor parte de sus derechos, parece diseñar una ciudadanía por residencia.

«FORUM NON CONVENIENS» REVISITED: EL CASO SPANAIR *In re Air Crash At Madrid, Spain, On August 20, 2008*

CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA
Abogado y Profesor de Universidad, Doctor en Derecho

Recibido: 15.08.2011 / Aceptado: 23.08.2011

Resumen: Este trabajo analiza una sentencia dictada el 22 de marzo de 2011 por el tribunal del distrito central de California relativa al accidente aéreo sufrido el 20 de agosto de 2008 por un avión de Spanair en el aeropuerto de Madrid-Barajas. La decisión aplica la doctrina del «forum non conveniens» y acepta la solicitud de desestimación presentada por los demandados por entender que los tribunales españoles son un foro más conveniente para juzgar los hechos. El análisis de esta sentencia pone de manifiesto el método de aplicación de dicha doctrina y su concreción en el caso del accidente de Barajas.

Palabras clave: Forum non conveniens, accidente, aviación, España, Estados Unidos.

Abstract: This paper reviews a decision issued on March 22, 2011 by the United States District Court for the Central District of California in relation to the accident of a Spanair airplane at Madrid-Barajas airport on August 20, 2008. The decision applies the «forum non conveniens» doctrine and grants the motion to dismiss requested by defendants on the understanding that the Spanish courts will be a more convenient forum to try the facts. The analysis made by this paper shows the method of application of such doctrine and how it fits into the Barajas accident circumstances.

Key words: Forum non conveniens, accident, aviation, Spain, United States.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes fácticos y procesales. III. Aplicación de la doctrina del «forum non conveniens». 1. El estándar «legal» sobre la doctrina. 2. Existencia de un foro alternativo adecuado. A) Foro alternativo. B) Foro adecuado. 3. Factores de interés privado y público. A) Factores de interés privado. B) Factores de interés público. 4. Decisión final. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. El 20 de agosto de 2008 fue un día de triste memoria para la aviación civil española. En esa fecha, a las 14:24 horas, un avión McDonnell Douglas DC-9-82 (MD-82) (matrícula EC-HFP)¹ operado por la compañía aérea española Spanair, que iba a realizar el vuelo JK 5022² entre los aeropuertos de Madrid-Barajas y de Gran Canaria, se accidentó durante la operación de despegue, ocasionando la muerte a ciento cincuenta y cuatro personas (ciento cuarenta y ocho pasajeros y seis miembros de la tripulación) y causando heridas graves a otras dieciocho. Como es preceptivo en estos accidentes, pronto se pusieron en marcha los mecanismos de investigación tendentes a esclarecer las causas del siniestro y a establecer las correspondientes responsabilidades, incluyéndose, lógicamente, los mecanismos de carácter judicial³.

¹ Este avión se construyó por McDonnell Douglas Corp en sus instalaciones de Long Beach (California, EEUU) en 1993, año en el que se entregó a Korean Airlines. En 1998 pasaría a ser operado por Spanair bajo registro español.

² Vuelo LH 2554 en código compartido con Lufthansa.

³ El 8 de octubre de 2008 se publicó un informe preliminar de la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes

En la actualidad, el eje central de las actuaciones jurisdiccionales está bajo la competencia del Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, si bien en la fecha en que se redacta este trabajo, prácticamente tres años después de ocurrido el accidente, dichas actuaciones no han superado aún la fase de instrucción⁴.

2. No ha sido éste, con todo, el único frente judicial abierto por la tragedia de Barajas. Como se puso de manifiesto pocos días después del accidente, cuando algunos abogados norteamericanos ofrecieron *en caliente* a familiares de las víctimas la defensa de su causa en los EEUU, con reclamos de indemnizaciones multimillonarias, no era ilógico pensar que la vía judicial norteamericana se pudiera poner en marcha en algún momento⁵. Y así sucedió. Doscientos cuatro demandantes en representación de cien pasajeros⁶ interpusieron ante los tribunales federales americanos ciento dieciséis demandas contra la compañía McDonnell Douglas Corp. (en adelante, MDC) (y su sucesora, la compañía Boeing), así como contra otras compañías fabricantes de componentes aeronáuticos presuntamente implicadas en este caso, en reclamación de los daños y perjuicios derivados del accidente de Barajas. Esta vía, sin embargo, no ha tenido, de momento, un final feliz. El pasado 22 de marzo de 2011, el juez Gary Allen Feess, del tribunal federal del distrito central de California⁷, en su decisión «*In re Air Crash At Madrid, Spain, On August 20, 2008*» pronunció la primera, y seguramente definitiva⁸, palabra acerca del futuro de la aventura judicial norteamericana iniciada en este asunto, ordenando la desestimación («dismissal») de todas las demandas interpuestas contra MDC (Boeing) *et alia*, con base en la doctrina del «forum non conveniens»⁹, es decir, por entender que resulta más conveniente que sean los tribunales españoles, y no los norteamericanos, los que conozcan de las demandas interpuestas en los EEUU en este caso.

3. La decisión del tribunal de distrito californiano responde a un patrón *clásico* de aplicación de la doctrina del «forum non conveniens» y, por este motivo, nos ha parecido conveniente dedicar algunas reflexiones a un expediente, que, aunque sea *extraño* a nuestra tradición jurídica¹⁰, produce consecuencias directas y de enorme relevancia sobre el devenir de las acciones judiciales que puedan interponer

de Aviación Civil (CIAIAC). Posteriormente, la CIAIAC publicó un informe interino con fecha de 4 de agosto de 2009 y una nota de progreso de fecha 11 de agosto de 2010. El extenso informe final se publicó finalmente el 29 de julio de 2011. Los documentos que se acaban de mencionar pueden consultarse en la página web de la CIAIAC: ww.ciaiac.es (apartado Investigación, 2008).

⁴ En el momento en que se redacta este trabajo, hay cinco personas imputadas por el Juzgado español por 154 homicidios imprudentes y 18 lesiones imprudentes. Todas ellas son empleados de la compañía Spanair.

⁵ Aunque sea *in passim*, no queremos dejar de manifestar nuestro rechazo por la ilicitud moral y, probablemente, jurídica, que supuso la intromisión de estos letrados norteamericanos en el dolor, la confusión y el desasosiego de los familiares de las víctimas del avión de Spanair. No criticamos, por supuesto, que los familiares de las víctimas reciban asesoramiento jurídico en cualquier parte del mundo para obtener el mejor rendimiento resarcitorio de su desgracia. En este sentido, no se pueden poner puertas al campo del Derecho en un mundo globalizado. Pero, creemos que, desde una perspectiva deontológica, hay comportamientos que no deben ser tolerados cuando se trata de la oferta de servicios jurídicos a personas en situaciones críticas como las vividas por los afectados por el accidente de Barajas. Téngase en cuenta que en los EEUU los abogados tienen prohibido ponerse en contacto con las víctimas de un accidente o sus familiares dentro del plazo de 45 días desde que se produce el siniestro. Y el Código Deontológico de nuestro Consejo General de la Abogacía, sin establecer límites temporales, señala la prohibición de «dirigirse por sí o mediante terceros a víctimas de accidentes o desgracias que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse en ese momento sufriendo una reciente desgracia personal o colectiva».

⁶ De estos cien pasajeros, noventa y dos eran españoles, tres alemanes, uno brasileño, uno gambiano, uno indonesio, uno sueco y uno turco.

⁷ United District Court for the Central District of California.

⁸ La decisión del 22 de marzo de 2011 es susceptible de recurso ante el correspondiente tribunal de apelación («Court of Appeals»), cuyo objeto será decidir si el tribunal de distrito ha abusado de su discrecionalidad («abuse of discretion») a la hora de evaluar las distintas condiciones, requisitos y factores que la doctrina jurisprudencial del «forum non conveniens» exige para poder autorizar este expediente (y que analizaremos en el texto). A la vista de lo que ha sucedido en casos anteriores, no parece probable que el tribunal de apelación vaya a contradecir la decisión del tribunal de distrito. En este sentido, véase, en un siniestro similar, C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «Accidentes aéreos y doctrina del “forum non conveniens” en los Estados Unidos: Un caso para reflexionar», *Legaltoday.com*, 26 de septiembre de 2008.

⁹ «Memorandum & Order Regarding Motion to Dismiss For Forum Non Conveniens».

¹⁰ La doctrina del «forum non conveniens» surge, al parecer, en Escocia, en un momento temporal sobre el que no existe unanimidad (entre los siglos XVII y XIX) y se ha extendido, fundamentalmente, por países del ámbito anglosajón («common law»). A este respecto, véase E. BARRET, «The doctrine of *Forum non Conveniens*», 35 *Cal. L. Rev.* 380 (1947).

nuestros ciudadanos y/o empresas en algunos países del mundo y que debe ser tenido en cuenta en un contexto litigioso cada vez más globalizado¹¹. Con esta finalidad, expondremos a continuación los antecedentes fácticos y procesales de la decisión norteamericana y analizaremos la aplicación de la doctrina del «forum non conveniens» a este caso en particular.

II. Antecedentes fácticos y procesales

4. Antes de centrarnos en el análisis de la aplicación de la doctrina del «forum non conveniens» al caso litigioso, análisis al que la decisión norteamericana dedica su parte III («Analysis»)¹², esta decisión ofrece una serie de datos de orden fáctico y procesal cuyo conocimiento es necesario para entender el contexto en el que el tribunal de distrito de California ha emitido su decisión. Veámoslos.

5. a) Las demandas contra MDC (Boeing) *et alia* se interpusieron ante distintos tribunales federales de los EEUU. Todas fueron consolidadas ante el tribunal del distrito central de California por orden del órgano federal de coordinación competente en esta materia («Judicial Panel on Multidistrict Litigation»). De los antecedentes de la sentencia se deduce que las demandas se interpusieron inicialmente ante tribunales federales de los Estados de California, Florida¹³ e Illinois¹⁴. No hay en la decisión analizada ninguna referencia específica a la fundamentación jurídica de la competencia del tribunal de distrito de California (ni, en su caso, de los tribunales de Florida e Illinois), pero, por principio, dicho tribunal ha de ser competente, dado que la doctrina del «forum non conveniens» se basa en el presupuesto ineludible de que el tribunal que aplica dicha doctrina debe tener competencia para conocer del fondo del asunto¹⁵. Nos encontramos, por lo tanto, ante un procedimiento sustanciado ante un tribunal federal de los EEUU, competente conforme a las leyes federales aplicables en la materia, en el que, por razones de economía procesal, se han acumulado procesos interpuestos inicialmente ante otros tribunales federales de los EEUU.

6. b) Como hemos señalado al inicio de este trabajo, los demandantes dirigieron sus acciones contra MDC (Boeing) y contra algunos fabricantes de componentes aeronáuticos, entre los cuales la decisión sólo identifica a Leach International Corp. (página 4), productor de un relé denominado R2-5, que, según recoge la decisión, podría estar relacionado con el origen del siniestro. De los demás fabricantes de componentes destinados a la aviación que fueron demandados, la decisión se limita a decir que esas empresas desconocen si alguno de los componentes fabricados por ellos fueron empleados en

¹¹ En la manualística española de DIPr apenas hay referencias a este instrumento. En nuestra mejor doctrina, A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, volumen I, 12ª edición, Comares, Granada 2011, pp. 144-145. Entre nosotros, en el ámbito monográfico, M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, que explora, precisamente, las posibilidades de extensión de la doctrina del «forum non conveniens» más allá de los ordenamientos y jurisdicciones de inequívoca extracción anglosajona, particularmente en el entorno europeo (a este respecto, véase P. DE VAREILLES-SOMMIERES (Ed.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing, Portland 2007). Fuera de nuestras fronteras, y especialmente en los países del «common law», la bibliografía sobre el «forum non conveniens» es extensa y detallada. En el apartado de monografías, destacaríamos las siguientes: R.A. BRAND y S.R. JABLONSKI, *Forum non conveniens. History, Global Practice and Future under The Hague Convention on Choice Agreements*, Oxford University Press, USA 2007, M. KARAYANNI, *Forum non conveniens in the Modern Age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo-American Law*, Transnational Publishers Inc., New York 2004 y A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. Étude de droit international privé compare*, Emile Bruylant, Bruxelles 2003.

¹² Pp. 3-33.

¹³ Middle District of Florida.

¹⁴ Northern District of Illinois.

¹⁵ En síntesis, la competencia de los tribunales *federales* norteamericanos puede fundarse en dos motivos. Uno, que se trate de un pleito relativo a una «federal question» (es decir, un litigio que verse sobre la aplicación del Derecho federal), lo cual no parece ser el caso de este procedimiento. Otro, que estemos ante un supuesto de «diversity jurisdiction» (y que supere la cuantía mínima de 75.000 \$), es decir, cuando demandante y demandado son de Estados norteamericanos distintos o uno es de un Estado norteamericano y el otro de un país extranjero (L. G. SAGER, «The sources and limits of legal authority», en A. B. MORRISON (General Editor), *Fundamentals of American Law*, Oxford 1998, p. 34). Este segundo supuesto de competencia federal sí encajaría en el supuesto de las demandas contra MDC (Boeing) *et alia*.

el avión accidentado. En cualquier caso, entre los demandados no figura la compañía Spanair ni ninguno de sus auxiliares, dependientes o independientes, ni ninguna otra persona o entidad distintas implicadas directa o indirectamente en el siniestro de Barajas¹⁶.

7. c) La acción contra estos demandados se fundó, en esencia, en una reclamación por daños derivados de productos defectuosos¹⁷ y, concretamente, de un defecto de diseño del MD-82, que, a juicio de los demandantes, no habría sido corregido por MDC (Boeing) («defect design that remains uncorrected»), a pesar de que, según afirman dichos demandantes, accidentes por causas o defectos similares se habrían venido produciendo desde el año 1987¹⁸.

8. d) La decisión del tribunal californiano se detiene brevemente en la descripción de las causas del accidente¹⁹. Por un lado, acepta²⁰ que la causa inmediata del accidente fue que los dispositivos hiper-sustentadores de borde de salida («flaps») y de borde de ataque de ala («slats») del avión siniestrado no estaban configurados adecuadamente para el despegue. Por lo que respecta, por su parte, a las razones que explicarían esa incorrecta configuración de los «flaps» y de los «slats», la decisión norteamericana propone un relato (pp. 2-4), basado tanto en el informe interino de la CIAIAC²¹ como en afirmaciones de los propios demandantes, según el cual para corregir una temperatura anormalmente alta reflejada por una sonda del avión denominada «RAT»²², el personal de mantenimiento de Spanair habría desactivado el relé R2-5, lo que, a su vez, habría provocado la desconexión del sistema «TOWS»²³, el cual, por medio de unas señales acústicas y una voz sintética, advierte, entre otras cosas, de la incorrecta configuración de los «flaps» y «slats». Por otro lado, la decisión norteamericana, con apoyo en el informe interino de la CIAIAC y en alegaciones realizadas por los demandados, añade que la incorrecta configuración de los «flaps» y de los «slats» también hubiera debido ser advertida por la tripulación a través de otros procedimientos e instrumentos distintos del «TOWS». Podría sorprender la brevedad, claridad y contundencia de los datos que sobre las causas del accidente ofrece la decisión del tribunal californiano, tratándose éste de un aspecto siempre polémico y delicado en cualquier accidente de esta naturaleza. Pero no debemos confundirnos. Se trata, simplemente, de afirmaciones que le resultan útiles al tribunal norteamericano para situar en un determinado (y jurídicamente limitado) contexto fáctico las reflexio-

¹⁶ Por cierto, la decisión norteamericana, en su nota a pie número 2 nos hace saber que un tribunal español, que no identifica, está conociendo (o ha conocido) de trece demandas interpuestas contra Spanair con base en el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (BOE núm. 122, de 20 de mayo de 2004), exigiendo responsabilidad por daños a la aerolínea (suponemos que en aplicación de las normas que establece en este ámbito el Capítulo III del Convenio).

¹⁷ En palabras del tribunal: «Wrongful death and personal injury suits asserting negligence and strict products liability claims» (p. 1). En el Derecho norteamericano de daños («torts»), los daños derivados de productos defectuosos están sujetos a un sistema de responsabilidad sin culpa («strict liability») que, en ciertos casos, son indemnizables por medio de los denominados «daños punitivos» («punitive damages»). Pero, incluso, tratándose de indemnizaciones sujetas al régimen general («compensatory damages»), el sistema jurídico norteamericano suele ser más generoso que el de otros países occidentales (W. BURNHAM, *Introduction to the law and legal system of the United States*, Thomson-West, St. Paul 2006, pp. 450-453). De ahí, la frecuencia con que suelen plantearse este tipo de reclamaciones en los EEUU, particularmente en situaciones de accidentes aéreos o catástrofes similares, tal y como demuestra la jurisprudencia americana.

¹⁸ En ese año se produjo un accidente en el aeropuerto metropolitano de Detroit con ocasión del despegue de un MD-82, en el que, a juicio de los demandantes, concurrieron los mismos defectos de funcionamiento del avión siniestrado que en Barajas. Afirman los demandantes del caso Spanair, además, que fallos similares habrían sido la causa de 49 accidentes (p. 5 de la decisión). Los fallos, como se detallará a continuación en el texto, tuvieron que ver, según afirman dichos demandantes, con el sistema de avisos de despegue («TOWS») del MD-82, que quedó inoperativo por no haber recibido corriente eléctrica. El organismo de seguridad de transporte de los EEUU (NTSB: «National Transportation Safety Board») habría recomendado tras el accidente, también según los demandantes, que se tomaran medidas concretas para evitar estos fallos. Los demandados en el pleito californiano negaron las afirmaciones y conclusiones de los demandantes al respecto.

¹⁹ Parte II («Facts»), apartado A («The Accident»).

²⁰ Y lo hace de forma contundente: «evidence shows» (p. 1) y «it is undisputed» (p. 2).

²¹ Por razones obvias, la sentencia norteamericana no pudo tener en cuenta el informe final del CIAIAC, que se emitió el 29 de julio de 2011 y que no coincide en todas sus conclusiones con el informe interino.

²² «Ram Air Temperature» (Temperatura total del aire de impacto).

²³ «Takeoff Warning System».

nes que va a realizar a continuación en su decisión y que se efectúan no en el ámbito de una discusión sobre el fondo del asunto, sino en el marco del análisis de la competencia judicial internacional de dicho tribunal y de la eventual aplicación de la doctrina del «forum non conveniens».

9. e) En relación con la última afirmación que acabamos de hacer, es muy importante señalar que, aunque produzca un efecto procesalmente *contundente* sobre las demandas interpuestas («dismissal»), la decisión del Juez Feess no constituye una sentencia sobre el fondo del asunto. Es decir, el tribunal de distrito californiano no se pronuncia sobre si MDC (Boeing) *et alia* son, o no, responsables de los daños y perjuicios ocasionados por el accidente de Barajas a consecuencia de un mal funcionamiento (o defecto) del avión que fuese imputable a los demandados o por otra causa. La decisión del tribunal norteamericano, por el contrario, se sitúa en un estadio previo del procedimiento en el que se decide si, aún siendo dicho tribunal competente, resulta más *conveniente* que sean otros tribunales, en este caso los españoles, quienes deban conocer sobre el fondo de las demandas interpuestas. La decisión del tribunal norteamericano, en suma, pone fin a un *incidente* abierto a instancia de los demandados por el que estos solicitan al tribunal norteamericano la *desestimación* («motion to dismiss») de las demandas interpuestas, por entender que, sobre la base de la doctrina del «forum non conveniens», los tribunales españoles resultan más adecuados («convenientes») para conocer del asunto. Se deduce, de lo que se acaba de señalar, dos datos relevantes para entender el funcionamiento del expediente del «forum non conveniens» en general y, en este caso, en particular. Un primer dato es que, como suele ser habitual²⁴, corresponderá al demandado la alegación del «forum non conveniens» o, dicho con otras palabras, habrá de ser el demandado quien solicite al tribunal que éste analice y, en su caso, decida sobre la existencia de otro foro identificado como más conveniente²⁵. El segundo dato tiene que ver con el modo de formulación procesal, y sus consecuencias, de la solicitud de aplicación de la doctrina del «forum non conveniens». En el caso presente, y en general en los EEUU²⁶, como indicamos en su momento, la petición se realiza mediante una «motion to dismiss»²⁷ que se deberá plantear en el momento en que el demandado disponga de los elementos fácticos y de juicio necesarios para entender que, en su caso, existe otro tribunal competente más adecuado²⁸.

10. f) Debemos señalar, por último, que para la plena operatividad de la doctrina del «forum non conveniens» en los EEUU es absolutamente indispensable que el demandado que solicita la aplicación de dicha doctrina se comprometa, frente al tribunal y frente a la parte demandante, a someterse a los tribunales cuya competencia resulte finalmente más adecuada o conveniente y a cumplir, también, con

²⁴ Aunque tradicionalmente se ha entendido que la doctrina del «forum non conveniens» no se puede aplicar de oficio, algunos tribunales y ciertos textos normativos han ido flexibilizando esta regla clásica en la materia, permitiendo que sean los tribunales los que, en determinadas causas y supuestos, puedan tomar la iniciativa al respecto (HERRANZ, *op. cit.*, pp. 49-52).

²⁵ Téngase en cuenta, en cualquier caso, que la intervención del demandado no supone una denuncia de la falta de competencia del tribunal, lo que habría de hacerse, en su caso, por otros cauces procesales, sino que, reconociendo la competencia del tribunal elegido por el demandante, lo que pretende es suscitar un debate sobre la existencia de otro tribunal que resulte más apropiado, adecuado o conveniente para conocer del asunto.

²⁶ En los tribunales ingleses, la articulación de la doctrina del «forum non conveniens» se efectúa mediante una solicitud de suspensión («stay») del procedimiento hasta que el tribunal *más conveniente* acepte, en su caso, su competencia. Si no lo hiciera, entonces la competencia *deberá volver* al tribunal inicialmente elegido.

²⁷ El BLACK'S LAW DICTIONARY (Abridged 6th edition) define «motion» del siguiente modo: «an application made to a court or a judge for (the) purpose of obtaining a rule or order directing some act to be done in favor of the applicant». Y «dismissal» como «an order or judgment finally disposing of an action, suit, motion, etc. without trial of the issues involved». De lo que se trata en suma es de solicitar al tribunal que adopte la decisión de no entrar a conocer del asunto, *declinando* su competencia a favor de otro tribunal.

²⁸ Entre nosotros se ha apuntado, en vía de hipótesis, a la declinatoria (internacional) del artículo 64 LEC como cauce procesal susceptible de aplicación a este caso, poniendo de manifiesto, no obstante, las dificultades que tal instrumento plantea, por tratarse de un mecanismo cuyo objeto es denunciar la falta de competencia del tribunal elegido por el demandante (lo que no sucede en un supuesto de «forum non conveniens») y por las especiales exigencias probatorias que para el demandado supone la aplicación de dicha doctrina (M. HERRANZ, *op. cit.*, p. 52). Entendemos, en todo caso, que en estos momentos se trata éste de un análisis teórico, dada la ajenidad de la doctrina del «forum non conveniens» respecto de nuestro ordenamiento, y, que, en todo caso, deberá plantearse a través de la necesaria reforma legislativa si llegase el caso de que dicha doctrina hubiera de incorporarse, de manera general o específica, a nuestra normativa.

otras obligaciones relacionadas o conexas que hagan viable y eficaz dicha sumisión. Por este motivo, la decisión del Juez Feess, antes de iniciar su análisis sobre la aplicación de dicha doctrina, recoge en su propio texto el compromiso asumido por los demandados («defendants' stipulation») en ese sentido. En concreto, en este caso los demandados se comprometieron a los siguientes extremos:

- a) Someterse a la competencia del correspondiente juzgado de primera instancia en España.
- b) Suspender cualquier plazo de prescripción aplicable en España a la controversia durante un periodo de 120 días desde que el tribunal decida desestimar las demandas.
- c) Poner a disposición del tribunal español todas las pruebas que considere relevantes y estén localizadas en los EEUU bajo la posesión, custodia y control de los demandados
- d) Satisfacer cualquier decisión final e inapelable que pueda dictarse contra ellos en España.

III. Aplicación de la doctrina del «forum non conveniens»

1. El estándar «legal» sobre la doctrina

11. La decisión del tribunal federal norteamericano inicia su análisis jurídico sobre la aplicación al caso de autos del expediente del «forum non conveniens» (Parte III de la sentencia) resumiendo cuál es el estado de la doctrina jurisprudencial vigente en esta materia (en los EEUU). Lo hace de un modo sucinto, pero abordando los elementos esenciales y podríamos decir que indiscutidos y aceptados a lo largo del tiempo en que dicha doctrina se ha venido aplicando.

12. La decisión comienza recordando que la doctrina del «forum non conveniens» autoriza²⁹ a un tribunal para que decida no entrar a conocer de un litigio aunque posea competencia para hacerlo. Y, a continuación, señala que se trata de un expediente claramente excepcional³⁰. Conclusión lógica ésta, en la medida en que el demandante ha realizado una elección de tribunal que, por lo que a su competencia se refiere, es correcta desde un punto de vista normativo. Por este motivo, añade el Juez Feess, existe en la doctrina jurisprudencial desarrollada en esta materia una fuerte *presunción* favorable al mantenimiento de la elección de tribunal hecha por el demandante³¹, quien, por otra parte, no está obligado a elegir el foro más conveniente³². Ahora bien, también se recuerda que cuando el demandante sea extranjero la elección de tribunal no merecerá tanta *deferencia*³³, regla ésta que, lógicamente, tendrá su incidencia sobre la decisión ahora analizada³⁴.

13. La descripción que hace el tribunal norteamericano de la construcción jurisprudencial de la doctrina del «forum non conveniens» finaliza con una referencia al importante aspecto de la carga y contenido de la prueba que debe desplegarse en esta materia. Por lo que respecta a la *carga* de la prueba, el tribunal señala que ésta corresponde a quien haya solicitado la aplicación de la doctrina del «forum non conveniens», es decir al demandado. Y, en relación con el *contenido* de la prueba, señala la decisión

²⁹ La doctrina del «forum non conveniens» confiere al tribunal competente la *discrecionalidad* necesaria para que, sobre la base de los requisitos y condiciones establecidos por la jurisprudencia en esta materia, decida conforme a su mejor criterio acerca de la *declinación* de su competencia a favor de otro tribunal.

³⁰ Además de su carácter excepcional, la decisión indica que la doctrina del «forum non conveniens» deberá ser empleada «sparingly» (lo que significa que se habrá de aplicar con moderación y en ocasiones contadas) [se cita a estos efectos la decisión *Dole Food Co. v. Watts*, 303 F.3d 11104, 1118 (9th Cir. 2002)].

³¹ Esta afirmación se realiza con cita en la sentencia del TS norteamericano *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 255 (1981), que constituye una de las sentencias clave («leading cases») en la configuración de la doctrina del «forum non conveniens» en los EEUU.

³² *Cariajano v. Occidental Petroleum Corp.*, 626 F.3d 1137, 1144 (9th Cir. 2010).

³³ Nuevamente, con cita de *Piper Aircraft*, 454 U.S., 256.

³⁴ Razón por la que en la parte dispositiva de la decisión («IV. Conclusion») se hace alusión directamente a esta circunstancia: «Especially in light of the fact that the foreign plaintiff's choice of forum deserves diminished deference». Véase, al respecto, K. HARTMAN, «Forum Non Conveniens and Foreign Plaintiffs in the Federal Courts», 69 *Geo.L.J.* 1257 (1980-81).

californiana que el demandado habrá de probar (a) la existencia de un foro alternativo adecuado y (b) que existen factores de interés privado y público que aconsejan acoger la doctrina del «forum non conveniens». Analizaremos a continuación estos dos elementos.

2. Existencia de un foro alternativo adecuado

14. En principio, la prueba de la existencia de un foro alternativo adecuado exige que se demuestre, por un lado, que existe un foro *alternativo*, es decir competente y, por otro lado, que ese foro alternativo es *adecuado*. No todas las sentencias que se han dictado en materia de «forum non conveniens» en los EEUU, sin embargo, aciertan a distinguir siempre entre estos dos aspectos y suelen ofrecer un análisis conjunto o indiferenciado (a veces confuso) de ambos. Esto es lo que sucede, en cierto modo, en el caso *In re Air Crash at Madrid*, aunque, a continuación, intentaremos ofrecer un análisis sobre este particular en el que se establezcan las correspondientes diferenciaciones.

A) Foro alternativo

15. El tribunal californiano comienza señalando que la prueba de la existencia de un foro alternativo por parte del demandado deberá consistir en la demostración de que existe efectivamente otro foro en el que dicho demandado pueda ser juzgado³⁵. O, dicho con otras palabras, que el tribunal alternativo es *competente* para conocer del litigio *contra ese demandado*. Lógicamente, la demostración de la existencia de un tribunal competente alternativo exigiría analizar los criterios de atribución de competencia vigentes en el ordenamiento jurídico al que pertenece el tribunal propuesto como alternativo, lo cual, en términos prácticos, resultaría complejo, costoso e imprevisible, porque, en último extremo, la decisión sobre su competencia le debe corresponder al tribunal alternativo y no al tribunal inicialmente elegido por el demandante. Por este motivo, resulta constante en la jurisprudencia norteamericana sobre el «forum non conveniens» exigir al demandado que realice una declaración de sumisión a los tribunales del foro alternativo que hubiese propuesto, como indicamos anteriormente³⁶. Y éste es el basamento en el que se apoya la decisión del caso *In re Air Crash at Madrid* para decidir que los demandados son susceptibles de ser juzgados («amenable to process») en España, por entender que los tribunales de nuestro país aceptarán tal sumisión³⁷.

B) Foro adecuado

16. Por lo que respecta, por su parte, a la *adecuación* del foro alternativo propuesto por los demandados, la decisión *In re Air Crash at Madrid* afirma que esa adecuación deberá medirse en función de la *suficiencia* de la satisfacción que pueda otorgarse a la pretensión de los demandantes en el foro alternativo³⁸. El tribunal aceptó, en principio, que el foro español otorga a los demandantes la posibilidad de obtener una satisfacción suficiente de sus pretensiones (p. 7), pero los demandantes alegaron que España sigue

³⁵ «In general, a defendant can prove the existence of an available “alternative forum” by showing that it is “amenable to process” in another jurisdiction» (p. 6).

³⁶ Esta declaración de sumisión se integra en la denominada «defendants’ stipulation», que forma parte del contenido de la sentencia (apartado II, E). Y tiene un inequívoco carácter *condicional* con respecto a la decisión del tribunal de entrar a aplicar la doctrina del «forum non conveniens» al caso concreto.

³⁷ El tribunal norteamericano apoya su decisión sobre esta cuestión en un informe de Derecho español elaborado por el Profesor PABLO SALVADOR CODERCH (p. 7). Los demandantes impugnaron, sin éxito, la decisión del tribunal californiano en este aspecto por entender que la estipulación de los demandados relativa a la sumisión a los tribunales españoles (y, concretamente, al correspondiente juzgado de primera instancia) resultaba ilusoria, entre otras razones, por ser imprecisa. Como respuesta a este argumento, los demandados se ofrecieron a preparar una nueva redacción del compromiso asumido que resultase aceptable para ambas partes, pero el tribunal entendió que no era necesario porque la «defendants’ stipulation» efectuada inicialmente era suficiente a la luz de un caso anterior en el que el mismo tribunal había intervenido, también en relación a un accidente aéreo (*Van Schijndel v. Boeing Co.*, 434 F. Supp. 2d 766, 773, 774-775, C.D.Cal. 2006).

³⁸ «It is enough that the forum provides a plaintiff with a “sufficient remedy for his wrong”» (con cita de *Dole Food Co.*, 303 F.3d, 1118).

sin ser un foro adecuado para litigar sus pretensiones, fundamentalmente por dos razones. Una primera, porque habrían de sufrir un gran retraso («immeasurable delay») dado que sus reclamaciones indemnizatorias quedarían en suspenso hasta que el procedimiento penal abierto en España no se concluyese. La segunda, porque no podrían plantear sus demandas en España contra MDC (Boeing) *et alia* si interviniesen en el procedimiento que se sigue ante el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid.

17. El tribunal californiano dedica atención a las dos alegaciones precedentes esgrimidas por los demandantes en una parte relevante de su decisión (pp. 7-12), en la que se pone de manifiesto la importancia que tiene la prueba de Derecho extranjero en los procesos judiciales internacionales y, particularmente, en los procesos en que se debate la aplicación de la doctrina del «forum non conveniens». En este caso, las partes fueron asistidas, respectivamente, por los Profesores PABLO SALVADOR CODERCH (demandados) y SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ (demandantes), siendo, a juicio del tribunal norteamericano, mucho más convincente la prueba de Derecho español realizada por el primero de los citados profesores³⁹.

18. Con respecto a la primera alegación de los demandantes, y a la luz de los argumentos sobre el Derecho español presentados por las partes, el Juez Feess llegó a la conclusión de que si los demandantes hubiesen de plantear su acción en España, un tribunal español no suspendería el procedimiento o, a lo sumo, sólo suspendería el acto de dictar sentencia hasta que se emitiese una decisión final en el procedimiento penal⁴⁰, no siendo, en cualquier caso, el retraso que pudiera derivarse de esta suspensión un motivo suficiente para considerar que los tribunales españoles deban ser considerados como un foro inadecuado⁴¹.

19. En relación con la segunda alegación, los demandantes argumentaron, fundamentalmente, que los tribunales españoles no constituían un foro adecuado porque, si solicitasen indemnizaciones en el procedimiento penal español, no podrían, a su vez, obtenerlas de los demandados norteamericanos en otro procedimiento distinto celebrado en España, en atención a la regla que impide obtener una doble satisfacción resarcitoria por un mismo hecho dañoso («bar against double recovery»). El tribunal californiano se despacha con brevedad y contundencia contra esta argumentación («this argument misses the mark»), indicando, por un lado, que los demandantes no pueden alegar que el foro español sea inadecuado porque les prohíba recibir indemnizaciones por partida doble. Y, por otro lado, recuerda que nada impide que los demandantes renuncien a las indemnizaciones que pudieran corresponderles en el proceso penal español y opten por reclamar dichas indemnizaciones contra MDC (Boeing) *et alia* en un proceso civil distinto.

³⁹ Los demandados solicitaron al tribunal que no se tuviese en cuenta la declaración del Profesor ÁLVAREZ GONZÁLEZ por diversas razones, unas formales y otras materiales. Por lo que respecta a las primeras, se alegó que la declaración no estaba certificada por un traductor jurado y que no había sido autenticada. Respecto de las razones de orden material, se arguyó que el Profesor ÁLVAREZ no estaba cualificado como experto en Derecho español, que su declaración carecía de fundamento, no estaba basada en su conocimiento personal y, por el contrario, se apoyaba en hechos incompletos y en asunciones contrarias a los hechos. El tribunal no quiso entrar a analizar en su decisión la solicitud de los demandados en la medida en que se trataba de un problema irrelevante («moot») a la luz de la postura que finalmente habría de adoptar dicho tribunal acordando la desestimación de la demanda por aplicación de la doctrina del «forum non conveniens» (p. 9, nota 1).

⁴⁰ El tribunal indica que el Profesor SALVADOR ha resultado muy persuasivo contrarrestando los argumentos ofrecidos por el Profesor ÁLVAREZ. Este apoya su argumentación en los artículos 111 y 114 LECr, pero el tribunal entiende, siguiendo al Profesor SALVADOR, que el artículo 114 LECr ha sido derogado por el artículo 40 de la LEC/2000. Por lo demás, la apoyatura jurisprudencial y doctrinal aportada por el Profesor SALVADOR es, a juicio, del tribunal norteamericano mucho más contundente que la ofrecida por el experto de los demandantes.

⁴¹ Aunque los demandantes indicaron, con razón (añadimos nosotros), que no es posible hacer una estimación del tiempo de duración de un proceso penal en España, también señalaron la existencia de dos sentencias que se habían dictado tras 20 y 11 años, respectivamente, de procedimiento, como ejemplos de retrasos inasumibles. En relación con la sentencia dictada a los 20 años de inicio del procedimiento, el tribunal fue convencido por el Profesor SALVADOR de que no se trataba de una decisión asimilable a este caso, porque había sido dictada en un proceso contra la Administración y por un tribunal distinto de los del orden civil. Y por lo que respecta a la sentencia dictada tras el plazo de 11 años, el propio tribunal norteamericano señala que no le parece un plazo muy distinto al que podría producirse en los EEUU. De hecho, el tribunal recuerda que en el caso *In re Air Crash Disaster*, 86 F.3d 498, 511 (6th Cir. 1996), que juzgó el accidente aéreo de Detroit utilizado por los demandantes en apoyo de sus tesis para sustentar la competencia del tribunal norteamericano, fueron casi 9 años los transcurridos desde que se inició el proceso.

20. En síntesis, el tribunal concluye que, a la vista de los razonamientos precedentes, los demandados han satisfecho su carga de probar el primer elemento que se exige para la desestimación de las demandas en aplicación de la doctrina del «forum non conveniens», es decir, que los tribunales españoles son un foro alternativo adecuado.

3. Factores de interés privado y público

21. Superado el estadio precedente, los tribunales que aplican la doctrina del «forum non conveniens» deberán examinar y evaluar una serie de factores de interés privado y público, de creación jurisprudencial⁴², para decidir, con una amplísima discrecionalidad⁴³, si procede o no finalmente la *declinación* de la competencia a favor del tribunal alternativo. La carga de la prueba de que esos factores favorecen la desestimación corresponde también, como se adelantó, al demandado. No existe un *numerus clausus* de factores, de uno u otro tipo, que deban ser analizados siempre y en todo litigio (si bien *Gulf* hace una relación de los más relevantes), sino que, en cada caso, el tribunal deberá dar valor a los que sean realmente operativos en atención a las circunstancias concurrentes. Veamos de qué modo aborda este ejercicio el tribunal de distrito californiano.

A) Factores de interés privado

22. La sentencia que ahora nos ocupa identifica, en primer lugar, los factores de interés privado que deberán ser tenidos en cuenta en su decisión⁴⁴. Estos factores son los siguientes:

1. La residencia de las partes del pleito y de los testigos
2. La conveniencia del foro para las partes del pleito
3. El acceso a las pruebas físicas y a otros medios de prueba
4. La existencia de procedimientos para obligar a los testigos a comparecer en juicio
5. El coste que supone la asistencia de testigos al acto del juicio
6. La ejecutividad de la sentencia que se dicte
7. Otros problemas de orden práctico que faciliten, agilicen o abaraten el procedimiento

23. El tribunal californiano no abordó el análisis independiente de cada uno de esos factores sino que optó por ofrecer una valoración conjunta de algunos de ellos. Y así, se refirió, en primer lugar, unitariamente, a los factores (1), (4) y (5), por estar referidos todos ellos, principalmente, a la figura de los testigos. Y, posteriormente, abordó individualmente cada uno de los restantes factores de interés privado (2, 3, 6 y 7).

— *Análisis de los factores privados relativos a la residencia de las partes y de los testigos, así como a la disponibilidad y costes de la comparecencia en juicio de los testigos*

24. El análisis de este grupo de factores, que suele estar presente en todas las decisiones dictadas en materia de «forum non conveniens», llevó al tribunal norteamericano a la conclusión de que dichos

⁴² La distinción entre estos factores trae su origen del caso *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947). La jurisprudencia norteamericana ha ido complementando, matizando y caracterizando posteriormente dichos factores, que siguen siendo utilizados en la práctica forense norteamericana, a pesar de las críticas de que han sido objeto en algunos casos. En este sentido, véase E.J. DERR, «Striking a better public-private balance in forum non conveniens», 93 *Cornell L.Rev.* 819 (2008). El análisis de ambos grupos de factores, privados y públicos, es característico de la jurisprudencia norteamericana, mientras que, por lo general, la jurisprudencia inglesa suele centrarse en los denominados factores privados (HERRANZ, *op.cit.*, p. 89).

⁴³ *Clerides v. Boeing Company*, 07-3810 (7th Cir. 2008).

⁴⁴ Su denominación como factores de interés *privado* deriva del hecho de que se centran en aspectos que afectan particularmente a las *partes* del pleito y a su relación con el litigio y con el tribunal elegido por los demandantes para conocer del asunto. Se refiere a ellos el tribunal californiano indicando que se trata de factores que deberán ser puestos de manifiesto mediante «facts which establish such oppressiveness and vexation to a defendant as to be out of all proportion to plaintiff's convenience, which may be shown to be slight or nonexistent».

factores favorecían *levemente* la desestimación («slightly favor dismissal») de las demandas en favor de su formulación ante el foro español.

25. En su razonamiento, el tribunal parte del hecho de que los testigos propuestos por las partes gozan de igual relevancia para cada una de ellas⁴⁵. Los demandantes necesitan probar que el accidente de Barajas fue consecuencia de defectos atribuibles a los fabricantes del avión y de sus componentes y los testigos principales que necesitan interrogar para fundamentar dicha argumentación están, por regla general, en los EEUU⁴⁶. De ahí que para ellos el foro más adecuado sea el que han elegido (EEUU). Por su parte, los demandados entienden que ellos no son los responsables del accidente sino que, en su caso, lo son personas que se encuentran en España, debiendo fundamentar su prueba en el testimonio de personas localizadas en este país y que están relacionadas con el accidente mismo (víctimas, mecánicos, personal de mantenimiento, controladores aéreos, miembros de los equipos de rescate, investigadores del accidente, etc.). Si el pleito se siguiese en los EEUU, los demandados deberían intentar traer a juicio a los testigos que residen en España. Y si el pleito se sustanciase en España, serían los demandantes lo que deberían esforzarse por llamar a juicio a los testigos presentes en los EEUU. En este contexto, el tribunal norteamericano acepta que ambas partes podrían recurrir al mecanismo de las «comisiones rogatorias» (o procedimientos similares) para conseguir el testimonio de las personas residentes en otros países, pero el propio tribunal es muy crítico acerca de la eficacia de este mecanismo de cooperación judicial internacional, en la medida en que no sirve para forzar un testimonio presencial ante el tribunal y sólo permite obtener declaraciones por escrito. Por otro lado, el tribunal también apunta a las dificultades que los demandados experimentarían con respecto a la obtención de pruebas testificales antes del juicio («pre-trial discovery») en la medida en que España no acepta «comisiones rogatorias» cuyo objeto sea la obtención de pruebas durante el periodo de «discovery»⁴⁷. En vista de lo anterior, la conclusión a la que llega el tribunal californiano es que, con independencia del foro que finalmente fuese competente, una u otra de las partes experimentaría dificultades a la hora de conseguir testimonios en juicio. Ante esta situación de empate («equipoise»), si el tribunal de California se inclinó finalmente por entender que el análisis de estos factores privados favorece *levemente* una decisión a favor de la conveniencia del foro español es porque los costes de comparecencia de los testigos en juicio serían mayores si el procedimiento se siguiese en los EEUU que si se sustanciase en España, al haber muchos menos testigos residentes en los EEUU que deberían viajar a España para asistir al juicio, que testigos radicados en España y que deberían prestar testimonio en los EEUU.

— *Análisis del factor privado relativo a la conveniencia del foro*

26. Con respecto a este factor, el tribunal llega a la conclusión de que se trata de un factor neutral que, por lo tanto, no debe favorecer ni impedir la aplicación de la doctrina del «forum non conveniens». Su argumentación es muy simple. El foro de los EEUU es más próximo a los demandados, pero éstos prefieren ser juzgados en España. El foro español es más próximo a los demandantes, pero éstos prefieren plantear sus reclamaciones en los EEUU. En consecuencia, ambas partes han aceptado los *inconvenientes* derivados de la lejanía geográfica del foro elegido (EEUU), en el caso de los demandantes, o del foro identificado como adecuado (España), en el supuesto de los demandados.

— *Análisis del factor privado relativo al acceso a las pruebas físicas y a otros medios de prueba*

27. Al igual que sucede con el primer grupo de factores privados, el tribunal, en este caso, también entiende que el análisis de este factor favorece *levemente* la desestimación de las demandas

⁴⁵ El tribunal apenas hace consideraciones acerca de la residencia de las partes del pleito (p. 13) y se centra fundamentalmente en la figura de los testigos.

⁴⁶ En los EEUU se encuentran MDC (Boeing) y los fabricantes de los componentes del avión, la FAA («Federal Aviation Agency»), la NTSB («National Transportation Security Board»), los investigadores del accidente de Detroit, etc.

⁴⁷ Sobre el proceso de «discovery» durante la fase preliminar («pre-trial») del proceso civil en los EEUU, véase G. C. HAZARD, JR y M. TARUFFO, *La justicia civil en los Estados Unidos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, pp. 127-145.

(«slightly favors dismissal») con base en la doctrina del «forum non conveniens»⁴⁸. El tribunal parte del hecho de que las pruebas físicas («physical evidence») susceptibles de ser utilizadas en este caso, en su mayoría de naturaleza documental, están presentes tanto en los EEUU como en España y de que estas pruebas son de igual relevancia («material evidence») para demandantes y demandados. Por otro lado, el tribunal recuerda que dichas pruebas pueden ser obtenidas por la parte solicitante, con independencia de su localización, a través del mecanismo previsto en el Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero, vigente tanto en España como en los EEUU⁴⁹. Hasta aquí, por lo tanto, este factor podría resultar de carácter neutral. Sin embargo, para llegar a su conclusión final favorable a la tesis de los demandados, el tribunal decide centrarse en un aspecto muy particular y concreto de la prueba documental susceptible de ser utilizada en el proceso: el relativo a su traducción a otro idioma. Señala el tribunal que los costes asociados a la traducción de los documentos localizados en los EEUU serían muy altos dada su extensión y complejidad técnica⁵⁰, lo cual, en principio, habría de favorecer el mantenimiento de la competencia de los tribunales de los EEUU. Pero, a su vez, el tribunal, en una vuelta de tuerca, reconoce que el inconveniente que producirían dichos costes es menor que el que supondría tener que traducir las conversaciones registradas en la caja negra del avión de Spanair, que, a su juicio, son muy relevantes para sustentar la defensa de los demandados. Para el tribunal, no hay traducción que pueda sustituir la audición real de los registros de la caja negra y, por lo tanto, los tribunales españoles están mejor preparados para evaluar el contenido de dicha prueba. De ahí que, para el tribunal, este factor también favorezca la petición de los demandados sobre el «forum non conveniens».

— *Análisis del factor privado relativo a la ejecutividad de la sentencia que se dicte*

28. No gasta demasiada munición argumental el tribunal norteamericano para llegar a la conclusión de que éste es un factor neutral. Se limita a recordar que, como señalamos anteriormente, los demandados se han comprometido («defendants' stipulation») a acatar y cumplir con lo establecido por cualquier decisión definitiva que se dicte contra ellos en España.

— *Análisis de los factores privados relativos a otros problemas de orden práctico que faciliten, agilicen o abaraten el procedimiento*

29. Mayor atención le dedican el tribunal y las partes del pleito a debatir una serie de cuestiones agrupadas en este «cajón de sastre» relativo a otros problemas de orden práctico que faciliten, agilicen o abaraten el correspondiente procedimiento judicial. A pesar de su carácter general, no obstante, el análisis de este grupo de factores suele ser frecuente en la jurisprudencia. Dos son, en concreto, los argumentos a los que hubo de enfrentarse en tribunal.

30. (a) Los demandantes, por un lado, alegaron dificultades de tipo económico o financiero para litigar en España porque, según afirman, en nuestro país no son habituales los acuerdos de «quota litis» («contingency fees agreements») y porque, además, eventualmente en España podrían quedar sometidos al pago de las costas procesales y, muy particularmente, de los honorarios de los demandados en caso de que sus pretensiones no fuesen estimadas por el tribunal competente («fee-shifting»)⁵¹. Es muy com-

⁴⁸ Este factor de interés privado suele ser tenido muy en cuenta en las decisiones jurisprudenciales norteamericanas en materia de «forum non conveniens» (HERRANZ, *op.cit.*, p. 93).

⁴⁹ Se trata, para ser más precisos, del Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970, sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil. Sobre este Convenio, véase CALVO-CARRASCOSA, *op. cit.*, pp. 639-641. El tribunal norteamericano recuerda de nuevo, de paso, que España no admite, sobre la base del Convenio, la obtención de pruebas que formen parte del denominado «pre-trial discovery» norteamericano, pero no parece darle demasiada relevancia a este hecho a los efectos del análisis de este factor privado. Sobre este asunto particular, en general, véanse los autores y obra recién citados, p. 640.

⁵⁰ Por tratarse de documentación relativa a la construcción y certificación del avión siniestrado, así como al accidente aéreo de Detroit, etc.

⁵¹ En el proceso civil norteamericano hay dos reglas características relativas a los gastos del proceso y los honorarios de los abogados. La primera es que «cada una de las partes del proceso soporta los gastos procesales en que ha incurrido, incluidos los honorarios de sus abogados, a no ser que se establezca algo distinto en normas especiales» («fee-shifting»). La segunda es

previsible la preocupación de los demandantes (*rectius*, de los abogados de los demandantes) por este tipo de *dificultades* financieras. No en vano, la construcción de la aventura judicial norteamericana en este tipo de litigios (y que sirve de *gancho* para los clientes, junto con la promesa de indemnizaciones multimillonarias) se suele basar en una estrategia que tiene en cuenta, entre otras cosas, que los letrados actuantes sólo cobrarán sus (generosos) honorarios si ganan el pleito y que, si pierden el pleito, no habrán de abonar los honorarios de los letrados de la parte vencedora. La jurisprudencia norteamericana ha reconocido, de manera general, que las dificultades financieras o económicas pueden ser un factor a tener en cuenta a la hora de analizar la conveniencia de un foro frente a otro⁵². Pero, esa misma jurisprudencia ha entendido, en determinados casos, que la eventualidad del abono de las costas procesales⁵³ o la dificultad para obtener acuerdos de «quota litis» en el foro alternativo⁵⁴ no constituyen factores de interés privado *suficientemente* significativos como para impedir en todos los casos la aplicación de la doctrina del «forum non conveniens». Pues bien, sobre el trasfondo de esta jurisprudencia, el tribunal californiano entendió, no obstante, que, en el caso de autos, estos factores de interés privado favorecían, si bien sólo *levemente*, el mantenimiento del foro en los EEUU.

31. (b) Por su parte, los demandados arguyeron que, si el pleito se siguiese en los EEUU, ellos se verían impedidos para solicitar la intervención en el pleito de Spanair (como «third-party defendant») por no permitirlo las leyes procesales aplicables al caso en materia de «personal jurisdiction»⁵⁵. Al respecto, el tribunal californiano aceptó sin discusión la argumentación de los demandados apoyándose en una jurisprudencia constante en dicho sentido⁵⁶ y concluyó, lógicamente, que este factor favorece *significativamente* (y no sólo *levemente* como sucede en otros factores) la desestimación de las demandas⁵⁷.

— *Conclusión sobre la aplicación de los factores de interés privado al asunto de autos*

32. Tras el análisis de los distintos factores de interés privado aplicables al caso, el tribunal de distrito californiano entendió que el balance final de dicho análisis llevaba a la conclusión de que había de favorecerse la solicitud de «forum non conveniens» realizada por los demandados, pues si bien los factores (2)⁵⁸ y (6)⁵⁹ eran neutrales y uno de los factores complementarios (7) favorecía *levemente* la tesis de los demandantes⁶⁰, los demás factores privados apoyaban *leve*⁶¹ o *significativamente*⁶² la solicitud de los demandados.

que se admiten los «contingency fees» o pacto de «quota litis», según el cual «el abogado no recibe ningún honorario por su actividad, sino un porcentaje previamente acordado de las cantidades que se consigan en el proceso» (HAZARD-TARUFFO, *op. cit.*, pp. 112-113).

⁵² Con cita de las sentencias *Wilson v. Island Seas Investments, Ltd.*, 590 F.3d 1264, 1271-72 (11th Cir.2009) y *Gross v. British Broad.Corp.*, 386 F.3d 224, 231 (2d Cir.2004).

⁵³ *In re factor VIII or IX Concentrate Blood Prods. Litig.*, 484 F.3d 951, 958 (7th Cir.2007).

⁵⁴ *Coakes v. Arabian Am.Oil.Co.*, 831 F.2d 572, 576 (5th Cir.1987) y *Magnin v. Teledyne Cont'l Motors*, 91 F.3d 1424, 1430 (11th Cir.1996).

⁵⁵ Al no existir «contactos» de Spanair con los EEUU. «Personal jurisdiction» es un concepto referido a la autoridad que posee un tribunal para determinar los derechos y obligaciones del demandado (W. BURNHAM, *Introduction to the law and legal system of the United States*, Thomson-West, St. Paul 2006, p. 250).

⁵⁶ La decisión del tribunal se sustenta en la sentencia seminal *Piper*, 454 U.S. at 259 y en otras decisiones de tribunales de distrito y circuito: *Gambra v. Int'l Lease Fin.Corp.*, 377 F. Supp. 2d 810, 823 (C.D. Cal. 2005), *Satz v. McDonnell Douglas Corp.*, 244 F.3d 1279, 1284 n.4 (11th Cir. 2001) y *Nai-Chao v. Boeing Co.*, 555 F.Supp. 9, 19 (N.D.Cal. 1982).

⁵⁷ Los demandantes intentaron demostrar con distintos argumentos que el tribunal californiano podía ejercer «personal jurisdiction» sobre Spanair, pero no fueron suficientemente convincentes. Significativamente, el tribunal basó buena parte de su decisión en la declaración hecha en el procedimiento por la propia compañía Spanair que, en contra de lo alegado por los demandantes, negó tener oficina alguna en los EEUU u operar vuelos hacia o desde los EEUU (más allá de algunos supuestos de código compartido).

⁵⁸ La conveniencia del foro para las partes del pleito.

⁵⁹ La ejecutividad de la sentencia que se dicte.

⁶⁰ La no habitualidad de los pactos de «quota litis» y la eventualidad del pago de las costas procesales en España.

⁶¹ Son los factores (1), (3), (4) y (5) que hemos indicado antes en el texto.

⁶² La imposibilidad de solicitar la intervención procesal de Spanair como «third-party defendant» en el juicio norteamericano.

B) Factores de interés público

33. Tras el análisis y evaluación de los factores de interés privado, el tribunal norteamericano hizo lo propio con los factores de interés público⁶³. En concreto, el tribunal estudió los siguientes factores⁶⁴:

1. Interés local en el pleito
2. Familiaridad del tribunal elegido con el Derecho aplicable
3. Cargas que deben asumir el tribunal elegido y los miembros del jurado
4. Congestión del tribunal
5. Costes derivados de la resolución de un pleito desvinculado de un foro en particular

Veamos cuál fue la posición adoptada por el tribunal respecto de cada uno de esos factores.

— *Interés local en el pleito*

34. El tribunal comienza su razonamiento exponiendo los intereses respectivos de España y de los EEUU en este pleito⁶⁵. Por lo que respecta a España, la decisión señala que nuestro país tiene un interés muy significativo en el asunto porque el accidente ocurrió en España, la aerolínea era española, al igual que la tripulación, así como la mayoría de las víctimas⁶⁶. Por su parte, el tribunal californiano reconoce que los tribunales de los EEUU también tienen interés en conocer de los litigios que se puedan entablar contra los fabricantes de aviones, y de sus componentes, que estén localizados en ese país⁶⁷. En este equilibrio, sin embargo, el tribunal opta por conceder mayor importancia al interés del país donde tuvo lugar el accidente en supuestos como el del siniestro de Spanair, sobre la base de lo expuesto al respecto por el Tribunal Supremo de los EEUU en su importante decisión *Piper Aircraft* en materia de «forum non conveniens»⁶⁸. En consecuencia, a juicio del tribunal de distrito californiano, este factor juega *considerablemente* («strongly») a favor de la desestimación de las demandas interpuestas en los EEUU⁶⁹.

— *Familiaridad del tribunal elegido con el Derecho aplicable*

35. El tribunal de California comienza analizando este factor partiendo de la regla establecida por *Piper Aircraft*⁷⁰ según la cual la doctrina del «forum non conveniens» se diseñó, en parte, para evitar

⁶³ La expresión de «interés público» hace referencia a «a los intereses de los Estados así como a los intereses de los tribunales que se ven involucrados» (HERRANZ, *op. cit.*, p. 92). El tribunal californiano se refiere a ellos como factores que hacen que el juicio en los EEUU sea inapropiado «because of considerations affecting the court's own administrative and legal problems» (con cita de la decisión *Koster v. (Am.) Lumbermens Mut. Cas. Co.*, 330 U.S. 518, 524 (1947) en relación con *Piper Aircraft*, 454 U.S. at 241).

⁶⁴ Estos factores, en concreto, han sido tomados de la decisión en el asunto *Cariajano*, 626 F.3d at 1153-54 (que cita, a su vez, la decisión *Boston Telecomms. Grp.*, 588 F.3d at 1211). En general, su identificación y enumeración ha de retrotraerse a la sentencia del asunto *Gulf Oil*, posteriormente confirmada por la decisión *Piper*.

⁶⁵ De ahí que la expresión interés local («local interest») habrá que entenderla referida a los intereses «generales» de los dos Estados en *conflicto*, que, en litigios con elemento extranjero, suelen ser los verdaderamente relevantes.

⁶⁶ Se citan a este respecto las sentencias *Satz*, 244 F.3d at 1284, *Lueck*, 236 F.3d at 1147 y *Air Crash Over Taiwan Straits on May 25, 2002*, 331 F.Supp. 2d 1176, 1204 (C.D. Cal. 2004).

⁶⁷ El tribunal se apoya en las decisiones de los casos *In re Air Crash Disaster Near Palembang, Indonesia*, No. MDL 1276, 2000 WL 33593202 at *3 (W.D. Wash., Jan. 14, 2000), *Lueck*, 236 F.3d at 1147, *Jennings v. Boeing Co.*, 660 F. Supp. 796, 807 (E.D. Pa. 1987) y *Grimandi v. Beech Aircraft Corp.*, 512 F. Supp. 764, 780 (D. Kan. 1981).

⁶⁸ *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 260-61 (1981), posición compartida por otras muchas decisiones federales en supuesto similares: *Lueck*, 236 F.3d at 1147, *Jennings*, 660 F. Supp. At 807-09, *Satz*, 244 F.3d at 1284, *In re Air Crash Over Taiwan*, 331 F. Supp. 2d at 1204-06, *Nai-Chao*, 555 F. Supp. At 20. Los demandantes solicitaron en su favor que se tuviese en cuenta particularmente la decisión del caso *In re Air Crash Disaster Near Palembang*, pero el tribunal californiano *distinguió* este caso recordando que en este asunto no sólo hubo víctimas de los EEUU sino que, además, el demandante también era ciudadano de ese país.

⁶⁹ Hay que reconocer, en todo caso, que la jurisprudencia norteamericana presenta soluciones contradictorias en esta materia en supuestos de aplicación de la doctrina del «forum non conveniens» a litigios sobre responsabilidad por productos defectuosos, como es el caso del planteado por los demandantes en este asunto (HERRANZ, *op. cit.*, pp. 105-106).

⁷⁰ 454 U.S. at 251, que se apoya, a su vez, en otra importante sentencia del TS de los EEUU en esta materia (*Gulf Oil*, 330 U.S. at 509).

que los tribunales norteamericanos realizasen «complejos ejercicios de derecho comparado»⁷¹. Y, de hecho, le dedica al análisis de este factor una relativa extensión (pp. 27-31). Lo hace, sin embargo, de una manera paradójica, pues, tras afirmar al comienzo mismo de sus reflexiones que la decisión sobre el Derecho aplicable al pleito es irrelevante en la medida en que el tribunal norteamericano tiene un interés *local* muy pequeño en conocer del asunto (sobre la base de lo que se ha dicho respecto del factor público anterior), a continuación realiza un análisis en el que llega a la conclusión de que lo más probable es que el pleito deba regirse por el Derecho español, sobre la base de lo que establecen las normas de conflicto («choice-of-law rules») de California, Illinois y Florida, respectivamente. Y también le dedica alguna reflexión al Derecho nacional que, en hipótesis, resultaría de aplicación si fuesen los tribunales españoles los que finalmente conociesen del asunto⁷². En cualquier caso, y como ya nos había anticipado al inicio de su análisis, el tribunal de distrito californiano concluye que, en este caso particular, la familiaridad (o, mejor dicho, la falta de familiaridad) del tribunal elegido por los demandantes con el Derecho presumiblemente aplicable al fondo del asunto favorece (sin cualificar si lo hace leve o significativamente) la desestimación de las demandas interpuestas⁷³.

— *Cargas que deben asumir el tribunal elegido y los miembros del jurado, congestión del tribunal y costes derivados de la resolución de un pleito desvinculado de un foro en particular*

36. Analiza conjuntamente el tribunal todos estos factores de interés público y lo hace de una manera breve y expeditiva, concluyendo que dichos factores también favorecen la solicitud de los demandados de que se aplique la doctrina del «forum non conveniens». Su argumentación, al igual que sucede con el factor precedente, es la de que cuando el tribunal elegido apenas tiene interés local alguno en el pleito, no puede exigirse a sus tribunales y a los miembros del jurado que incurran en costes y esfuerzos que no están justificados. El tribunal californiano hace una evaluación particular del factor relativo a la congestión de los tribunales⁷⁴ para poner de manifiesto que, por sí solo, este factor también jugaría a favor de la desestimación de las demandas interpuestas en los EEUU⁷⁵.

— *Conclusión sobre la aplicación de los factores de interés público al asunto de autos*

37. Así como en el análisis de los factores de interés privado, el tribunal se encontró con algunos que eran neutrales o que favorecían el mantenimiento de la competencia en los EEUU, en el caso de los factores de interés público, como acabamos de comprobar, ninguno de estos factores es favorable a la tesis de los demandantes y, en consecuencia, el tribunal llegó a la conclusión de que dichos factores favorecían considerable o significativamente («strongly») la desestimación de las demandas interpuestas.

4. Decisión final

38. En vista de lo que antecede, el tribunal del distrito central de California, en la figura del juez de distrito, Gary Allen Feess, adoptó la decisión de admitir («grant») la «motion to dismiss» propuesta por los demandados y desestimar («dismiss») las demandas presentadas contra MDC (Boeing) *et alia* sobre la base de la doctrina del «forum non conveniens». Para llegar a dicha conclusión se basó en que España era un foro alternativo adecuado para juzgar las causas contra los demandados, que los factores

⁷¹ Se trata, en consecuencia, de un factor diseñado en atención a la comodidad del tribunal, que se evitaría las dificultades inherentes a la identificación y aplicación al correspondiente litigio de un Derecho extranjero (HERRANZ, *op. cit.*, pp. 97-98).

⁷² P. 30.

⁷³ Un análisis interesante sobre este factor específico puede verse en R. FENTIMAN, «Foreign law and the forum conveniens», *Law and Justice in a Multistate World. Essays in Honor of Arthur von Mehren*, 2002, pp. 275-294.

⁷⁴ La utilización del «forum non conveniens» como «herramienta de descongestión del sistema judicial» ha sido debidamente puesta de manifiesto y, en su caso, calificada como un «uso incorrecto» de dicha doctrina (HERRANZ, *op. cit.*, pp. 99 y 101-102).

⁷⁵ El tribunal aprovecha la ocasión para enviar una crítica explícita a la clase política por su retraso a la hora de cubrir las vacantes judiciales existentes, lo que sería necesario para hacer frente a la sobrecarga de trabajo que experimentan, a su juicio, los tribunales norteamericanos (p. 32, nota a pie 10). Como vemos, no hay país que escape a este problema.

de interés privado favorecían, sin cualificar, la desestimación de las demandas y que los factores de interés público también favorecían, en este caso significativamente, dicha desestimación. Especialmente, el tribunal, en su conclusión final, hizo referencia expresa a la regla que, en estos casos, establece que la elección del tribunal por el demandante no merece tanta deferencia («deserves diminished deference») cuando éste es extranjero.

39. La decisión del tribunal californiano es susceptible de recurso ante el tribunal de apelación («court of appeals») competente. Suponemos que dicha apelación se planteará (o habrá planteado) debidamente. Y habrá que esperar a lo que establezca el correspondiente tribunal de circuito. Si este tribunal confirma («affirms») la decisión del tribunal de distrito, la aventura norteamericana del caso Spanair habrá acabado. Y, como dicta el sentido común, no es de esperar que los demandantes reformulen sus demandas ante los tribunales españoles como foro más conveniente. La pretensión de los demandantes sólo tiene sentido si el litigio puede sustanciarse ante los tribunales norteamericanos en atención a las más altas indemnizaciones que pueden llegar a acordarse en el sistema judicial norteamericano.

IV. Conclusión

40. Cuando finalizamos estas páginas está a punto de cumplirse el tercer aniversario de la tragedia aérea de barajas. Hace pocos días se ha hecho público el informe final del CIAIAC y los medios de prensa han recogido con alguna atención las opiniones que, en diversos sentidos, dicho informe ha suscitado. El Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, por su parte, sigue su instrucción y confiemos en que pueda acabarla bien y cuanto antes, para que se abra, por fin, la fase final de un proceso penal, que, hasta que no concluya, no podrá *satisfacer* (si es que esto es posible) a todas las partes implicadas en este desgraciado siniestro. Aunque, lógicamente, hemos tenido un ojo puesto en la evolución del procedimiento judicial nacional a la hora de escribir las reflexiones que ahora concluimos, nuestro objetivo principal ha sido otro. Aprovechando que se trataba de un asunto que nos resultaba, por razones obvias, muy próximo, hemos querido realizar un resumen de la doctrina del «forum non conveniens» vigente en la jurisprudencia norteamericana a la luz de lo que establece la decisión *In re Air Crash At Madrid, Spain, On August 20, 2008*. Y en este sentido podemos asegurar que esta decisión mantiene las claves conceptuales y aplicativas que han caracterizado a la doctrina del «forum non conveniens» desde que fue pergeñada en sus inicios por la jurisprudencia norteamericana. Se trata, por lo tanto, de una decisión que puede servir de modelo para explicar cómo abordan los tribunales norteamericanos este fenómeno, que no es en modo alguno infrecuente. Y también puede servir para poner de manifiesto los riesgos que, en su caso, supone correr aventuras litigiosas en el extranjero al albur de promesas de indemnizaciones multimillonarias. Ya pusimos de manifiesto que no podemos oponernos, en términos generales («forum shopping permitting») al ejercicio de pretensiones resarcitorias de esta naturaleza cuando las normas aplicables así lo permitan ¿Por qué no habríamos de poder demandar en su país al fabricante de un producto dañoso, si, además, ese país es más generoso que el nuestro en la compensación resarcitoria? Siempre que la pretensión sea justa y esté jurídicamente bien planteada, nada habrá que objetar. Pero, siendo esto así, tampoco hay que dejarse engañar por cánticos de sirena más o menos entonados. La jurisprudencia norteamericana en materia de «forum non conveniens» mantiene unos estándares regulares y constantes en su aplicación, como hemos puesto de manifiesto en este análisis, pero no es infrecuente advertir en algunas de sus sentencias una tendencia de protección de las empresas norteamericanas, a través de dicho expediente, frente a reclamaciones extranjeras que, jurídicamente, se sostienen sobre una cuerda que está a punto de romperse. Seamos, por tanto, más cuidadosos, y más honestos, con estas aventuras judiciales foráneas.

EL PASAJERO AÉREO DESPROTEGIDO:
*Obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos
por incumplimientos de las compañías aéreas*
(A propósito de la STJUE de 9 julio 2009, Rehder, As. C-204/08)

PILAR MAESTRE CASAS

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

Recibido: 12.08.2011 / Aceptado: 23.08.2011

Resumen: A fin de precisar los tribunales competentes en demandas de compensación de los pasajeros contra compañías aéreas por cancelación de vuelos, el TJUE resuelve el problema de determinar el lugar de prestación del servicio en el caso de obligaciones contractuales derivadas de un contrato de transporte aéreo internacional.

La solución aportada [«en caso de transporte aéreo de personas desde un Estado miembro con destino a otro Estado miembro, llevado a cabo en ejecución de un contrato celebrado con una única compañía aérea que es el transportista efectivo, el tribunal competente para conocer de una demanda de compensación basada en dicho contrato de transporte (...), es, a elección del demandante, aquél en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el lugar de llegada del avión, tal como dichos lugares estén previstos en el contrato»] puede contribuir a aplacar la desprotección del pasajero, siempre que, bien el lugar de partida, bien el lugar de llegada, coincidan con el domicilio del pasajero. De otro modo, sigue sin poder acudir al *forum actoris* previsto para los contratos de consumo a pesar de cumplir con todas las circunstancias exigidas en el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

Palabras clave: transportes aéreos, Reglamento 44/2001, Reglamento 261/2004 y Convenio de Montreal, demandas de compensación por cancelación de vuelos, tribunal del lugar de cumplimiento de la prestación: órganos jurisdiccionales de los lugares de partida y llegada, protección del consumidor.

Abstract: In order to fix jurisdiction in suits against airlines for compensation in case of cancellation of flights, the Court of Justice of the European Union resolved the problem of determining the place where the service was rendered in the case of contractual obligations deriving from an international air transport contract.

The solution given [‘in the case of air transport of passengers from one Member State to another Member State, carried out on the basis of a contract with only one airline, which is the operating carrier, the court having jurisdiction to deal with a claim for compensation founded on that transport contract (...) is that, at the applicant’s choice, which has territorial jurisdiction over the place of departure or place of arrival of the aircraft, as those places are agreed in that contract’] may contribute to alleviating the passenger’s lack of protection, as long as the place of departure or the place of arrival coincides with the passenger’s domicile. Otherwise, the passenger still cannot apply to the *forum actoris* stipulated for consumer contracts despite fulfilling all the circumstances demanded in Article 15 of Regulation 44/2001.

Key words: air transport, Regulation 44/2001, Regulation 261/2004 and Montreal Convention, passenger claims for compensation in the case of flight cancellation, jurisdiction of the Court at the places of arrival and departure, consumer protection.

Sumario: I. Presentación del problema. 1. Supuesto de hecho. 2. El porqué de la cuestión prejudicial. 3. Aspectos problemáticos. II. Derechos de compensación y asistencia de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. 1. Pluralidad normativa: Convenio de Montreal y Reglamentos comunitarios. 2. Reglamento 261/2004 relativo a normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. A) Ámbitos de aplicación. B) Objetivos. C) Puesta en práctica del Reglamento 261/2004. III. Acciones judiciales de reclamación del derecho a compensación y asistencia. 1. Calificación del contrato de transporte aéreo de pasajeros y su ubicación en el sistema de competencia judicial internacional. 2. Competencia judicial internacional en contratos de servicios. 3. Competencia judicial internacional en contratos de consumo. IV. Solución a la cuestión prejudicial. 1. Respuesta y fundamentos de la misma. 2. Oportunidad de la solución. V. Conclusiones.

I. Presentación del problema

1. Los hechos que dan lugar a la sentencia objeto de comentario, lamentablemente, no son infrecuentes sino, al contrario, pueden resultarnos muy familiares como usuarios del transporte aéreo. Se trata de situaciones harto conocidas, incluso padecidas, de todo tipo de incumplimientos en el transporte aéreo. Al desasosiego y ansiedad que crea la espera durante largas horas en un aeropuerto se une la incertidumbre sobre el viaje que, con más frecuencia de la deseable, puede verse frustrado. La cancelación de un vuelo, los grandes retrasos, la denegación de embarque por *overbooking*, son situaciones que pueden ocasionarnos graves molestias¹.

2. Como pasajeros somos acreedores de toda una batería de derechos que nos reconoce la normativa y, en concreto, en el ámbito comunitario el Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91 (en adelante Reglamento 261/2004)².

Para conocer nuestros derechos como pasajeros basta con dar un paseo por la dirección web de AESA (Agencia Estatal de Seguridad Aérea), organismo español responsable del cumplimiento del Reglamento 261/2004³.

3. A pesar del carácter obligatorio del Reglamento 261/2004, las dificultades radican en garantizar su cumplimiento, pues si bien están previstos Organismos Responsables del Cumplimiento (ORCs) del Reglamento 261/2004, hemos de saber que cuando adquirimos un billete, estamos formalizando un contrato con la compañía aérea y, en caso de incumplimiento, únicamente la compañía es responsable frente al pasajero. Si la compañía no cumple con las obligaciones que le corresponden, o la solución dada por la compañía no nos satisface «siempre le queda la vía judicial para conseguir que éstas cumplan con la normativa o para obtener una indemnización por daños y perjuicios»⁴.

Ahora bien, ¿dónde vamos a solicitar la compensación que la norma nos reconoce? ¿A quién vamos a reclamar los gastos generados o costes adicionales cuando la espera en el aeropuerto se hace interminable o, sencillamente, no podemos realizar el viaje programado?

¹ Para una muestra B.A. GONZÁLEZ NAVARRO, «Transporte aéreo: enero de 2009 en el Aeropuerto de Madrid-Barajas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2009, en www.westlaw.es BIB 2009\1488. Todo lo que narra puede ser trasladado a diciembre de 2010 con la guerra abierta por los controladores aéreos.

² DO L 46 de 17 febrero 2004, texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo (EEE). Para una exposición del salto del Reglamento 295/91 al Reglamento 261/2004, *vid.* B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «La responsabilidad del transportista aéreo en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos en el Derecho comunitario», en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *I Congreso Internacional de transporte. Los retos del Transporte en el Siglo XXI*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 1225-1247.

³ http://www.seguridadaerea.es/AESA/LANG_CASTELLANO/PASAJEROS/

⁴ *Vid.* la última línea del texto en el apartado reclamaciones a compañías aéreas http://www.seguridadaerea.es/AESA/LANG_CASTELLANO/PASAJEROS/RECLAMACIONES/reclamaciones_companias_aereas.htm

4. Esta es la cuestión, cómo ejercer el derecho a tutela judicial en litigios transfronterizos vinculados al transporte aéreo de pasajeros siendo que la solución de reclamación judicial en casos de incumplimiento de la norma por parte de la compañía aérea resultará un método costoso y largo, a la par que poco operativo, sobre todo cuando el consumidor y compañía aérea no comparten Estado de domicilio⁵, pues en su mayoría serán reclamaciones consistentes en pequeñas cantidades en relación con las costas judiciales⁶.

La supervisión que de la aplicación del Reglamento lleven a cabo los ORCs no afecta a los derechos de los pasajeros a obtener reparación por vía judicial con arreglo a los procedimientos nacionales.

5. El litigio que da lugar a la sentencia objeto de comentario aborda directamente y por primera vez este problema: la reclamación vía judicial de cantidad en concepto de compensación por cancelación de un vuelo aéreo.

Se trata de concretar ante qué tribunales puede accionar el pasajero en caso de incumplimiento de contrato.

6. Podría pensarse que ésta es una cuestión menor, por tratarse de materia procesal y no de fondo⁷, y, sin embargo, únicamente con reglas claras sobre los tribunales o autoridades ante los que reclamar en litigios transfronterizos se logrará una tutela judicial efectiva del pasajero aéreo⁸.

En nuestro análisis, necesariamente limitado, al hilo del asunto que comentamos, partiendo de la exposición de los hechos que dan lugar a las cuestiones prejudiciales, intentaremos abordar algunos aspectos que giran en torno al contrato de transporte de pasajero aéreo y al ejercicio de los derechos de los pasajeros contenidos en la normativa comunitaria europea, limitándonos a los casos de denegación de embarque, cancelación o gran retraso de los vuelos.

1. Supuesto de hecho

7. El señor Rehder, residente en Munich (Alemania), reclama contra la compañía aérea Air Baltic, domiciliada en Riga (Letonia), por la cancelación del vuelo que el demandante había reservado para desplazarse de Munich a Vilnius (Lituania), debiendo viajar vía Copenhague (Dinamarca) tras la modificación de su reserva por Air Baltic, lo que le supuso un retraso de más de seis horas en la llegada a su destino en Lituania respecto del vuelo inicialmente contratado.

La indemnización que solicita, por importe de 250 €, es la que le corresponde con arreglo al Reglamento 261/2004, concretamente a los artículos 5.1, letra c) y 7.1, letra a) del mismo, por tratarse de un vuelo de menos de 1.500 kilómetros⁹.

8. La demanda de compensación se interpuso en Alemania ante el tribunal correspondiente a la demarcación territorial en que se halla el aeropuerto de Munich (Amtsgericht Erding), entendiéndose que, como aeropuerto de salida, ahí se concreta el lugar de prestación del servicio para hacer operativo el criterio especial de competencia judicial internacional contenido en el artículo 5.1, letra b), segundo guión del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la compe-

⁵ Vid. la noticia a la que alude S. AREAL LUDEÑA, «El contrato internacional de transporte aéreo» en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, pp. 763-764, al parecer los recortes de vuelos de Spanair e Iberia con origen o destino en Vigo llevaron a los vigueses a usar Oporto para volar a Europa.

⁶ B. FERRER TAPIA, «Aproximación al nuevo régimen del “overbooking” y otros incumplimientos del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 72, 2005, pp. 31-48, en esp. p. 47.

⁷ N.E. LUONGO Y A. PIERA, «La jurisdicción en las formas modernas de contratación del transporte aéreo internacional de pasajeros», *Revista de Derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 4, 2010, pp. 115-150, en particular p. 150.

⁸ A nuestros tribunales no parece preocuparles la cuestión de la competencia judicial internacional, véase a modo de ejemplo la SAP Valencia (Sección 9ª) 9 diciembre 2010 (AC 2011\205).

⁹ Para el cálculo de las distancias se usa el método de la ruta ortodrómica que puede consultarse en la dirección web de AESA http://www.seguridadaerea.es/AESA/LANG_CASTELLANO/PASAJEROS/GUIA_VIAJERO/PREGUNTAS_FRECUENTES/REG261/faq_rutaortodromica.htm

tencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reglamento 44/2001)¹⁰.

En primera instancia la demanda es estimada pero la compañía aérea Air Baltic recurre en apelación ante el Oberlandesgericht Munich, alegando que el lugar de prestación del servicio se concreta en el lugar donde la compañía tiene su domicilio y no en el aeropuerto de salida, lo cual eliminaría la competencia de los tribunales alemanes para pronunciarse sobre la demanda obligando al señor Rehder a litigar ante los tribunales de Letonia, y en concreto ante los de Riga.

La estimación de la apelación anulando la resolución dictada en primera instancia lleva al señor Rehder a recurrir en casación ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán) debiendo resolver el problema de concretar el lugar de cumplimiento en el caso de contratos de prestación de servicios como los de transporte aéreo internacional de pasajeros.

2. El porqué de la cuestión prejudicial

9. La pregunta surge a propósito de la interpretación que para entonces había ofrecido el TJUE en el caso *Color Drack* sobre el foro especial del «lugar de entrega» en contratos de compraventa internacional de mercaderías, contenido en el artículo 5.1, letra b), primer guión del Reglamento 44/2001¹¹.

En este asunto se declaró que el criterio «el lugar de entrega» es válido para supuestos de pluralidad de lugares de entrega de las mercaderías, como criterio de vinculación autónomo que debe aplicarse a todas las demandas basadas en el mismo contrato de compraventa de mercaderías y no sólo a las basadas en la propia obligación de entrega¹². Habrá que considerar como «lugar de cumplimiento», en caso de pluralidad de lugares de entrega, el lugar que garantiza el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente, encontrándose este vínculo, por regla general, en el lugar de entrega principal, que debe determinarse en función de criterios económicos¹³. De no poderse determinar el lugar de entrega principal, cada lugar de entrega tiene una relación de proximidad suficiente con los elementos materiales del litigio y, por consiguiente, un vínculo de conexión significativa en el ámbito de la competencia judicial. En tal caso, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección sobre la base del artículo 5, número 1, letra b), primer guión del Reglamento 44/2001¹⁴.

10. No puede pasarse por alto que en el caso *Color Drack* se estaba resolviendo un problema de pluralidad de lugares situados en el territorio de un único Estado miembro sembrando la duda, particularmente, desde que el propio TJUE manifestó que las consideraciones en las que fundamentaba su respuesta se limitaban al supuesto de una pluralidad de lugares de entrega en un único Estado miembro sin prejuzgar la respuesta en el caso de pluralidad de lugares de entrega en varios Estados miembros¹⁵.

Hecha la salvedad y, como era previsible, las cuestiones prejudiciales para los casos de pluralidad de lugares de cumplimiento en varios Estados miembros no se hicieron esperar, poniendo de manifiesto que no son pocos los problemas sobre cómo determinar ese «lugar de la prestación principal» en función de criterios económicos¹⁶.

¹⁰ DO L 12 de 16 enero 2001. Última modificación llevada a cabo por el Reglamento (UE) n° 416/2010 de la Comisión, de 12 de mayo 2010, por el que se modifican los anexos I, II y III del Reglamento 44/2001 (DO L 119 de 13 mayo 2010).

¹¹ STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05, comentada por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ en *REDI*, vol. LIX, núm. 1, 2007, pp. 282-285 y R. ARENAS GARCÍA en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 919-929.

¹² Apartado 26 de la STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05.

¹³ Apartado 40 de la STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05, apartándose de la propuesta del Abogado general Sr. YVES BOT (apartado 131) que quiso evitar el término «lugar de entrega principal» proponiendo que «... Cuando la demanda concierne a todas las entregas, corresponde al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio se han entregado las mercaderías determinar si el demandante puede emplazar al demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección o únicamente ante el tribunal de uno de esos lugares en particular. Si el Derecho de dicho Estado no establece reglas de competencia especial, el demandante podrá emplazar al demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección».

¹⁴ Apartado 42 de la STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05.

¹⁵ Apartado 16 de la STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05.

¹⁶ Así, en la STJUE de 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger*, As. C-19/09, con nota de K. FACH

11. Un primer interrogante que el asunto *Color Drack* dejó sin respuesta es el de la extensión por analogía a los contratos de servicios plurilocalizados en distintos Estados miembros.

A esto se añade la dificultad de aplicar esos criterios económicos a casos de prestación de servicios con cumplimiento extendido, tal como sucede en un contrato de transporte en el cual se van prestando diferentes elementos del servicio en diferentes Estados¹⁷.

Si se trata de determinar un único lugar de cumplimiento, habrá que fijar los criterios relevantes al efecto y aclarar si es el lugar de partida o el de destino del vuelo contratado el lugar en el que se prestan esencialmente los servicios.

12. En este estado de la cuestión, el Tribunal Supremo Alemán se plantea si para el caso de obligaciones contractuales derivadas de un contrato de transporte aéreo internacional debe seguirse la interpretación del TJUE que llevaría a concentrar la competencia para conocer de este tipo de litigios en un único lugar de cumplimiento, como lugar de la prestación principal determinada en función de criterios económicos.

3. Aspectos problemáticos

13. No vamos a reprochar al TJUE que pase de puntillas por las diversas preguntas que surgen a propósito de los contratos de transporte aéreo de pasajeros, pues ciertamente su respuesta está condicionada por las cuestiones prejudiciales planteadas.

Sorprende que siendo la primera vez que se pide la interpretación del foro especial «lugar de cumplimiento de los servicios» prestados en varios Estados miembros (insistiendo en la salvedad «no prejuzgan la respuesta que deba darse en el caso de pluralidad de lugares de entrega en varios Estados miembros»), la sentencia haya sido dictada sin Conclusiones del Abogado general¹⁸.

A propósito del supuesto de hecho nos detendremos en algunas cuestiones que en absoluto son pacíficas, y, quizá, hubieran exigido un mayor detenimiento por parte del Tribunal. Así:

14. No habría estado de más una mayor precisión en los motivos de aplicación del Reglamento 44/2001 frente al Convenio de Montreal para determinar la competencia de los tribunales alemanes.

15. La calificación de los contratos de transporte como contratos de servicios no es tan pacífica como se da a entender a lo largo de la sentencia. El Tribunal no dedica ni un apartado a calificar el tipo de contrato; parte de la premisa de que es un contrato de prestación de servicios ubicado en el foro especial previsto para obligaciones contractuales, sin mayores consideraciones.

16. Si en vez de centrarnos en el contrato de servicios nos centramos en la pretensión del demandante¹⁹, dada la incidencia del principio de igualdad de trato de los pasajeros, analizando la normativa en la que basa su pretensión debemos plantearnos por qué sí son consumidores los pasajeros que contratan un viaje combinado y no los que compran un viaje simple. Al pasajero víctima de retraso, cancelación o denegación de embarque de un vuelo que forma parte de un viaje combinado se le considera un consumidor en los términos del Reglamento 44/2001 y, por tanto, se le ofrece la posibilidad de actuar en vía judicial en su propio domicilio.

GÓMEZ en *REDI*, vol. LXII, núm. 1, 2010, pp. 208-210, el Tribunal resuelve qué ha de entenderse por lugar de prestación del servicio en un contrato de agencia que se lleva a cabo en varios Estados siendo que no se puede determinar un lugar de cumplimiento principal. Esta sentencia dio lugar al archivo por Auto de 29 abril 2010 (*DO C 234* de 28 agosto 2010) de la Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien (Austria) el 24 de abril 2009, *Ronald Seunig/Maria Hölzel*, Asunto C-147/09 (*DO C 153* de 4 julio 2009) al tratarse de cuestiones similares.

¹⁷ S. LEIBLÉ, «Zuständiges Gericht für Entschädigungsansprüche von Flugpassagieren», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 16, 2009, pp. 571-573, esp. p. 572.

¹⁸ Cf. L. IDOT, «Compétence spéciale en matière contractuelle, note à l'arrêt CJCE, 9 juill. 2009, aff. C-204/08, Peter Rehder», *Europe*, octubre 2009, comentario núm. 385, p. 29.

¹⁹ Vid. M. COMBET, «Indemnisation des passagers de transports aériens au sein de l'Union européenne: quelle loi? quel juge? (à propos de l'arrêt *Rehder* du 9 juillet 2009)», *Revue Lamy Droit des Affaires*, núm. 42, 2009, pp. 67-70, en particular p. 69.

17. Puesto que el pasajero no deja de ser un consumidor, nos merece una consideración particular el porqué de la exclusión del pasajero aéreo del beneficio de la tutela judicial en litigios transfronterizos prevista en el Reglamento 44/2001 a los consumidores²⁰.

II. Derechos de compensación y asistencia de los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos

1. Pluralidad normativa: Convenio de Montreal y Reglamentos comunitarios

18. Para determinar la responsabilidad del transportista aéreo respecto del pasajero contamos con una pluralidad de normas que plantean los ya habituales problemas de delimitación en Derecho internacional privado²¹. No pretendemos ningún exhaustivo análisis de la normativa al respecto sino únicamente valorar su aplicabilidad a los efectos de delimitar los tribunales competentes, para lo cual debemos considerar la pretensión del demandante que no es otra que obtener una indemnización por cancelación de vuelo²².

19. Primeramente debemos considerar el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, que forma parte del ordenamiento jurídico comunitario a partir 28 de junio de 2004²³. Éste regula de forma directa la responsabilidad del transportista aéreo, tanto por daños a las personas como a las mercancías transportadas e incumplimiento de horarios²⁴.

Por lo que nos interesa, contiene disposiciones dedicadas a la jurisdicción, al arbitraje así como a la validez de la cláusula de elección de foro (artículos 33, 34 y 49 respectivamente). Así, en su artículo 33.1 se establece que «una acción de indemnización de daños deberá iniciarse, a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, sea ante el tribunal del domicilio del transportista o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del lugar de destino...». Y para el caso de acciones de responsabilidad por muerte o lesiones del pasajero, en el artículo 33.2 contiene la llamada *quinta jurisdicción* permitiendo al pasajero litigar en su domicilio (*forum actoris*), con ciertas condiciones particulares, cuando éste se localice en el momento del accidente y hacia y desde el cual el transportista explota servicios de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial, y en que el transportista realiza sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene un acuerdo comercial²⁵.

²⁰ Si consultamos en *Eur-Lex* la referencia al derecho a compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, el *DESCRIPTOR EUROVOC* NO DEJA LUGAR A DUDAS, ESTAMOS ANTE NORMAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, *VID.* en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0261:ES:NOT>

²¹ *Vid.* R. RUEDA VALDIVIA, «La responsabilidad del transportista aéreo en el transporte internacional de pasajeros. Pluralidad normativa y problemas de delimitación», en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *I Congreso Internacional de transporte. Los retos del Transporte en el Siglo XXI*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 1301-1327.

²² Para un estudio más completo de la normativa, ver S. AREAL LUDEÑA, «El contrato internacional de transporte aéreo» en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, pp. 759-801. Recientemente en esta misma revista A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 179-194, en <http://www.uc3m.es/cdt>

²³ Convenio de 28 mayo 1999 (*BOE* de 20 mayo 2004, *RCL* 2004\1224). Firmado por la Comunidad el 9 de diciembre 1999 y aprobado por la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 abril 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (*DO* L 194 de 18 julio 2001).

²⁴ Para estudios más detallados, consultar J. DE PAZ MARTÍN, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, Colex, 2006; Mª.J. GUERRERO LEBRÓN, *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; R. RUEDA VALDIVIA, *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2002.

²⁵ Regla que nos recuerda a la «actividad dirigida» del artículo 15.1, letra c) del Reglamento 44/2001. *Vid.* N.E. LUONGO Y A. PIERA, «La jurisdicción en las formas modernas de contratación del transporte aéreo internacional de pasajeros», *Revista de Derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 4, 2010, pp. 115-150, particularmente pp. 128-131.

20. Al Convenio de Montreal lo acompañan, de un lado, el Reglamento (CE) nº 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje²⁶, que, incorporando por referencia el Convenio de Montreal²⁷, establece un régimen de responsabilidad por daños desarrollando las disposiciones pertinentes del Convenio de Montreal en relación con el transporte aéreo de pasajeros y su equipaje a todos los vuelos realizados por compañías aéreas comunitarias, ya sean internos, comunitarios o extracomunitarios²⁸. De otro, el ya mencionado Reglamento 261/2004 que establece normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos que no contiene ni reglas sobre daños a las personas o al equipaje ni disposiciones sobre tribunales competentes²⁹.

Con este marco normativo, el régimen de responsabilidad del transportista aéreo dependerá del tipo de daño por el que se exige responsabilidad, distinguiendo dos grandes categorías de daños, una por los ocasionados por muerte o lesión del pasajero, avería, destrucción o pérdida del equipaje, así como por retraso del pasajero o de su equipaje y, otra, por los ocasionados por incumplimiento del contrato, estando la primera categoría regulada por Derecho material uniforme, convencional o comunitario, mientras que la segunda únicamente está prevista en normativa de carácter comunitario³⁰.

21. Todo retraso en el transporte aéreo de pasajeros, y especialmente si es importante, puede ocasionar, con carácter general, dos tipos de daño. Por una parte, un retraso demasiado grande ocasionará perjuicios prácticamente idénticos para todos los pasajeros, cuya reparación puede adoptar la forma de una asistencia o de una atención, estandarizadas e inmediatas, a todos los interesados mediante, por ejemplo, el ofrecimiento de refrescos, comidas, alojamiento y llamadas telefónicas³¹. Por otra parte, los pasajeros pueden sufrir perjuicios individuales, inherentes al motivo de su desplazamiento, cuya reparación exige una apreciación caso por caso del alcance de los daños ocasionados, y sólo puede, en consecuencia, ser objeto de una indemnización *a posteriori* e individualizada³².

Tanto el Convenio de Montreal como el Reglamento contemplan en su ámbito material la responsabilidad por retrasos, si bien la compensación prevista en el Convenio de Montreal se basa en el principio de reparación mientras que el Reglamento 261/2004 prevé una compensación automática a tanto alzado sin prueba de daño real³³.

El Reglamento 261/2004 recoge derechos mínimos de los pasajeros por lo que sin perjuicio de los mismos, se podrán ejercitar acciones para recibir compensaciones suplementarias, tales como reparaciones por daños morales que no contempla el Reglamento 261/2004³⁴.

²⁶ DO L 285 de 17 octubre 1997, con las modificaciones realizadas por el Reglamento (CE) nº 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo 2002 (DO L 140 de 30 mayo 2002).

²⁷ De acuerdo con su artículo 3.1 «La responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a dicha responsabilidad». Cf. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 184, en <http://www.uc3m.es/cdt>

²⁸ Especialmente crítico con el mismo se muestra S. AREAL LUDEÑA, «El contrato internacional de transporte aéreo» en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, pp. 766-768.

²⁹ Las bases de ambos Reglamentos, que constituyen el régimen comunitario de protección de los pasajeros se encuentra en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo [Documento COM (2000) 365 final, Bruselas, 21 junio 2000] sobre «protección de los pasajeros en la Unión Europea» y la Resolución del Consejo de 2 de octubre 2000, sobre los derechos de los pasajeros de líneas aéreas (DO C de 14 octubre 2000).

³⁰ R. RUEDA VALDIVIA, «La responsabilidad del transportista aéreo en el transporte internacional de pasajeros. Pluralidad normativa y problemas de delimitación», en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *I Congreso Internacional de transporte. Los retos del Transporte en el Siglo XXI*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 1301-1327, en particular 1323.

³¹ Apartado 69 de la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04 y apartado 18 de la STJCE de 22 diciembre 2008, *Wallentin-Hermann*, As. C-549/07.

³² Apartado 43 de la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04.

³³ S. AREAL LUDEÑA, «El contrato internacional de transporte aéreo» en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, p. 785.

³⁴ El artículo 12.1 pone de manifiesto que la compensación a tanto alzado del artículo 7, apartado 1, no pretende sustituir la compensación en virtud del Convenio de Montreal. Se trata de un «primer tramo de responsabilidad» del transportista, Cf. J. DE PAZ MARTÍN, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, Colex, 2006, p. 360.

De ahí que el régimen del Reglamento sea diferente y complementario del sistema del Convenio de Montreal³⁵, lo que todavía hoy sigue provocando serias fricciones entre uno y otro³⁶.

Esta es la situación que se plantea en el caso pendiente ante el Tribunal de Justicia afectando a varios pasajeros que viajaban en un vuelo de Air France de París a Vigo en septiembre de 2008³⁷. De acuerdo con las Conclusiones presentadas por la Abogada General, la normativa comunitaria no establece ninguna limitación al tipo de daño por el que el pasajero puede reclamar incumbiendo la determinación al Derecho nacional que, a su vez, ha de tener en cuenta el Convenio de Montreal, pudiendo incluir el daño moral³⁸. El hecho de que se deba una compensación con arreglo a los artículos 5.1, letra c) y 7 del Reglamento no impide que un pasajero pretenda obtener una compensación suplementaria por los gastos realizados debido a que el transportista aéreo no cumplió con sus obligaciones conforme a los artículos 8 o 9. Aunque tal compensación no se prevea explícitamente, está claro que la obligación de proporcionar atención y asistencia sería inane si su cumplimiento no pudiera imponerse, incluso aunque el demandante no haya invocado explícitamente tales disposiciones. De hecho, una norma nacional que condujera a ese resultado sería inadmisibles en la medida en que negaría a los demandantes unos derechos que el Reglamento les reconoce. El deber de pagar una compensación con arreglo al artículo 7 y el deber de atención y asistencia son concurrentes y cumulativos³⁹.

Por tanto, el ejercicio de los derechos reconocidos en el Reglamento 261/2004 por parte de los pasajeros, sea por contrato de transporte simple, sea por viaje combinado, no impide que el pasajero, tras verse compensado y asistido, inicie un procedimiento por los daños ocasionados, bien directamente contra el transportista, bien contra la agencia de viajes con quien contrató el viaje⁴⁰.

³⁵ Vid. J. DE PAZ MARTÍN, «El carácter complementario del Reglamento 261/2004/CE respecto del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional (Comentario a la STJCE de 10 de enero de 2006, en el Asunto C-344/2004)», *Diario La Ley*, núm. 6431, 28 de febrero 2006, Ref. D-53.

³⁶ En estos momentos se encuentran pendientes de pronunciamiento múltiples cuestiones prejudiciales (por ejemplo, todas las planteadas por tribunales alemanes en los Asuntos C-226/10, C-581/10, C-11/11, C-151/11, C-255/11) poniendo de relieve que el derecho a compensación en caso de gran retraso aún no es una cuestión cerrada, así como tampoco los plazos para la reclamación (vid. la cuestión prejudicial planteada por la AP Barcelona el 21 de marzo 2011, *Juan Cuadrench Moré c. KLM*, Asunto C-139/11).

³⁷ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra (España) el 11 de febrero 2010, *Sousa Rodríguez y otros contra Air France*, As. C-83/10 (DO C 113 de 1 mayo 2010). El Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra pregunta, además de la interpretación del concepto cancelación por las circunstancias que se describen en el caso de despegue del vuelo y vuelta al aeropuerto de partida por problemas técnicos, «si el concepto de compensación suplementaria del artículo 12 del Reglamento 261/2004 debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional, en caso de cancelación, conceder indemnización de daños y perjuicios, incluyendo daños morales por incumplimiento del contrato de transporte aéreo conforme a los criterios establecidos en la normativa y jurisprudencia nacional sobre el incumplimiento contractual o (si), por el contrario dicha compensación ha de obedecer sólo a gastos realizados por los pasajeros debidamente acreditados y no resarcidos suficientemente por el transportista aéreo conforme a lo que exigen los artículos 8 y 9 del Reglamento 261/2004/CE, sin haberse invocado dichos preceptos o, por último, si estos dos conceptos de compensación suplementaria son compatibles entre sí».

³⁸ Apartado 59 de las Conclusiones de la Abogada General ELEANOR SHARPSTON el 28 de junio 2011, citando la STJUE de 6 mayo 2010, *Axe Walz*, As. C-63/09, comentada por R. RUEDA VALDIVIA, «AXEL WALZ c. CLICKAIR, S.A.: ¿Voluntad de asegurar una interpretación uniforme del Convenio de Montreal en la U.E. o protección de los intereses de las compañías aéreas comunitarias en tiempos de crisis?», *Diario La Ley*, núm. 7435, 30 Jun. 2010. No compartimos la opinión de B. FERRER TAPIA, «Aproximación al nuevo régimen del “overbooking” y otros incumplimientos del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 72, 2005, pp. 31-48, en esp. p. 47 que propone que «el Reglamento podría haber constituido la ocasión perfecta para establecer una compensación alzada del daño moral como específica de la denegación de embarque, el retraso y la cancelación de vuelos. Es decir, el Reglamento podría haber fijado una cantidad, que sirviese para compensar los daños morales sufridos y que comúnmente afectan a los viajeros, sin necesidad de tener que reclamarlos a través de la vía judicial. De este modo, se podrían haber evitado muchas demandas de bajas cuantías porque los intereses de los viajeros ya han quedado satisfechos».

³⁹ Apartados 60 y 61 de las Conclusiones de la Abogada General.

⁴⁰ Vid. M^a.B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «La responsabilidad de las agencias de viajes en los contratos de viaje combinado y la protección del consumidor (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001)», en A. J. AURIOLAS MARTÍN, (Coord.), *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 139-148.

2. Reglamento 261/2004 relativo a normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos

A) Ámbitos de aplicación

22. Los beneficiarios del Reglamento son los pasajeros que toman un vuelo bien con salida desde un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro [artículo 3.1, letra a)], bien con salida desde un aeropuerto situado en un país tercero y con destino en un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro a condición de que el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo sea un transportista comunitario [artículo 3.1, letra b)] siempre que se den además las condiciones del apartado 2 del artículo 3⁴¹.

Son beneficiarios todos los pasajeros, incluidos los consumidores de viajes combinados (artículo 3.6), salvo los que viajen gratuitamente o con un billete de precio reducido que no esté directa o indirectamente a disposición del público (artículo 3.3).

Se trata de un ámbito de aplicación que busca beneficiar a los pasajeros comunitarios, discriminando el dato de la nacionalidad de la compañía aérea (comunitaria o extracomunitaria)⁴².

23. Materialmente se aplica en caso de denegación de embarque contra la voluntad del pasajero, cancelación de su vuelo o retraso del mismo (artículo 1.1)⁴³.

Con el Reglamento 261/2004, aparece por primera vez en el orden internacional la responsabilidad por cancelación de vuelo que junto con la denegación de embarque, configuran los supuestos de incumplimiento absoluto del contrato, lo que nos sitúa fuera del ámbito material del Convenio de Montreal⁴⁴.

Y es aquí donde encontramos la razón de la aplicación del Reglamento 44/2001 y no del Convenio de Montreal para determinar la competencia de los tribunales alemanes en el caso que comentamos⁴⁵.

24. En el texto de la Sentencia *Rehder* se pone de manifiesto que esta cuestión había sido objeto de debate, se limita a señalar que los derechos basados en uno u otro acto normativo [refiriéndose al Convenio de Montreal y al Reglamento 44/2001] se rigen por distintas normas, resolviendo sin más con un «puesto que la demanda interpuesta en el asunto principal se formuló únicamente sobre la base del Reglamento 261/2004, debe examinarse dicha demanda sobre la base del Reglamento 44/2001»⁴⁶.

Creemos que no habría estado de más una mayor precisión en los motivos de aplicación del Reglamento 44/2001 frente al Convenio de Montreal para determinar la competencia de los tribunales alemanes.

Técnicamente, puesto que el Reglamento 261/2004, en el que basa su pretensión el demandante, no contiene ninguna regla de competencia y tampoco es aplicable el Convenio de Montreal, porque el derecho a una compensación estandarizado que ha invocado el demandante no encuentra fundamento en dicho Convenio, debemos recurrir a la normativa general de competencia judicial internacional.

⁴¹ Vid. apartados 30 y 31 de la STJCE 10 julio 2008, *Emirates Airlines*, C-173-07.

⁴² Cf. J. DE PAZ MARTÍN, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, Colex, 2006, p. 362 y 415.

⁴³ Para cada una de las materias, Vid. B. FERRER TAPIA, «Aproximación al nuevo régimen del “overbooking” y otros incumplimientos del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 72, 2005, pp. 31-48; M^a.B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «La responsabilidad del transportista aéreo por cancelación del vuelo», *Revista Europea de Derecho de la navegación marítima y aeronáutica*, vol. XXI-XXII, 2005, pp. 3181-3186 y P. BENAVIDES VELASCO, «La responsabilidad por retraso en el transporte aéreo de pasajeros», *Revista Europea de Derecho de la navegación marítima y aeronáutica*, vol. XXI-XXII, 2005, pp. 3173-3180.

⁴⁴ M^a.J. GUERRERO LEBRÓN, *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 425; M^a.B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «La responsabilidad del transportista aéreo por cancelación del vuelo», *Revista Europea de Derecho de la navegación marítima y aeronáutica*, vol. XXI-XXII, 2005, pp. 3181-3186.

⁴⁵ La ausencia de regulación de la cancelación y la denegación de embarque del Convenio de Montreal es coherente con el sistema de responsabilidad que establece, pues la regulación de éste se refiere al incumplimiento defectuoso o tardío, cf. J. DE PAZ MARTÍN, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, Colex, 2006, p. 404.

⁴⁶ Apartado 28 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

Tratándose de un litigio que cumple con los ámbitos territorial, material, temporal y espacial del Reglamento 44/2001, éste será el régimen a considerar. Y dentro de éste debemos valorar qué disposición es la aplicable, a lo que nos dedicaremos más adelante.

B) Objetivos

25. La actuación de la Comunidad en el ámbito del transporte aéreo debe tener como objetivo, entre otros, garantizar un elevado nivel de protección de los pasajeros y tomar en consideración los requisitos de protección de los consumidores en general, ya que las cancelaciones o los grandes retrasos de los vuelos ocasionan graves molestias a los pasajeros⁴⁷.

26. Como objetivo inmediato el Reglamento 261/2004 persigue reforzar la protección de los pasajeros víctimas de cancelaciones o de retrasos en los vuelos, reparando de forma estandarizada e inmediata los perjuicios causados a los interesados que se encuentran en tales situaciones. Las medidas de reparación estandarizada e inmediata (transporte alternativo de los pasajeros, suministro de refrescos, comidas, alojamiento, ofrecimiento de medios de comunicación con terceros), tienen por objeto atender sus necesidades inmediatas sobre el terreno, cualquiera que sea la causa de la cancelación o del retraso del vuelo⁴⁸.

Mientras que el derecho a compensación sólo nace en determinadas circunstancias [artículo 5.1, letra c)]⁴⁹ y siempre que no estemos en supuestos de circunstancias extraordinarias (artículo 5.3)⁵⁰, pesa sobre el transportista la obligación de ofrecer atención al pasajero durante el tiempo de espera (artículo 9).

27. La finalidad última es que las medidas de reparación contenidas en el Reglamento 261/2004 se perciban de forma automática «sin necesidad de que [los pasajeros] deban padecer los inconvenientes inherentes a la reclamación de indemnizaciones por vía judicial»⁵¹.

⁴⁷ *Vid.* Considerandos primero y segundo del Reglamento 261/2004. En la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04, el Tribunal confirmó expresamente que el objetivo principal del Reglamento era reforzar la protección de todos los pasajeros aéreos examinando las alegaciones de IATA y ELFAA *desde la perspectiva de los pasajeros y no de las compañías aéreas*. De ahí que en el apartado 98 declarara que «los perjuicios que sufren los pasajeros de los transportistas aéreos en caso de cancelación o de gran retraso de los vuelos son análogos, cualquiera que sea la compañía aérea con la que han contratado y no tienen relación con la política de precios practicada por ésta. En consecuencia, correspondía al legislador comunitario tratar de forma idéntica a todas las compañías aéreas, so pena de vulnerar el principio de igualdad en relación con la finalidad perseguida por el Reglamento 261/2004 de aumentar la protección de todos los pasajeros de los transportistas aéreos». No olvidemos que en sus orígenes, el establecimiento de un sistema de indemnización tasada para los supuestos de *overbooking* estaba pensado fundamentalmente para la protección de las compañías aéreas, que de esa forma podrían incluir las cantidades pagadas a los pasajeros en sus previsiones de costes e incluso asegurarlos con las Compañías aseguradoras (*cf.* I QUINTANA CARLO, «La protección del consumidor como turista», *Estudios sobre consumo*, núm. 2, 1984, p. 67).

⁴⁸ Apartado 82 de la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04.

⁴⁹ En el asunto *Sturgeon*, sobre grandes retrasos, el TJUE sostuvo que un gran retraso de al menos tres horas en la llegada al destino puede dar derecho a los pasajeros a solicitar la misma compensación que hubieran obtenido en caso de anulación del vuelo por cuanto las molestias ocasionadas a los pasajeros son semejantes (STJCE de 19 noviembre 2009, *Sturgeon*, As. C-402-07 y C-432-07). Siguiendo esta Jurisprudencia encontramos la SAP Madrid (sección 28) 12 febrero 2010 (*La ley* 25217/2010). Las reacciones por parte de las compañías no se han hecho esperar. Como muestra, en la Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Köln (Alemania) el 13 de diciembre 2010, *Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson / Deutsche Lufthansa AG*, Asunto C-581/10, se pide al Tribunal que aclare si el derecho a compensación previsto en el artículo 7 del Reglamento constituye una indemnización no compensatoria en el sentido del artículo 29, segunda frase, del Convenio de Montreal y qué relación guarda el derecho de compensación basado en el artículo 7, en el caso de que el pasajero no alcance su destino final tres horas o más después de la hora de llegada prevista inicialmente, con el derecho a la indemnización del daño causado por un retraso, previsto en el artículo 19 del Convenio, habida cuenta de la exclusión que lleva a cabo el artículo 29, segunda frase, de este mismo Convenio.

⁵⁰ Contamos con la STJCE de 22 diciembre 2008, *Wallentin-Hermann*, As. C-549/07 que aclaró cuándo no puede considerarse «circunstancia extraordinaria» un problema técnico en una aeronave. Recientemente encontramos la STJUE 12 mayo 2011, *Eglitis y Ratiņeks*, C-294-10, que vuelve sobre las «circunstancias extraordinarias». La crisis del volcán islandés puso de manifiesto lo importante que es una interpretación clara, basta con echar un vistazo a las cuestiones que penden ante el Tribunal (*Vid.* Petición de decisión prejudicial en el caso *McDonagh*, As. C-12-11 o en el caso *Finnair*, C-22-11).

⁵¹ Apartado 45 de la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04.

C) Puesta en práctica del Reglamento 261/2004

28. El Reglamento prevé en su artículo 16 que «1. Cada Estado miembro designará un organismo responsable del cumplimiento del presente Reglamento en lo que concierne a los vuelos procedentes de aeropuertos situados en su territorio y a los vuelos procedentes de un país tercero y con destino a dichos aeropuertos. Cuando proceda, este organismo adoptará las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos de los pasajeros. Los Estados miembros notificarán a la Comisión el organismo que hayan designado con arreglo al presente apartado; 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, todo pasajero podrá reclamar ante cualquier organismo designado en el apartado 1, o ante cualquier otro organismo competente designado por un Estado miembro, por un supuesto incumplimiento del presente Reglamento en cualquier aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro o con respecto a cualquier vuelo desde un tercer país a un aeropuerto situado en ese territorio...»⁵².

De acuerdo con el espíritu del Reglamento, la tramitación de reclamaciones debe tener por objeto dar una respuesta válida a los pasajeros sobre sus derechos concretos en un plazo prudencial, y no solamente informar del grado de observancia de la normativa por parte del transportista o las posibles sanciones. Ahora bien, se concede plena libertad a los Estados miembros para decidir la naturaleza del organismo encargado de esta última tarea, que puede ser o no el mismo que el que vela por el cumplimiento de la normativa sin que se defina la tramitación de reclamaciones ni se confíe su responsabilidad a un ORC competente concreto.

29. Recientemente se ha presentado la Segunda Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo y al Consejo acerca de la aplicación del Reglamento 261/2004⁵³.

Según la Comunicación, entre las conclusiones extraídas se señala la dificultad en la aplicación del Reglamento dada la falta de interpretación uniforme del mismo; las llamativas diferencias entre los procedimientos de tramitación de reclamaciones, los plazos de respuesta a los pasajeros y el carácter no vinculante y el alcance de los dictámenes de los ORC, que son motivo de frustración para los pasajeros y, además, menoscaban la aplicación del Reglamento.

En esta ausencia de procedimientos de tramitación de reclamaciones armonizados y accesibles, más el carácter no vinculante de los dictámenes de los ORCs, se encuentra la mayor quiebra de la protección ofrecida a los pasajeros.

30. Desde el punto de vista de los pasajeros, si, como señala la Comunicación, los ORCs formulan dictámenes no vinculantes que las compañías aéreas pueden no seguir y además no siempre son reconocidos por los tribunales nacionales, especialmente cuando emite la decisión un ORC de otro Estado miembro, al pasajero no le resta más que «padecer los inconvenientes inherentes a la reclamación de indemnizaciones por vía judicial»⁵⁴.

Lo que pone de manifiesto el Asunto *Rehder* es que, aunque las medidas de reparación se calificuen de percepción automática, los tribunales están llenos de peticiones de compensación y/o asistencia incumplidas por parte de las compañías aéreas. Está claro que el señor Rehder acudió a los tribunales ante la falta de solución extrajudicial, bien porque, si presentó una reclamación en el aeropuerto de salida o en el de llegada, los ORCs implicados, alemán o lituano, no tramitaron su reclamación, o si la tramitaron, la compañía aérea Air Baltic no atendió la reclamación⁵⁵.

⁵² La relación de los ORCs la encontramos en http://www.seguridadaerea.es/NR/rdonlyres/0B8671E4-70AE-43C7-9EF3-DAC942B5AF20/39373/org_europ_responsables_reglamento_ce261_2004.pdf

⁵³ Documento COM (2011) 174 final, Bruselas 11 de abril 2011. *Vid.* el informe elaborado por Steer Davies Gleeve en http://ec.europa.eu/transport/passengers/studies/passengers_en.htm. El anterior se presentó en 2007, *vid.* «Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento y los resultados del Reglamento 261/2004» [Documento COM (2007) 168 final, Bruselas 4 de abril 2007].

⁵⁴ Apartado 45 de la STJCE de 10 enero 2006, *IATA y ELFAA*, As. C-344/04.

⁵⁵ De acuerdo con la Comunicación [Documento COM (2011) 174 final, Bruselas 11 de abril 2011] según los informes de los centros europeos de los consumidores (CEC) y de las organizaciones de consumidores no es fácil averiguar cómo presentar reclamaciones a determinadas compañías aéreas. El plazo que debe esperar un pasajero para obtener el dictamen final del ORC puede oscilar hoy en día entre 4 y 18 meses, amén del tiempo que tarda la compañía en responder a la reclamación. En

III. Acciones judiciales de reclamación del derecho a compensación y asistencia

1. Calificación del contrato de transporte aéreo de pasajeros y su ubicación en el sistema de competencia judicial internacional

31. Con carácter general el contrato de transporte de viajeros se define como «acuerdo de voluntades por el que una de las partes (transportista) se obliga mediante precio a trasladar a la otra (viajero) de un lugar a otro en las condiciones pactadas»⁵⁶. Más concretamente se alude a contrato de pasaje cuando se trata del transporte de personas por aire o por mar sin que la definición difiera de la ofrecida para el transporte de viajeros salvo por el medio de transporte utilizado⁵⁷.

32. A cerca de la naturaleza del contrato de transporte de personas, y para determinar la esencia del contrato, la doctrina mercantilista lo califica de arrendamiento de obra. En el contrato de transporte de pasaje aéreo el transportista se obliga frente al pasajero a trasladarle de un lugar a otro, sin menoscabo de su integridad física ni de su equipaje⁵⁸.

«El transportista se compromete a un resultado: la realización del transporte y no simplemente a poner los medios para que el viaje pueda efectuarse independientemente de que el viajero llegue o no»⁵⁹. No se trata, por tanto, de una obligación de medio, propia de los arrendamientos de servicios⁶⁰, que simplemente exigiría efectuar un servicio sin garantizar un resultado concreto. La realización del transporte es el fin económico del contrato y la causa por la que cada una de las partes acuerda efectuarlo⁶¹. De ahí que los casos de denegación de embarque o de cancelación de vuelo constituyen incumplimientos absolutos del contrato: el transportista no traslada al pasajero siendo, sin embargo, la esencia del contrato⁶²; además debe cumplirse en el tiempo convenido en el contrato, lo que supone que si el plazo no se cumple estaremos en un cumplimiento defectuoso que generará igualmente responsabilidad⁶³.

estos momentos, para reclamar con respecto a dos incidentes similares ocurridos con el mismo billete de ida y vuelta y con el mismo transportista -por ejemplo, falta de asistencia durante dos grandes retrasos, uno en el vuelo de ida y otro en el de vuelta-, los pasajeros tienen que presentar sus reclamaciones ante dos ORC distintos, seguir dos procedimientos diferentes con plazos diferentes y obtener dos distintos tipos de dictámenes, uno de los cuales cuantifica los derechos específicos que les asisten, mientras que el otro evalúa el nivel de observancia del Reglamento... La experiencia muestra que a veces los pasajeros, al estar vinculados más estrechamente a otro punto del trayecto, parecen preferir que se les permita elegir al ORC competente para tramitar sus reclamaciones (como ocurre en el caso de las jurisdicciones competentes -Sentencia *Rehder*-). Podría estudiarse la conveniencia de ofrecer a los pasajeros una posibilidad de elección semejante en relación con el ORC competente para tramitar sus reclamaciones, ya que ello podría facilitar no sólo las acciones legales de los pasajeros, sino también el seguimiento de las decisiones del ORC por el tribunal competente del mismo país.

⁵⁶ Cf. I. QUINTANA CARLO, «El contrato de transporte de pasajeros». A) «El contrato de transporte terrestre de pasajeros» en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. II, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 427 y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 359.

⁵⁷ Vid. M. ZUBIRI DE SALINAS, «El contrato de transporte de pasajeros». B) «El contrato de pasaje» en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. II, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 461 y 465.

⁵⁸ I. QUINTANA CARLO, *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Universidad de Salamanca, 1977, p. 101.

⁵⁹ Vid. M. ZUBIRI DE SALINAS, «El contrato de transporte de pasajeros». B) «El contrato de pasaje» en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. II, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 467.

⁶⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ nos advierte que el arrendamiento de servicios no debe identificarse con el concepto de prestación de servicios, siendo éste un concepto más amplio. Cf. *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 352.

⁶¹ Vid. M. ZUBIRI DE SALINAS, «El contrato de transporte de pasajeros». B) «El contrato de pasaje» en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. II, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 467.

⁶² M^a B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Sobre las medidas comunitarias de compensación y asistencia a los usuarios del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 79, 2006, pp. 35-45, esp. p. 40.

⁶³ Como tempranamente apuntara I. QUINTANA CARLO, *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Universidad de Salamanca, 1977, p. 104. Igualmente, P. BENAVIDES VELASCO, «La responsabilidad por retraso en el transporte aéreo de pasajeros», *Revista Europea de Derecho de la navegación marítima y aeronáutica*, vol. XXI-XXII, 2005, p. 3173 y M^a B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Sobre las medidas comunitarias de compensación y asistencia a los usuarios del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 79, 2006, pp. 35-45, esp. p. 40.

33. Los contratos de transporte aparecen mencionados expresamente, por primera vez, en el sistema de competencia judicial internacional en el artículo 13 del Convenio de Bruselas, versión 1978⁶⁴, precisamente para indicar que la sección 4 relativa a competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores «no se aplicará al contrato de transporte». La exclusión se justifica, según el Informe del profesor Dr. P. SCHLOSSER, «por el hecho de que los convenios internacionales someten dichos contratos a un régimen especial con ramificaciones y de que la inclusión de dichos contratos en el Convenio, únicamente desde el punto de vista de la competencia judicial, complicaría la situación jurídica»⁶⁵. Pero añade que «la exclusión pura y simple de los contratos de transporte del ámbito de aplicación de la sección 4 significa, además, que la aplicabilidad de las secciones 1 y 2 y, en particular, del apartado 1 del artículo 5, continúa garantizada»⁶⁶.

Y esta ha sido la línea mantenida en toda la normativa comunitaria de competencia judicial internacional y ley aplicable a las obligaciones contractuales, siempre con la salvedad de los viajes combinados⁶⁷.

34. No obstante, y como se ha puesto de manifiesto, la regulación convencional uniforme no cubre todos los aspectos relativos al contrato de transporte, lo que, en términos de competencia judicial internacional, plantea el debate sobre la oportunidad de la aplicación al contrato de transporte del foro previsto para prestación de servicios en general o su inclusión en los contratos de consumo⁶⁸.

2. Competencia judicial internacional en contratos de servicios

35. Se afirma que la expresión «contratos de servicios» es una noción económica y no jurídica lo que implica que debe definirse con arreglo a criterios económicos y no mediante un análisis jurídico de la ley que rige el contrato y que establece el cuadro de obligaciones que nacen del contrato⁶⁹.

A partir de tales criterios económicos se ofrece una definición como «contrato que tiene como objetivo principal la prestación de una actividad que consiste en dar, hacer o no hacer una cosa⁷⁰, a título oneroso, gratuito o lucrativo, y no la transmisión de la propiedad de una cosa»⁷¹, debiendo ser interpretado en sentido muy amplio para lograr un auténtico efecto útil y evitar entrar en disquisiciones sobre cuál es la prestación característica de este contrato⁷².

⁶⁴ Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas 1968 (DO C 189 de 28 julio 1990).

⁶⁵ DO C 189 de 28 julio 1990, p. 227.

⁶⁶ DO C 189 de 28 julio 1990, p. 227.

⁶⁷ Lo mismo ocurre en otros ámbitos jurídicos, véase, por ejemplo, el artículo 5 de la Propuesta brasileña de Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo (noviembre 2008) presentada en la CIDIP-VII, aunque en rigor sólo se excluyen los «regulados por instrumentos internacionales en vigor». Un detallado análisis de la Propuesta puede consultarse en J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección del consumidor online en el Derecho internacional privado interamericano*, Asunción-Paraguay, CEDEP, 2009, pp. 589-638.

⁶⁸ Especialmente combativo por su inclusión en contratos de consumo se muestra S. LEIBLE, «Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor», *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 9-22. En el mismo sentido A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 179-194, en <http://www.uc3m.es/cdt>

⁶⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 182.

⁷⁰ Para I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, p. 71, las obligaciones de no hacer deberían quedar fuera del concepto prestación de servicios en la medida en que la inacción no puede considerarse como prestación de un servicio. En el mismo sentido M. VAQUERO PINTO, «Contratos de servicios», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. I, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 960, poniendo de relieve que, desde la perspectiva jurídica, deben identificarse, exclusivamente a partir de la acepción jurídica del «servicio» como objeto de la obligación de hacer y, por tanto, tienen tal consideración aquellos en que la prestación o comportamiento que debe realizar uno de los contratantes consiste en el despliegue de cierta actividad intelectual o material.

⁷¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 182. En este sentido, *vid.* la STJUE de 25 febrero 2010, *Car Trim*, As. C-381-08, con notas de F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010», *Diario La Ley*, núm. 7392, de 30 abril 2010, Ref. D-142, versión *on line* y en *REDI*, vol. LXII, núm. 1, pp. 204-206.

⁷² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 181, refiriéndose al artículo 4.1, letra b) del Reglamento Roma I.

La única forma de aplicar uniformemente el foro especial contenido en el artículo 5.1, letra b) segundo guión del Reglamento 44/2001, será imponiendo un concepto de «prestación de servicios» autónomo, propio del Reglamento 44/2001⁷³, pero teniendo en cuenta que lo que son servicios a efectos de competencia judicial igualmente lo deben ser a efectos de ley aplicable⁷⁴.

36. Como ya hemos apuntado, la inclusión de los contratos de transporte entre los contratos de servicios no es tan pacífica como da a entender la sentencia comentada⁷⁵.

Los fundamentos para defender una posible exclusión del contrato de transporte del foro especial del artículo 5.1, letra b) Reglamento 44/2001 se encuentran en las exclusiones que de ellos se hacen en el artículo 57 TFUE (antiguo artículo 50 TCE), disposición que ofrece una primera definición de prestación de servicios⁷⁶, así como en otras disposiciones del ordenamiento comunitario⁷⁷. En esa misma línea mantiene la exclusión nuestro Derecho estatal⁷⁸.

Cuando el TJUE tuvo que pronunciarse sobre la concreción del lugar de cumplimiento de la obligación de reparar al pasajero por cancelación de vuelo, sin mayores precisiones, se ubica en el segundo guión de la letra b) del apartado 1 del artículo 5 del Reglamento (foro especial para prestación de servicios). Teniendo en cuenta que poco antes el TJUE acababa de precisar el contenido del concepto prestación de servicios a los efectos del foro especial en competencia judicial internacional en el caso *Falco*⁷⁹, sorprende que en *Rehder* no encontremos ni una sola referencia a la cuestión.

37. Y la calificación que se haga no es baladí, pues de ésta depende que nos ubiquemos en la letra b) o en la letra c) del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001. Como es bien sabido, de acuerdo con la letra c) del artículo 5.1, cuando no sea aplicable la letra b) se aplicará la letra a) del mismo⁸⁰. O sea,

⁷³ Cf. I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, p. 69. Ver Detalladamente P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement "Bruxelles I"», *JDI Clunet*, T. 135, núm. 3, 2008, pp. 675-717.

⁷⁴ En este aspecto nos llama la atención que en el Considerando 17 del Reglamento Roma I, a propósito de la necesidad de interpretación de los conceptos de «prestación de servicios» y «compraventa de mercaderías» del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento 44/2001, se haga la precisión de la sujeción a normas específicas de dos tipos de contratos de servicios (franquicias y distribución) y no se mencione los servicios de transporte que también están sujetos a normas específicas.

⁷⁵ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*)», *Diario La Ley*, núm. 7294, 30 de noviembre 2009, Ref. D-369, versión *on line*, concretamente apartado IV, punto 1; M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 154, manifiestan que resulta discutible que puedan incluirse como contratos de prestación de servicios los contratos de transporte.

⁷⁶ I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, p. 71.

⁷⁷ En el Considerando 21 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27 diciembre 2006, pp. 36 -38) se alude a los servicios de transporte, incluido el transporte urbano, los taxis y ambulancias, así como los servicios portuarios, para quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. Aunque como apunta P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement "Bruxelles I"», *JDI Clunet*, T. 135, núm. 3, 2008, pp. 675-717, esp. 686 su exclusión se debe a que son objeto de legislación comunitaria específica y no a que no constituyan una prestación de servicios.

⁷⁸ Ley 17/2009 relativa al libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 24 noviembre 2009), artículo 2.2 letra d): «los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los transportes urbanos, y de la navegación marítima y aérea, incluidos los servicios portuarios y aeroportuarios necesarios para llevar a cabo la actividad de transporte, exceptuando la actividad de las plataformas logísticas de las empresas y de las actividades necesarias para su funcionamiento».

⁷⁹ En los apartados 30 a 38 de la STJCE de 23 abril 2009, *Falco*, As. C-533/07, sobre «prestación de servicios en contratos de concesión de derechos de propiedad intelectual» con nota de P. DE MIGUEL ASENSIO en *REDI*, vol. LXI, núm. 1, 2009, pp. 200-202, el Tribunal deja claro que el concepto amplio de servicios contenido en el artículo 50 del Tratado no es coincidente con el término a efectos de aplicación del artículo 5.1 letra b), debiendo ser más restrictivo a los efectos de la determinación de la competencia judicial internacional.

⁸⁰ R. RUEDA VALDIVIA, *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2002, se muestra contrario a la aplicación del apartado b) del artículo 5.1 a los contratos de transporte aéreo de pasajeros, no obstante la consideración de contratos de prestación de servicios, y «ello por cuanto en los referidos contratos, más que la prestación de servicio en sí, lo que prima es el resultado, que no es otro que el trasladar al pasajero y a su equipaje, en el tiempo convenido, hasta el punto de destino», por lo que habría que estar al apartado a) según lo dispuesto en el apartado c), *vid.* p. 151, nota 217.

bien porque nos encontremos ante contratos distintos a la compraventa de mercaderías o prestación de servicios (si fuera el caso el contrato de transporte), bien porque el juego de la letra b) lleva a la competencia de tribunales de un tercer país, podríamos acudir al «lugar de cumplimiento que sirve de base a la demanda»⁸¹. Precisamente por esto el Reglamento lleva a cabo una nueva redacción del artículo 5.1, respecto de la contenida en su antecesor del Convenio de Bruselas, al incorporar una letra b) que aporta una solución directa para dos categorías contractuales: compraventa de mercaderías y prestación de servicios⁸².

3. Competencia judicial internacional en contratos de consumo

38. Para no excedernos en la dimensión del comentario, nos limitaremos a mencionar el particular régimen de competencia judicial internacional previsto en la sección 4ª del Reglamento 44/2001⁸³. La finalidad de esta sección, sobradamente conocida, no es sino permitir al consumidor apartarse de la regla general *actor sequitur forum rei* pudiendo recurrir a su propio foro, el *forum actoris*, lo que otorga verdadera eficacia a estas normas, pues a un consumidor que se le exija litigar en el extranjero se le está disuadiendo de acudir a los tribunales⁸⁴.

39. Como es bien sabido, sólo si se cumplen todas las condiciones subjetivas, materiales y espaciales, exigidas en el artículo 15 del Reglamento 44/2001, el consumidor podrá demandar en los tribunales del lugar de su propio domicilio (artículo 16). Un repaso sumarisimo por las condiciones para beneficiarse del régimen pone en evidencia la situación de desigualdad de los pasajeros en el acceso a los tribunales respecto de otros consumidores, incluso pasajeros también.

Que los pasajeros son «personas, que han concluido un contrato para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional» (el consumidor) con otra persona que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (el profesional)», nadie lo pone en duda⁸⁵. Se cumple pues la condición personal para su aplicación⁸⁶.

Son muchas las probabilidades, sobre todo con las nuevas tecnologías, de que se cumpla la condición espacial porque «el cocontratante (en nuestro caso la compañía aérea) del consumidor debe ejercer las actividades mercantiles o profesionales en el Estado miembro en el que está domiciliado el consumidor o debe dirigir, por cualquier medio, sus actividades a dicho Estado miembro o a varios Es-

Este discurso le lleva a exponer los problemas de concreción del foro del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, de acuerdo con el apartado a) del artículo 5.1 manteniendo que en casos de cancelación, denegación de embarque o retraso, cabría considerar como lugar de ejecución el lugar de destino (p. 159).

⁸¹ Vid. R. WAGNER, «Die Entscheidungen des EuGH zum Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach der EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssache Rehder», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 143-148; A. STAUDINGER, «Streitfragen zum Erfüllungsortsgerichtsstand im Luftverkehr», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 140-143.

⁸² Vid. M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, pp. 150-157.

⁸³ Para un estudio de carácter completo y clarificador sobre contratos de consumo, vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010; además, P. DE MIGUEL ASENSIO, «La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 85, 2008, pp. 23-44.

⁸⁴ Considerando Decimotercero del Reglamento 44/2001 se desprende que el consumidor, al ser la parte más débil en los contratos de consumo, debe ser protegido mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales.

⁸⁵ Es más, el turista es un consumidor especialmente necesitado de protección por encontrarse en un país muchas veces desconocido, lejos de su residencia habitual, de los lugares que conoce y domina, en circunstancias extrañas, con un idioma distinto que en muchas ocasiones ignora, con regímenes jurídicos distintos y un largo etcétera, Cf. I. QUINTANA CARLO, «La protección del consumidor como turista», *Estudios sobre consumo*, núm. 2, 1984, pp. 61-79, esp. p. 61 y B. FERRER TAPIA, «Aproximación al nuevo régimen del “overbooking” y otros incumplimientos del transporte aéreo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 72, 2005, pp. 31-48, en esp. p. 37.

⁸⁶ Según la Jurisprudencia del TJCE, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo (STJCE de 19 enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton*, As. C-88/91; STJCE de 3 julio 1997, *Francesco Benincasa c. Dentalkit*, As. C-269/95; STJCE de 11 julio 2002, *Rudolf Gabriel*, As. C-96/00).

tados entre los que se encuentre dicho Estado miembro, siempre que el contrato esté comprendido en el ámbito de dichas actividades» (=consumidor activo y pasivo)⁸⁷.

El apartado 1, letra c) del artículo 15 Reglamento 44/2001, se refiere a los contratos en general sin referencia material al objeto del contrato («en todos los demás casos»), no obstante este ámbito material se ve reducido por distintos motivos. Así, se excluyen los contratos de seguros, al disponer de una sección propia dentro del Reglamento 44/2001; se excluyen los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, al estar cubiertos por una regla de competencia exclusiva en el artículo 22.1 Reglamento 44/2001. Salvo los contratos de transporte que ofrecen una combinación de viaje y alojamiento por un precio global, o sea, los contratos de viaje combinado, los demás contratos de transporte quedan sujetos a las reglas de competencia generales, o sea, fuera de la sección 4⁸⁸, o, en su caso, a la regulación llevada a cabo en contratos internacionales, conforme al artículo 71 Reglamento 44/2001.

40. Con la intención de «garantizar la aplicación del artículo 5 en situaciones en que el primer servicio prestado, dentro de un viaje organizado, es efectuar el transporte de ida a partir de otro país»⁸⁹, el Convenio de Roma establece un régimen separado de los contratos de consumo relativos a viajes organizados y los de transporte, incluyendo los primeros como contratos de consumo⁹⁰. Esta distinta calificación se trasladó a las normas de competencia judicial internacional con la transformación del Convenio de Bruselas en Reglamento 44/2001, proporcionando un régimen de competencia judicial internacional separado para unos y otros contratos de pasaje, y así se mantiene⁹¹, siendo difícil aceptar la exclusión del contrato de transporte teniendo en cuenta que en múltiples ocasiones en el contrato de transporte una de las partes es un consumidor⁹², a lo que se añade la incoherencia entre el Reglamento 44/2001 y el Reglamento Roma I porque éste unifica en el artículo 5 la regulación de todos los contratos de transporte, de mercancías y de personas, ofreciendo soluciones propias de ley aplicable al contrato de pasaje⁹³.

⁸⁷ Vid. A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y de jurisdicción en internet*, Madrid, Colex, 2001. Recientemente, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, pp. 815-817. Y, particularmente, el capítulo III del libro de E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010. Además puede consultarse S. LEIBLE, «Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor», *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 9-22; A. BATALLA TRILLA, «Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de “actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario”», *Diario La Ley*, núm. 6001, de 21 abril 2004, versión *on line*. Una interpretación de «actividad dirigida» la ofrece la STJUE de 7 diciembre 2010, *Peter Pammer /Hotel Alpenhof*, As. Acumulados C-585/08 y C-144/09.

⁸⁸ En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización» (*DO C 108* de 30 abril 2004, apartado 4.7.2.7) se propone que «no está justificada la exclusión de los contratos de simple transporte del ámbito de aplicación de la norma del artículo 5, ... parece más lógico que dicha exclusión se mantenga en el artículo 15 del Reglamento “Bruselas I”», con objeto de concentrar los pleitos en una misma sede jurisdiccional».

⁸⁹ *DO C 327* de 11 diciembre 1992, p. 23. En el Informe de los profesores M. GIULIANO y P. LAGARDE al Convenio de Roma de 1980 la exclusión del contrato de transporte del artículo 5 se justifica, sin más, «por el hecho de que las medidas de protección especiales establecidas en el artículo 5 no son apropiadas para regir los contratos de este tipo» (*DO C 327* de 11 diciembre 1992, p. 22).

⁹⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 52-133, en <http://www.uc3m.es/cdt>

⁹¹ Lo mismo ocurre en otros ámbitos jurídicos, véase, por ejemplo, Artículo 5 de la Propuesta brasileña de Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo (noviembre 2008) presentada en la CIDIP-VII, aunque en rigor sólo se excluyen los «regulados por instrumentos internacionales en vigor». Un detallado análisis de la Propuesta puede consultarse en J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección del consumidor online en el Derecho internacional privado interamericano*, Asunción-Paraguay, CEDEP, 2009, pp. 589-638.

⁹² La afirmación que se hace, desde la perspectiva de la ley aplicable, se mantiene aún hoy para competencia judicial internacional. Cf. C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «El contrato de transporte y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 337-372, en particular, pp. 349-350; *Idem*, «La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I», *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 160-178, en particular, p. 175, en <http://www.uc3m.es/cdt>

⁹³ Vid. en particular C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA «La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I», *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 160-178, <http://www.uc3m.es/cdt> y A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 179-194, esp. p. 191, en <http://www.uc3m.es/cdt>; Otros trabajos de carácter más general F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El

41. En conclusión, no siempre que el contrato cumpla todas las condiciones del artículo 15.1 Reglamento 44/2001 será un contrato de consumo a los efectos de aplicación de la sección 4, dejando al consumidor en una situación de desprotección al tener que acudir a la regla general del domicilio del demandado o a la especial para contratos del artículo 5.1 del mismo. Tal es el caso de contratos de pasaje que cumpliendo todas las condiciones de aplicabilidad de la sección 4, menos la material, no se les permitir litigar en su propio domicilio, lo que llevó a sugerir la supresión radical del artículo 15.3 en la revisión del Reglamento 44/2001⁹⁴.

IV. Solución a la cuestión prejudicial

1. Respuesta y fundamentos de la misma

42. El TJUE señala que, puesto que las reglas de competencia especial en materia de contratos de venta de mercancías y de prestación de servicios establecidas en el Reglamento 44/2001 persiguen la misma finalidad y ocupan el mismo lugar en el sistema establecido por dicho Reglamento, «las consideraciones en las que se basó el Tribunal de Justicia para llegar a la interpretación dada en la sentencia *Color Drack*, son también aplicables en lo que atañe a los contratos de prestación de servicios, incluidos los casos en los que la prestación no se lleve a cabo en un único Estado miembro»⁹⁵.

Las referidas consideraciones se deben a que con esta regla de competencia especial contenida en la letra b) del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001, por lo que se refiere a contratos de compraventa, se pretende romper de forma explícita con la solución anterior según la cual el lugar de cumplimiento se determinaba, para cada una de las obligaciones litigiosas, en virtud del Derecho internacional privado del órgano jurisdiccional que conocía del litigio. Al designar de forma autónoma como «lugar de cumplimiento» el lugar en que debe cumplirse la obligación que caracteriza el contrato, el legislador comunitario pretendió centralizar la competencia judicial en el lugar de cumplimiento para los litigios relativos a todas las obligaciones contractuales y determinar una competencia judicial única para todas las demandas basadas en el contrato⁹⁶.

Se busca una concentración de la competencia judicial a través de la determinación de una competencia judicial única para todas las pretensiones basadas en un mismo contrato, lo que responde a los objetivos de proximidad y de previsibilidad perseguidos en el Reglamento 44/2001.

Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, núm. 6957 de 30 mayo 2008, Ref. D-169, versión *on line*. En el mismo sentido A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «Contratos internacionales celebrados por los consumidores: las aportaciones del nuevo Artículo 6 Reglamento Roma I», *AEDIP*; t. VIII, 2008, pp. 511-529. B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios (cuestiones de Derecho aplicable)*, Madrid, Marcial Pons, 2003; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003; A. LÓPEZ TARRUELLA «La protección del consumidor en los contratos internacionales tras la Sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2004», en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 313-335; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Concepto de vínculo estrecho en las Directivas de consumo: repercusiones de la STJCE (As. 70/03, *Comisión c. España*) en las leyes nacionales y en la propuesta de Reglamento Roma I (2005)», en A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 465-479; *Idem*, «Ley aplicable a los contratos internacionales en la propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005», *InDret* 3/2006.

⁹⁴ Cf. S. LEIBLE, «Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor», *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, p. 13. Cf. punto 16 de la «Proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la convention de rome du 19 juin 1980, et de l’article 15 de la proposition de reglement Bruxelles I» del GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Roma, 15-17 septiembre 2000, en <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-12pf.html>

⁹⁵ Apartado 36 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

⁹⁶ Apartado 39 de la STJCE de 3 mayo 2007, *Color Drack*, As. C-386/05. Según H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, párs. 198 y 203, dado que subsisten todas las dificultades anteriores, a pesar de los esfuerzos de objetivación e intentos de poner fin a las incertidumbres de la Jurisprudencia anterior, se pregunta si no será más simple suprimir pura y simplemente el artículo 5.1, incluso aunque la desaparición de esta disposición no está prevista en los trabajos de la revisión del Reglamento 44. *Vid.* cada una de las objeciones a la solución del artículo 5 del Convenio de Bruselas, calificándolas de «críticas endebles» en I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, pp. 55-84, en particular pp. 61-68.

Para no apartarse de la solución ofrecida en *Color Drack*, se afirma que no cabe un planteamiento distinto en caso de pluralidad de lugares de prestación de los servicios en diferentes Estados miembros⁹⁷. Por consiguiente, en caso de pluralidad de lugares de prestación de servicios en distintos Estados miembros, debe determinarse asimismo qué lugar garantiza la vinculación más estrecha entre el contrato de que se trate y el órgano jurisdiccional competente, en particular aquél en el que, en virtud del contrato, deba efectuarse la principal prestación de servicios⁹⁸.

43. En esa línea, para concretar el lugar que garantiza la vinculación más estrecha entre el órgano jurisdiccional y el contrato de transporte aéreo de pasajeros, se exige fijar el lugar de la prestación principal determinada en función de criterios económicos. Para ello se valora cuáles son los servicios esenciales de este tipo de contrato.

Y se afirma que los servicios cuya prestación es necesaria para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de transporte aéreo de personas son el registro y el embarque de pasajeros así como la acogida de éstos a bordo del avión en el lugar de despegue pactado en el contrato de transporte, la salida del avión a la hora prevista, el transporte de pasajeros y de sus equipajes desde el lugar de partida hasta el lugar de llegada, la atención a los pasajeros durante el vuelo y, finalmente, el desembarque de éstos en condiciones de seguridad en el lugar de aterrizaje y a la hora convenida en el citado contrato, siendo irrelevantes las posibles escalas del avión⁹⁹.

Se descarta como criterio de vinculación con el contrato el lugar del domicilio o del establecimiento principal de la compañía aérea así como el lugar de celebración del contrato de transporte aéreo y el de expedición del billete¹⁰⁰.

De ahí que concluya que los únicos lugares que presentan un vínculo directo con los citados servicios prestados en cumplimiento de las obligaciones derivadas del objeto del contrato son tanto el lugar de salida como el lugar de llegada del avión, según sean convenidos en el contrato de transporte, como lugares de prestación principal de los servicios que son objeto de este tipo de contrato¹⁰¹.

Por tanto, el tribunal competente para conocer de una demanda de compensación basada en dicho contrato de transporte aéreo de pasajero es, a elección del demandante, aquél en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el lugar de llegada del avión, tal como dichos lugares estén previstos en el contrato.

44. Obviamente, tal solución provoca una ruptura con la concentración de la competencia judicial en un único lugar, lo que se justifica porque a diferencia de las entregas de mercancías en lugares distintos, que constituyen operaciones diferentes y cuantificables en orden a determinar la entrega principal en función de criterios económicos, los transportes aéreos suponen, por su propia naturaleza, servicios prestados de manera indivisible y unitaria desde el lugar de partida al lugar de llegada del avión, de forma que no cabe distinguir en tales casos, en función de un criterio económico, una parte concreta de la prestación que constituya la prestación principal y que se preste en un lugar preciso¹⁰².

⁹⁷ Aspecto en el que insiste P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*)», *Diario La Ley*, núm. 7294, 30 de noviembre 2009, Ref. D-369 y en *REDI*, vol. LXI, núm. 2, 2009, pp. 487-489.

⁹⁸ Apartados 37 y 38 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

⁹⁹ Apartado 40 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

¹⁰⁰ Porque las operaciones y acciones llevadas a cabo desde dicho lugar, como la puesta a disposición de un aparato y de un equipo adecuados, constituyen medidas logísticas y preparatorias con vistas al cumplimiento del contrato de transporte aéreo y no servicios cuya prestación esté vinculada al contenido propiamente dicho del contrato (Apartado 39 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08).

¹⁰¹ Apartado 41 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

¹⁰² Apartado 42 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08. Como señala R. WAGNER, «Die Entscheidungen des EuGH zum Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach der EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssache *Rehder*», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 143-148, ciertamente, partiendo de que, independientemente de que el servicio deba ser prestado en uno o varios Estados miembros, el lugar de cumplimiento principal será el primer fundamento de la competencia, cuando éste no pueda determinarse el demandante deberá demandar ante el tribunal del lugar de cumplimiento de su elección a condición de que dicho lugar tenga una «proximidad suficiente» con las circunstancias del caso.

Los términos del pronunciamiento no se apartan de lo que hemos definido como el fin económico del contrato, es decir, la realización del transporte¹⁰³. En este sentido, el derecho a elegir que se le otorga al demandante no contradice la estrecha relación entre el contrato y la jurisdicción competente, pues cada una de las prestaciones (embarque y desembarque) presenta proximidad con un lugar diferente¹⁰⁴.

Está claro que esta forma de proceder da contenido a la necesidad de precisar el lugar de cumplimiento de forma autónoma¹⁰⁵. En este sentido, el Tribunal es consecuente con la finalidad buscada por el legislador comunitario al introducir el foro especial para compraventa de mercaderías y prestación de servicios¹⁰⁶, distinto es que la solución sea generalizable para otro tipo de contratos de transportes¹⁰⁷.

2. Oportunidad de la solución

45. La solución ofrecida por el Tribunal se fundamenta, única y exclusivamente, en los principios de proximidad y previsibilidad y, en ningún caso, en la protección del pasajero como parte débil del contrato¹⁰⁸.

Al pasajero se le ofrecen tres opciones, o demandar conforme al foro general del domicilio del demandado (artículo 2) o por el foro especial según ha quedado precisado por el Tribunal, o sea, aquél en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el lugar de llegada del avión, tal como dichos lugares estén previstos en el contrato, lo cual, indiscutiblemente, beneficia prácticamente en exclusiva al pasajero¹⁰⁹.

¹⁰³ Vid. M. ZUBIRI DE SALINAS, «El contrato de transporte de pasajeros». B) «El contrato de pasaje» en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, vol. II, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 467.

¹⁰⁴ Como manifiesta S. LEIBLE, «Zuständiges Gericht für Entschädigungsansprüche von Flugpassagieren», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 16, 2009, pp. 571-573, esp. p. 572, la referencia al artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, que puede desconcertar a primera vista, se justifica porque en delitos a distancia el Tribunal no busca una mayor protección del perjudicado sino la cercanía con la prueba, puesto que si sólo fuera competente el tribunal del lugar del hecho o del resultado, se estaría excluyendo a un tribunal igualmente cercano al objeto del litigio. No es diferente la situación en Derecho contractual si hubiera de restringirse solamente al lugar de comienzo o finalización de la prestación cuando ésta se realice en dos Estados. En el mismo sentido R. WAGNER, «Die Entscheidungen des EuGH zum Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach der EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssache Rehder», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 143-148. No compartimos las razones de P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*)», *Diario La Ley*, núm. 7294, 30 de noviembre 2009, Ref. D-369 (ver nota 26) y en *REDI*, vol. LXI, núm. 2, 2009, pp. 487-489.

¹⁰⁵ Forma de proceder, de forma abierta y con paciencia, que tiene su precio según R. WAGNER, «Die Entscheidungen des EuGH zum Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach der EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssache Rehder», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 143-148, esp. p. 148. En el mismo sentido se manifiesta S. LEIBLE, «Zuständiges Gericht für Entschädigungsansprüche von Flugpassagieren», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 16, 2009, pp. 571-573 esp. p. 573, al referirse a la «partida de ping pong» entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE para formar un concepto de lugar de cumplimiento por vía judicial a base de experimentos mediante el proceso «ensayo y error».

¹⁰⁶ S. LEIBLE, «Zuständiges Gericht für Entschädigungsansprüche von Flugpassagieren», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 16, 2009, pp. 571-573, esp. p. 573, critica que esta decisión no aporta la seguridad jurídica necesaria, proponiendo establecer grupos de casos bien diferenciados y, dentro de cada grupo de casos, cuáles son los criterios de valoración porque el enfoque propuesto por el TJCE de determinación fáctica del lugar de cumplimiento, no exime de la obligación de poner de relieve los criterios normativos de decisión; tras la relevancia de uno u otro criterio subyace una valoración de diferentes intereses y, por ende, decisiones normativas. Planteamiento que se aproxima a la afirmación de que «la realidad procesal se construye a partir de la realidad material» de I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, 2004, p. 77.

¹⁰⁷ No creemos que el ejemplo de los contratos de viaje combinado, como contrato de servicios plurilocalizados, sea el mejor para poner en duda la extensión de la solución ofrecida en *Rehder*; pues en este tipo de contrato está claro que estamos ante un consumidor, lo que evitaría plantearse la aplicación del artículo 5 del Reglamento (cf. P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*)», *Diario La Ley*, núm. 7294, 30 de noviembre 2009, Ref. D-369, versión *on line*).

¹⁰⁸ Según el TJUE la posibilidad de elegir reconocida al demandante, además de respetar el criterio de proximidad cumple también la exigencia de previsibilidad, ya que permite tanto al demandante como al demandado identificar fácilmente los órganos jurisdiccionales a los que pueden recurrir. Siempre le queda al demandante además la posibilidad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del domicilio del demandado, o sea, el órgano jurisdiccional en cuya demarcación tenga el transportista aéreo su domicilio estatutario, su administración central o su establecimiento principal (Apartado 42 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*; As. C-204/08).

¹⁰⁹ Como señala P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros (Comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: *Peter Redher c. Air Baltic Corporation*)», *Diario La Ley*,

46. Queda por ver cómo se valoraría el «salvo pacto en contrario» de la letra del artículo 5.1, letra b) del Reglamento 44/2001 para esta categoría de contratos de servicios. Imaginemos que la compañía aérea deroga la jurisdicción competente del lugar de cumplimiento fijando otro distinto en virtud de un pacto. Si se pensara en la protección de la parte débil, tal pacto debería considerarse abusivo¹¹⁰.

47. Por lo mismo, si no estamos en contratos con parte débil, la cláusula de elección de foro contenida en el contrato de transporte, en principio no estará sujeta a limitaciones, como sí lo estaría de considerarlo contrato celebrado por un consumidor¹¹¹.

48. A esto añadimos que, por ahora, el recurso al foro especial del artículo 5.1, letra b) del Reglamento 44/2001 sólo es posible cuando la compañía aérea tenga domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea¹¹². El pasajero que quiere ver satisfechos sus derechos en caso de incumplimiento de contrato por compañía aérea sin domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea, salvo una impensable cláusula de elección de foro a su favor, no tiene más opción que litigar en el domicilio (extracomunitario) de la demandada, pues al no tratarse de un consumidor no pueden operar los cuasidomicilios del artículo 15.2 del Reglamento 44/2001¹¹³.

V. Conclusiones

49. Si realmente se busca la protección del pasajero como parte débil del contrato, la cuestión es si es conveniente la exclusión de los contratos de transporte de viajeros, en general, y de pasajeros en particular, del régimen protector de los contratos celebrados por consumidores en el sistema de competencia judicial internacional.

Partiendo del objetivo fundamental del Reglamento 261/2004, garantizar un elevado nivel de protección de los pasajeros tomando plenamente en consideración los requisitos de protección de los

núm. 7294, 30 de noviembre 2009, Ref. D-369, versión *on line*, teniendo en cuenta además que «los pasajeros son los que casi en exclusiva van a ser los demandantes, porque una eventual demanda por el transportista para el pago del precio es impensable en este ámbito al abonarse éste por adelantado a la propia realización del transporte».

¹¹⁰ Vid. A. STAUDINGER, «Streitfragen zum Erfüllungsortsgerichtsstand im Luftverkehr», *IPRax*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 140-143.

¹¹¹ Vid. las acertadas críticas de A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 179-194, esp. p. 191, en <http://www.uc3m.es/cdt>

¹¹² En los términos de los artículos 4 y 60 Reglamento 44/2001. O en su caso conforme a los criterios del artículo 22 LOPJ. Si lo consideramos contrato de servicios, bastaría con haber celebrado el contrato en España para atribuir competencia a los tribunales españoles, conforme al artículo 22.3 LOPJ. Y si lo consideramos consumidor, pues ya no estamos en el ámbito material del Reglamento 44/2001 entonces operaría el artículo 22.4 («los tribunales españoles serán competentes «en materia de contratos de consumidores, cuando el comprador tenga su domicilio en España si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición; y en caso de cualquier otro de prestación de servicio o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida de oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato»). Por su parte la LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) establece en su artículo 90 como cláusulas abusivas sobre competencia «1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico; 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble». Sin entrar a valorar esta disposición baste decir que, dada la primacía del régimen convencional e institucional, puede que lo considerado abusivo en la ley estatal pueda ser perfectamente admitido en aquellos.

¹¹³ En algo se paliarían estos inconvenientes si finalmente se aprobara el contenido de la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [Documento COM (2010) 748, Bruselas, 3 enero 2011] que pretende la aplicación del foro contractual a los demandados no domiciliados en la Unión Europea, lo que parece no va a ser nada pacífico tras consultar el Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo publicado el día 28 junio 2011 [2010/0383 (COD)]. Al respecto, vid. B. AÑOVEROS TERRADAS, «Extensión de los foros de protección del consumidor a demandados domiciliados en terceros Estados», *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 285-306; *Idem*, «Consumidor residente en la Unión Europea vs. Consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I», *AEDIPr*, 2006, pp. 379-401.

consumidores en general, está claro que debemos recurrir al expediente de la protección del consumidor comunitario para que los pasajeros, sea por contrato de transporte simple sea por viaje combinado, puedan ejercer los derechos reconocidos en el Reglamento.

50. Desde el principio dijimos que esta solución puede contribuir a aplacar la desprotección del pasajero, siempre y cuando el lugar de partida o el de salida coincida con su domicilio, pero sigue sin poder acudir al *forum actoris* previsto para los contratos de consumo a pesar de cumplir con todas las circunstancias exigidas en el artículo 15 del Reglamento 44/2001, menos la material.

Esta exclusión material provoca una clara discriminación entre pasajeros que cuyo transporte es en viaje combinado y los que únicamente viajan. La compensación automática a tanto alzado y sin prueba de daño real que contiene el Reglamento 261/2004 se fundamenta en que los perjuicios son prácticamente idénticos para todos los pasajeros. Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato o de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables. Siendo así, el pasajero que cuyo transporte es en viaje combinado puede solicitar la compensación ante los tribunales de su propio domicilio, porque es un consumidor, mientras que el pasajero con billete simple no siempre va a beneficiarse del *forum actoris*, ni siquiera en los casos que la salida o llegada se localice en el Estado de su domicilio, pues el foro especial de competencia internacional también lo es de competencia territorial y, obviamente, aeropuertos no hay en todas las demarcaciones territoriales.

51. Si reconducimos los argumentos del Tribunal para aplicar el Reglamento 44/2001 y no el Convenio de Montreal (obviamente sólo en caso de que coincidiera el ámbito de aplicación, lo que ocurre en demandas de compensación por retraso), podríamos vislumbrar que la respuesta del Tribunal, en el caso concreto del señor Rehder, se justifica en la protección del pasajero como parte débil del contrato.

Como pusimos de relieve en el punto 24 de nuestro comentario, el Tribunal alude a la pretensión del demandante y la normativa en la que basa su pretensión en estos términos: «el derecho que en el caso de autos invoca el demandante en el asunto principal, que se basa en el artículo 7 del Reglamento 261/2004, constituye un derecho a una compensación a tanto alzado y uniforme del pasajero, a raíz de la anulación de un vuelo, derecho que es independiente de la reparación del perjuicio en el marco del artículo 19 del Convenio de Montreal... Por tanto, los derechos basados respectivamente en las disposiciones antes citadas del Reglamento 261/2004 y del Convenio de Montreal se rigen por distintas normas»¹¹⁴. Y concluye «de ello se desprende que, puesto que la demanda interpuesta en el asunto principal se formuló únicamente sobre la base del Reglamento 261/2004, debe examinarse dicha demanda sobre la base del Reglamento 44/2001»¹¹⁵.

Podría entenderse que el Tribunal pretende la protección de la parte débil por tratarse de un demandante, pasajero, que puede ser asimilado a un consumidor y la demanda se fundamenta en un derecho de compensación al amparo del Reglamento 261/2004, con lo cual al pasajero debe garantizársele la indemnización, sea cual sea el tribunal que conozca del asunto.

52. ¿Por qué no permitir que los pasajeros reclamen en su propio domicilio la compensación automática a tanto alzado y sin prueba de daño real que contiene el Reglamento 261/2004?

Ya que la automaticidad se fundamenta en que los perjuicios son prácticamente idénticos para todos los pasajeros, habrá que facilitar su compensación a todos los pasajeros. El usuario debe ser entendido como un consumidor y la compañía aérea deberá responder por abusos practicados como cualquier otro suministrador de productos o servicios.

En algo debe afectar que el Reglamento sea una norma de carácter imperativo, de idéntica aplicación en todo el territorio comunitario, cualquiera que sea la ley rectora del contrato, por tanto previsible para el transportista.

Claro está que nuestra propuesta no será del agrado de las compañías aéreas. Obviamente, lo ideal sería que ningún pasajero beneficiario del Reglamento 261/2001 tuviera que acudir a la vía judi-

¹¹⁴ Apartado 27 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

¹¹⁵ Apartado 28 de la STJUE de 9 julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08.

cial para exigir los derechos en él reconocidos. Pero si la pretensión del pasajero demandante tiene su fundamento en la norma comunitaria, el recurso a la vía judicial es porque las compañías aéreas están incumpliendo con la normativa.

Sólo quien no se vea suficientemente compensado con las medidas estandarizadas e inmediatas que contiene el susodicho Reglamento iniciará un procedimiento por los daños ocasionados, pero su pretensión ya no se fundamentaría en la norma comunitaria.

Si la pretensión en uno y otro caso es distinta habrá, por tanto, que diferenciar los medios para su exigibilidad.

53. Todos los derechos del pasajero que se siente perjudicado deberían garantizarse con pronunciamientos judiciales ágiles, no por los ORCs, pues sus decisiones no son vinculantes, sino por medio de, por ejemplo, organismos de arbitraje o mediación o, por qué no juzgados especiales instalados en los aeropuertos con gran tráfico internacional, como única forma de obtener decisiones vinculantes, rápidas y poco onerosas que poder ejecutar con prontitud.

Fórmulas existen. El consumidor las necesita. Ahora sólo falta la voluntad de establecerlas en la Ley¹¹⁶. La mejor fórmula, en litigios transfronterizos, es permitir que el pasajero exija sus derechos en su domicilio, para ello la competencia judicial internacional para aplicar las sanciones relativas al incumplimiento del contrato de transporte aéreo debe encuadrarse en las normas de defensa del consumidor.

¹¹⁶ Como pusiera de relieve I QUINTANA CARLO, «La protección del consumidor como turista», *Estudios sobre consumo*, núm. 2, 1984, p. 74, a propósito de la entonces inminente publicación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

ILONKA FÜRSTIN VON SAYN-WITTGENSTEIN: UNA PRINCESA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL

*Profesora en Formación en el Área de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 04.09.2011 / Aceptado: 09.09.2011

Resumen: La autoridad del Estado miembro austriaco no sólo se niega a reconocer el apellido de una de sus nacionales, Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein, tal y como fue determinado por la autoridad del Estado miembro alemán sino que, además, pretende su rectificación en el asiento del Registro Civil austriaco. La denegación del reconocimiento del apellido genera un obstáculo al ejercicio fundamental de la ciudadana de la UE de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, si bien, la traba encuentra justificación porque el apellido atribuido a la apelante contiene un signo distintivo de antiguo título nobiliario, lo que está prohibido en Austria por imperativa aplicación de la Ley de la abolición de la nobleza, de rango constitucional.

Palabras clave: apellido, libertad de circulación y residencia del ciudadano de la UE, Derecho de la UE, norma de conflicto, norma de reconocimiento, conflicto de leyes, conflicto de sistemas, eficacia extraterritorial de decisiones, orden público internacional.

Abstract: The Austrian authority not only denied the recognition of a surname, «Fürstin von Sayn-Wittgenstein», which was determined by the German authority but also ordered the rectification in the Austrian Civil Register entry. The refusal to recognize the surname creates an obstacle to the free movement and establishment of EU citizens. Nevertheless, this obstacle is justified because the surname which is attributed to the appellant encloses a title, which is banned in Austria because of the application of the Abolition Nobility Law which belongs to a constitutional rank.

Key words: surname, free movement and establishment of EU citizens, UE Law, conflict rules, Conflict-Of-Laws, extraterritorial effects of foreign decisions, Public Policy.

Sumario: I. El asunto *Sayn-Wittgenstein*: STJUE 22 de diciembre de 2010. II. La determinación del apellido de la persona: una cuestión de cada Estado miembro de la UE. III. La incidencia del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE) en el asunto *Sayn-Wittgenstein*. IV. La justificación del mantenimiento de un obstáculo que dificulta el Derecho a la libre circulación de personas: el principio de mutuo reconocimiento vs. la activación del orden público internacional austriaco. V. La triple proyección del orden público internacional. VI. Las diferencias y las semejanzas entre el asunto *Sayn-Wittgenstein* y el asunto *Grunkin-Paul*. VII. La decisión del TJUE en el asunto *Sayn-Wittgenstein*.

I. El asunto *Sayn-Wittgenstein*: STJUE 22 diciembre de 2010¹

1. Ilonka Kerekes, ciudadana nacional austriaca, nació en Viena en 1944. En octubre de 1991, fue inscrita en el Registro Civil de Viena como Ilonka «Havel, nacida Kerekes» y se autorizó su adop-

¹ El texto utilizado para realizar este comentario ha sido extraído de la base de datos de la UE: <http://eur-lex.europa.eu>. Sobre esta sentencia, *vid.* las Conclusiones de la Abogado General Sra. E. SHARPSTON de 14 de octubre de 2010, asunto C-208/09, que constituye un material de extraordinario valor para comprender el fallo del TJUE.

ción, mediante acta notarial, por un ciudadano alemán, Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein. La adopción se tramitó de conformidad con el Derecho alemán, puesto que, el art. 22 EGBGB² dispone que la adopción se rija por la Ley del Estado de la nacionalidad del adoptante.

2. Una vez tramitada la adopción, el art. 1757.1 BGB³ señala que el hijo adoptado, aun cuando sea mayor de edad, adquiere «como nombre de nacimiento», el apellido de la persona que lo adoptó. El adoptante, Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein, es nacional alemán cuyo apellido incluye un antiguo título nobiliario. «Fürst» es equiparable a Príncipe. En consecuencia, Ilonka «Havel, nacida Kerekes» pasó a ser, desde el momento de su adopción, Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein. El apellido de su adoptante—Fürst von Sayn-Wittgenstein—, se transmitió a su hija adoptada en su versión femenina—Fürstin von Sayn-Wittgenstein— si bien, el art. 10.1 EGBGB⁴ pone de manifiesto que el nombre de una persona se determina de conformidad con lo establecido en la Ley del Estado de su nacionalidad, que en el caso de Ilonka, debió precisarse según lo estipulado en la Ley austriaca.

3. Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein pretendía su inscripción en el Registro Civil austriaco. El Registro Civil austriaco, para la inscripción de su nombre y apellidos, solicitó al Tribunal de distrito alemán (*Kreisgericht Worbis*) una resolución complementaria en la que se especificó que Ilonka «Havel, nacida Kerekes» adquirió, desde el momento de la adopción y como apellido de nacimiento, el de su adoptante en su versión femenina que se corresponde con «Fürstin von Sayn-Wittgenstein». El 27 de febrero de 1992, la autoridad vienesa expidió un certificado de nacimiento con dicho nombre.

4. Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein, que trabaja con dicho nombre en el mercado inmobiliario alemán y en el de otros países, se dedica a la venta de castillos y casas solariegas. Además, con el mismo nombre, ha inscrito una empresa en Alemania, tiene expedido el permiso de conducción alemán, le han renovado al menos una vez su pasaporte austriaco y las autoridades consulares austriacas en Alemania le han expedido dos certificados de nacionalidad.

5. Sin embargo, el Tribunal Constitucional austriaco (*Verfassungsgerichtshof*) se pronunció, con fecha 27 de noviembre de 2003⁵, en un asunto similar al de Ilonka en el que puso de manifiesto que ningún ciudadano austriaco adoptado por un ciudadano alemán, por imperativa aplicación de la Ley de rango constitucional de abolición de la nobleza⁶, puede adquirir un apellido compuesto por antiguos signos de títulos nobiliarios ni tampoco un apellido cuya versión masculina y femenina fuera distinta.

6. Por esta razón, el día 5 de abril de 2007, las autoridades registrales de Viena, amparadas en el art. 15.1 ABGB⁷, notificaron a Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein la intención de rectificar su ape-

² Art. 22 de la Ley por la que se aprueba el Código Civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, en adelante EGBGB). En particular el art. 22 EGBGB establece «Die Annahme als Kind unterliegt dem Recht des Staates, dem der Annehmende bei der Annahme angehört. Die Annahme durch einen oder beide Ehegatten unterliegt dem Recht, das nach Artikel 14 Abs. 1 für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist». La adopción de un niño está sujeta al Derecho del Estado al que pertenece el adoptante en el momento de la adopción. La adopción, por parte de uno o ambos cónyuges, se rige por el Derecho que es competente, en virtud del artículo 14, apartado 1, para los efectos generales del matrimonio.

³ El art. 1757.1 BGB indica «Das Kind erhält als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden. Als Familienname gilt nicht der dem Ehenamen oder dem Lebenspartnerschaftsnamen hinzugefügte Name». El niño recibe, como «nombre de nacimiento», el apellido del adoptante.

⁴ El art. 10.1 EGBG señala que «Der Name einer Person unterliegt dem Recht des Staates, dem die Person angehört». El nombre de una persona se encuentra sujeto a la Ley del Estado al que pertenece la misma.

⁵ Asunto B 557/03. El apellido en cuestión era *Prinz von Sachsen-Coburg und Gotha, Herzog zu Sachsen* (que se traduciría como *Príncipe de Sajonia-Coburgo y Gotha, Duque de Sajonia*)

⁶ La Ley sobre la abolición de la nobleza, de las Órdenes laicas de Caballeros y de Damas y de determinados títulos y honores (*Gesetz über die Aufhebung des Adels, der weltlichen Ritter- und Damenorden und gewisser Titel und Würden*) de fecha 3 de abril de 1919 (StGBI. 211/1919), tiene rango constitucional con arreglo al art. 149.1 de la Ley Constitucional Federal (*Bundes-Verfassungsgesetz*).

⁷ El art. 15.1 de la Ley del estado civil (*Personenstandsgesetz*, BGBl. 60/1983, en adelante ABGB) establece: «Die Personenrechte beziehen sich teils auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse; teils gründen sie sich in dem Familienverhältnisse».

lido en el Registro de nacimientos. La rectificación del apellido consiste en eliminar el título nobiliario —Fürstin von— y conservar «Sayn-Wittgenstein». Posteriormente, con fecha 24 de agosto de 2007 confirmaron dicha posición, puesto que, consideraron que la inscripción del apellido de la adoptada fue incorrecta en el momento en el que fue asentada y, exigen, por ello, su rectificación.

7. Finalmente y tras el rechazo del recurso de apelación en vía administrativa, Ilonka solicitó la anulación de la decisión ante el Tribunal administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) mediante resolución de fecha 31 de marzo de 2008, fundada en su derecho a la libre circulación y a la libre prestación de servicios de conformidad con lo establecido en el Tratado de la UE. La pregunta que se plantea es la siguiente, ¿Puede la autoridad de un Estado miembro (Austria) negarse a reconocer el apellido de una de sus nacionales tal y como fue determinado por la autoridad de otro Estado miembro (Alemania) porque dicho apellido incluye un título nobiliario no admitido en el primer Estado miembro?

II. La determinación del apellido de una persona: una cuestión de cada Estado miembro de la UE

8. La diferenciación entre «situaciones internas» y «situaciones internacionales» resulta una tarea compleja⁸. La situación de Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein, de conformidad con lo estipulado en la tesis del «efecto internacional», no constituye un asunto puramente interno, sino un caso «internacional de la UE», puesto que, produce efectos conectados con varios países que forman parte de la UE y presenta repercusión transfronteriza entre dos países que pertenecen a la UE. La protagonista es nacional de un Estado miembro —Austria— que reside legalmente en otro Estado miembro —Alemania—.

9. En ausencia de normas únicas de Derecho de la UE, la elaboración de las normas de DIPr. es competencia de cada Estado miembro. En este sentido, la determinación de la Ley estatal que regula el apellido de una persona y el uso del título nobiliario es competencia de cada Estado miembro, puesto que, no existe una normativa única y expresa elaborada por la UE, en esta materia, para todos los Estados miembros que la componen. Ahora bien, cada Estado miembro en el ejercicio de su competencia, tiene que actuar en consonancia con lo dispuesto en el Derecho de la UE y tiene que respetar las disposiciones del Tratado referidas a la libertad que tiene todo ciudadano de la UE de circular y permanecer en el territorio de los Estados miembros y el Derecho a no ser discriminado por razón de su nacionalidad.

10. La ausencia de normativa única creada por la UE en la materia «determinación del apellido de una persona física» y «uso del título nobiliario» puede comportar la generación de situaciones jurídicas claudicantes en el supuesto de que las normas de DIPr. del Estado de origen —Alemania— sean distintas de las normas de DIPr. del Estado de destino —Austria—. Si el sistema judicial alemán y el sistema judicial austriaco presentan un marcado carácter separatista, una situación jurídica legalmente creada en el Estado miembro alemán puede no ser considerada válida y existente en el Estado miembro austriaco, lo que puede generar un perjuicio al derecho a la libre circulación de la apelante. El cambio de Ley aplicable que soporta la ciudadana de la UE cuando se traslada de Alemania a Austria puede comportarle un obstáculo al ejercicio de su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros.

11. Las normas de conflicto de leyes de DIPr. austriacas y de DIPr. alemanas señalan la misma Ley aplicable respecto de la adopción y para con la determinación del nombre de una persona. En Alemania y en Austria, la adopción y los efectos derivados de la misma se rigen por la Ley del país de la nacionalidad de la parte adoptante⁹. La adopción de Ilonka se tramita según lo dispuesto en la Ley alemana,

⁸ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 25-29 exponen las tesis doctrinales más relevantes que permiten determinar cuando una situación jurídica privada es interna o internacional: La tesis del «elemento extranjero puro», la teoría del «efecto internacional», la tesis del «elemento extranjero relevante», la teoría del «elemento extranjero no casual» y la tesis «jurídico-conflictual».

⁹ En el Derecho austriaco, el art. 26 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado (*Bundesgesetz über das internationale Privatrecht*) de fecha 15 de junio de 1978 (BGBl. 304/1978) dispone que los efectos derivados de la adopción se rigen

puesto que, su adoptante, Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein, es nacional alemán. En particular, el art. 1757.1 BGB establece que el hijo adoptado, incluso el que sea mayor de edad, adquiere como «nombre de nacimiento» el apellido del adoptante. Por esta razón, Ilonka detenta como «nombre de nacimiento» el apellido de su adoptante en versión femenina, «Fürstin von Sayn-Wittgenstein».

12. El estatuto personal de la persona física se rige, de conformidad con lo estipulado por las normas de conflicto de leyes alemanas y austriacas, por la Ley del Estado de su nacionalidad¹⁰. En consecuencia, la precisión del nombre de la persona adoptada tiene que efectuarse según lo previsto en la Ley del país de la nacionalidad que ostenta Ilonka. La apelante es nacional austriaca y, por tanto, la determinación de su apellido tiene que llevarse a cabo conforme a lo establecido en la Ley austriaca. Ahora bien, aun cuando la Ley nacional de un Estado miembro resulte la única Ley aplicable en la determinación del apellido de una persona, la aplicación de dicha Ley tiene que actuar en consonancia y respetar el Derecho de la UE respecto del cambio o rectificación de un asiento en el Registro Civil con objeto de garantizar el derecho que tiene el ciudadano de la UE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

13. Respecto de la materia «apellido de una persona física» y desde la finalización de la Primera Guerra Mundial, Austria y Alemania eliminan todos los privilegios y los títulos pertenecientes a la nobleza.

14. En Austria, la Ley de abolición de la nobleza, de rango constitucional, suprimió la nobleza, sus privilegios honoríficos exteriores y los títulos y honores de los ciudadanos austriacos aun cuando fueran otorgados con categoría de mera distinción. En este sentido, la abolición de la nobleza resulta aplicable a todos los ciudadanos austriacos con independencia de las circunstancias en las que adquirieron sus privilegios nobiliarios y, también, la prohibición del uso de títulos y tratamientos nobiliarios. Los tribunales austriacos han practicado dicha prohibición respecto de quienes son titulares de un apellido alemán que incluye una partícula alemana perteneciente a la nobleza. En consecuencia y por imperativo constitucional, ningún ciudadano austriaco puede ostentar un título nobiliario y/o utilizar un apellido que contenga, como parte del mismo, las partículas «*von*» o «*zu*», puesto que, representan antiguos signos de nobleza.

15. No obstante, Alemania flexibiliza esta postura en la medida en que, aun cuando quedan abolidos los privilegios basados en el nacimiento o en la clase social y los títulos nobiliarios desaparecen, éstos pueden formar parte del apellido familiar con las variaciones pertinentes en función del sexo de la persona. La Constitución alemana¹¹ pone de manifiesto que el signo de nobleza puede formar parte del apellido de una persona y que éste puede variar en función de que se presente en versión femenina o masculina.

por la Ley nacional del adoptante. En el Derecho alemán, el art. 22 EGBGB establece que la adopción y sus efectos en el ámbito del Derecho de Familia se regulan por la Ley del Estado de la nacionalidad que ostente el adoptante.

¹⁰ En el Derecho austriaco, el art. 13.1 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado (*Bundesgesetz über das internationale Privatrecht*) de fecha 15 de junio de 1978 (BGBl. 304/1978) señala que el nombre de una persona física se rige por su estatuto personal, con independencia del modo en el que adquiriera el apellido. En el Derecho alemán, el art. 10.1 EGBGB determina que el nombre de la persona queda regulado por la Ley del Estado de la nacionalidad de la persona.

¹¹ El art. 109 de la Constitución del Imperio alemán (*Verfassung des Deutschen Reiches*) adoptada el 11 de agosto de 1919 en Weimar en consonancia con el art. 123.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) aún en vigor. «Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten. Öffentlich-rechtliche Vorrechte oder Nachteile der Geburt oder des Standes sind aufzuheben. Adelsbezeichnungen gelten nur als Teil des Namens und dürfen nicht mehr verliehen werden. Titel dürfen nur verliehen werden, wenn sie ein Amt oder einen Beruf bezeichnen; akademische Grade sind hierdurch nicht betroffen. Orden und Ehrenzeichen dürfen vom Staat nicht verliehen werden. Kein Deutscher darf von einer ausländischen Regierung Titel oder Orden annehmen». Todos los alemanes son iguales ante la ley. Hombres y mujeres tienen básicamente los mismos derechos y deberes cívicos. Los privilegios de derecho público o desventajas de nacimiento o de rango deben ser derogadas.

III. La incidencia del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE¹²) en el asunto *Sayn-Wittgenstein*

16. El «principio de no discriminación por razón de la nacionalidad» (art. 18 TFUE) constituye el derecho, del que disponen los ciudadanos de la UE, a un trato igualitario otorgado por el Estado miembro, con independencia de su nacionalidad, respecto a una misma situación. El ciudadano de la UE debe recibir, respecto a una misma situación, el mismo trato que el Estado miembro concede a sus nacionales.

17. Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein se siente discriminada por razón de la nacionalidad si a su caso resulta aplicable el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes austriaca. El argumento que sostiene puede concretarse en el siguiente: La adopción de un nacional alemán en Austria, cuyo adoptante también sea nacional alemán, se rige por la Ley alemana. Sin embargo, si el adoptando no es nacional alemán sino nacional austriaco, su apellido debe fijarse de conformidad con lo establecido en la Ley austriaca. En sintonía con ello, la Ley austriaca, a diferencia de la Ley alemana, impide al adoptando la adquisición de un apellido compuesto por elementos de un antiguo título nobiliario.

18. Ahora bien, el argumento que defiende la apelante, como señala acertadamente la abogada general E. SHARPSTON, no permite la intervención del «principio de no discriminación por razón de la nacionalidad» en el asunto *Sayn-Wittgenstein*. La norma de conflicto de leyes austriaca que atribuye el nombre a la persona, emplea siempre y en todo caso, el punto de conexión «Ley nacional de la persona física». En este sentido, la norma de conflicto de leyes austriaca en materia de nombre diferencia al sujeto en función de la nacionalidad que éste ostente, si bien, no discrimina al ciudadano por razón de su nacionalidad. La autoridad alemana otorga un trato igualitario a todos los que tengan nacionalidad alemana y la autoridad austriaca concede un trato igualitario a todos los nacionales austriacos. En consecuencia, Ilonka ni es discriminada por el Estado austriaco por el hecho de ostentar la nacionalidad austriaca ni tampoco es nacional de un Estado miembro que es tratada peor que los nacionales de otro Estado miembro.

IV. La justificación del mantenimiento de un obstáculo que dificulta el derecho a la libre circulación de personas: el principio de mutuo reconocimiento vs. la activación del orden público internacional austriaco

19. Todo ciudadano de la UE tiene derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La persona que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro, adquiere la ciudadanía de la UE y tiene derecho a la libre circulación y residencia, si bien, también se encuentra sujeto a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (arts. 20 y 21 TFUE).

20. El hecho de que Ilonka esté obligada a llevar un apellido distinto en el Estado miembro al que pertenece (Austria = «Sayn-Wittgenstein») y en el Estado miembro en el que reside habitualmente (Alemania = «Fürstin von Sayn-Wittgenstein») puede generarle un obstáculo al ejercicio de su derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros de la UE.

21. Ahora bien, el Gobierno austriaco y el Gobierno alemán consideran que Ilonka, nacida en Austria y nacional austriaca, no sufre un menoscabo en el ejercicio de su derecho fundamental a la libre circulación, puesto que, únicamente puede probar su identidad respecto de los documentos expedidos

¹² Art. 18 TFUE «En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones».

por las autoridades austriacas. Ninguna inscripción sobre Ilonka figura en el Registro Civil alemán, por lo que no existe divergencia para con la forma en la que el apellido se encuentra inscrito en el Registro Civil alemán y en el Registro Civil austriaco. E incluso más, ambos Gobiernos¹³ ponen de manifiesto que Ilonka mantiene su derecho a una única identidad, puesto que, solamente se suprimen el título nobiliario y el antiguo signo distintivo de nobleza —Fürstin von—, mientras que, se conserva el «elemento central e identificador del apellido» —Sayn-Wittgenstein—.

22. Sin embargo, Ilonka ve amenazado de modo efectivo su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la UE. Dicha amenaza real al ejercicio de un derecho fundamental puede concretarse en la molestia que sufre al ostentar apellidos distintos inscritos oficialmente en diferentes Estados miembros de la UE¹⁴. Cada vez que el apellido utilizado en una situación concreta no coincide con el que figura en el documento presentado como prueba de identidad, Ilonka tiene que soportar la carga de disipar las dudas acerca de su identidad y de desvirtuar las sospechas de falsedad creadas por la divergencia de apellidos según el Estado miembro en el que se encuentre.

23. E incluso más, los más de quince años que median entre la primera inscripción de su apellido como «Fürstin von Sayn-Wittgenstein» y la posterior decisión de rectificación del asiento por «Sayn-Wittgenstein» suscita graves molestias, debido al largo período en el que la apelante utilizó dicho apellido a nivel oficial y profesional, tanto en la esfera pública como en la esfera privada. La abogada general E. SHARPSTON pone de manifiesto que resulta muy probable que Ilonka tenga un historial de seguridad social en Alemania, haya abierto cuentas bancarias y celebrado contratos que subsisten, tales como las pólizas de seguro.

24. En consecuencia, los apellidos «Fürstin von Sayn-Wittgenstein» y «Sayn-Wittgenstein» no son idénticos. La rectificación del apellido de Ilonka en el Registro Civil austriaco suscita problemas respecto de la prueba de su identidad, puesto que, tiene que soportar la molestia de clarificar su persona en los documentos oficiales que la designan actualmente con un apellido distinto. Por estas razones, la denegación del reconocimiento, por parte de la autoridad austriaca, del apellido de Ilonka tal y como fue determinado por la autoridad alemana, suscita un obstáculo a la libre circulación de la ciudadana de la UE.

25. Las instituciones de la UE resultan competentes para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y elaborar normas de DIPr. que permitan la creación y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia. El «espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que está garantizada la libre circulación de personas» constituye un objetivo, en sí mismo, de la UE (art. 3.2 TUE¹⁵). Las autoridades de la UE desarrollarán una cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza fundada en el mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales (art. 81.1 TFUE¹⁶).

26. En sintonía con ello y con objeto de suprimir los obstáculos a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la UE, el TJUE recurre al principio de mutuo reconocimiento, que significa lo siguiente: toda situación jurídica legalmente creada en un Estado miembro,

¹³ Considerando 48 STJUE 22 diciembre 2010: El Gobierno checo considera que la función del apellido y la del título nobiliario son distintas. La función del apellido consiste en identificar a la persona que lo ostenta y la del título nobiliario posibilita el reconocimiento de un determinado status social a dicha persona. También, el Gobierno italiano señala que no existe una diversidad de apellidos, puesto que, el título nobiliario actúa como complemento del apellido y, por tanto, es distinto del mismo.

¹⁴ M. AUBERT / E. BROUSSY / F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE: Citoyenneté de l'Union et respect de l'identité nationale », *L'actualité juridique*, nº 5, 2011, pp. 264-265.

¹⁵ El art. 3.2 TUE indica: «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia».

¹⁶ El art. 81.1 TFUE indica que «La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales».

debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros con independencia de la «Ley estatal» que la autoridad del Estado miembro de origen aplicó para crear la situación jurídica. La norma de reconocimiento parte de una situación jurídica legalmente creada, válida y existente, lo que pone de manifiesto que, la autoridad del Estado miembro de origen conoció la situación, le aplicó la normativa pertinente y la dotó de los efectos derivados de la misma.

27. En consecuencia, la autoridad del Estado miembro de destino ni debe controlar la Ley que la autoridad del Estado miembro de origen aplicó, ni tampoco debe concederle efectos legales distintos de los que adquirió. Esta afirmación pone de manifiesto que el ámbito de la Ley aplicable no coincide, en DIPr., con el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones¹⁷. La norma de conflicto de leyes no puede aplicarse a cuestiones de reconocimiento de una situación jurídica privada de carácter internacional. La distinción entre una cuestión de Ley aplicable —que consiste en precisar el apellido de una persona según lo establecido en su Ley nacional— y el reconocimiento de un apellido determinado e inscrito oficialmente en el Registro Civil de otro Estado miembro —que presupone que el Estado miembro de origen conoció del asunto, le aplicó la Ley sustantiva pertinente y dotó al caso de los efectos que le pertenecen— constituyen la clave para resolver el supuesto. En el asunto *Sayn-Wittgenstein*, la autoridad austriaca únicamente debería limitarse, si procede, a reconocer la situación jurídica creada por la autoridad alemana.

28. Ahora bien, ¿se puede proyectar el principio de mutuo reconocimiento a una situación jurídica que no fue válidamente creada en el Estado miembro de origen? El *Kreisgericht Worbis* no era competente, según lo previsto en el Derecho alemán y en el Derecho austriaco, para determinar el apellido de Ilonka. Y, además, dado que la Ley austriaca se corresponde con la designada por el punto de conexión empleado por las normas de conflicto de leyes alemanas y austriacas, su apellido debió fijarse de conformidad con lo estipulado con el Derecho austriaco. La Ley austriaca ni permite que el apellido contenga un signo distintivo de antiguo título nobiliario ni tampoco que la ciudadana nacional austriaca adquiera un apellido en versión femenina. Por estas razones, el asiento rectificado por la autoridad austriaca coincide con un apellido atribuido por error, en un primer momento en el Estado alemán y, posteriormente, por los funcionarios registrales austriacos.

29. En consecuencia, la autoridad austriaca, como autoridad competente para conocer del asunto, ostenta la facultad de rectificar el error que consta en el Registro Civil austriaco, puesto que, una situación jurídica que resulta contraria a la normativa constitucional austriaca no puede mantener expectativas legítimas de vigencia.

30. No obstante, en el asunto *Sayn-Wittgenstein* el resultado que se alcanza es el mismo con independencia de que la situación jurídica fuera, o no, válidamente creada en un Estado miembro de la UE, puesto que, cada Estado miembro se reserva la posibilidad de no reconocer una situación jurídica creada en el Estado miembro de origen, en el caso de que la existencia de dicha situación jurídica en el Estado miembro de destino resulte contraria a su orden público internacional o vulnere razones de interés general.

31. El obstáculo al ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la UE que resulte de tal molestia puede justificarse en el supuesto

¹⁷ Resolución de la DGRN de 23 de marzo de 2010: Los padres de un menor que ostenta la doble nacionalidad, española y portuguesa, se personan en el Registro civil y solicitan que los apellidos de su hijo consten en la forma determinada por el Derecho portugués y no según la forma que indica el Derecho español. La DGRN subraya, con acierto, que la pretensión no es admisible, puesto que, aun cuando la persona ostente la doble nacionalidad de dos Estados miembros de la UE, no existe el derecho de elegir la Ley aplicable al nombre. La Ley aplicable al nombre se corresponde con la Ley nacional del sujeto (art. 1 Convenio Munich 5 diciembre 1980), y en el supuesto de doble nacionalidad, prevalece la nacionalidad española por efecto del art. 9.9.II CC. E incluso más, los progenitores del menor no habían inscrito el nombre de su hijo en el Registro oficial portugués, por lo que, el Estado miembro de destino no puede entrar a reconocer una situación jurídica que no ha sido creada en otro Estado miembro.

de que se erija sobre consideraciones objetivas y sea proporcionado al fin legítimamente perseguido. En sintonía con ello, si la autoridad austriaca presenta razones concretas que resulten contrarias a su orden público internacional, el mantenimiento del obstáculo al ejercicio de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la UE puede justificarse¹⁸.

V. La triple proyección del orden público internacional

32. El respeto a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la UE (art. 21 TFUE) exige reconocer en un Estado miembro la situación jurídica válidamente creada en otro Estado miembro, a menos que, dicho reconocimiento resulte contrario al orden público internacional o vulnere razones imperativas de interés general.

33. El orden público internacional constituye la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto de leyes¹⁹. La activación de la cláusula de orden público internacional posibilita que el tribunal que resulte competente para conocer la situación jurídica privada internacional, prescinda de la aplicación de una Ley extranjera que produce resultados manifiestamente contrarios a los principios fundamentales de su Derecho y a las reglas cuya función consiste en garantizar la cohesión jurídica de su sociedad.

34. El orden público internacional debe ser examinado desde una triple perspectiva:

35. Primera proyección: el orden público internacional en el sector del Derecho aplicable²⁰ (art. 12.3 CC²¹): El art. 12.3 CC pone de manifiesto que la Ley extranjera no puede aplicarse si ésta resulta contraria al orden público internacional español, lo que significa que, no es el contenido del Derecho extranjero lo que puede vulnerar el orden público internacional español sino el resultado que la aplicación del mismo puede ocasionar en la sociedad española²². En sintonía con ello, el hecho de que las normas de Derecho extranjero contengan una regulación distinta de la designada por el legislador para con la regulación jurídica de Derecho español no activa, por sí solo y por esta única razón, el orden público internacional español.

36. La pregunta que se plantea es la siguiente: ¿cuáles son los principios que concretan el orden público internacional español? El orden público internacional español no está formado por normas sino por directrices generales que, en el momento presente, inspiran el sistema de valores que contiene el ordenamiento jurídico español y que se dirigen a garantizar el correcto funcionamiento de la sociedad española.

37. En consecuencia, el tribunal competente para entrar a conocer del asunto, debe valorar el caso concreto y en función de los resultados obtenidos, tiene que considerar que la aplicación de una Ley extranjera solamente puede resultar contraria al orden público internacional español en el supuesto de que su aplicación entre en claro conflicto con los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto. Ahora bien, el orden público internacional español no debe intervenir contra la aplicación de una Ley extranjera construida sobre principios contrarios a los fundamentos de Derecho español, siempre que ésta conduzca a la obtención de resultados similares a los que se habrían conseguido en el caso de aplicar el Derecho español al asunto concreto.

¹⁸ M. CASTELLANETA, «Lo Stato può cancellare per rispetto dell'uguaglianza la parte del cognome che contiene un titolo nobiliare», *Guida al diritto*, n.º 4, 2011, pp.106-108.

¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Orden público internacional y externalidades negativas», *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351-2378.

²⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 436-440.

²¹ El art. 12.3 CC señala «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público».

²² P. HAMMJE, «Droits fondamentaux et ordre public», *RCDIP*, 1997, pp. 1-31.

38. Segunda proyección: el orden público internacional en el sector de la validez extraterritorial de decisiones judiciales y, en concreto, en el Reglamento 44/2001²³. Los Estados miembros de la UE constituyen una «comunidad jurídica» supranacional, si bien, el orden público internacional es distinto en cada Estado miembro, lo que significa que cada uno de ellos ostenta competencia para precisar el reconocimiento de qué situaciones resulta contrario, o no, a su orden público internacional. En consecuencia, el TJUE no puede determinar el contenido del orden público internacional de cada Estado miembro aunque sí es competente para fijar los límites de aplicación del orden público internacional. Ahora bien, el orden público internacional debe operar con carácter extraordinariamente restrictivo en relación con los casos que se desarrollen en el seno de la UE, con la finalidad de no intervenir en la «comunidad jurídica europea». Por estas razones, la autoridad competente puede denegar el reconocimiento de una situación jurídica privada de carácter internacional, únicamente si concurren razones imperativas de interés general que no admitan excepciones a tenor del Derecho del Estado miembro en el que se solicita dicho reconocimiento.

39. El Reglamento 44/2001 contiene un sistema de reconocimiento de «situaciones jurídicas privadas creadas en otro Estado miembro» fundado, entre otros, en dos aspectos: el primero impide que la autoridad del Estado miembro de destino entre a revisar, de nuevo, las apreciaciones de hecho y de Derecho ejercitadas por la autoridad del Estado miembro de origen (art. 36 Reglamento 44/2001). El segundo aspecto permite que el tribunal del Estado miembro de destino rechace el reconocimiento de una situación jurídica creada en el Estado miembro de origen siempre que concorra cualquiera de las causas tasadas en los arts. 34 y 35 Reglamento 44/2001, las cuales deben ser interpretadas con carácter restrictivo con objeto de no perjudicar la libre circulación de decisiones en el territorio de la UE y de no quebrar el principio de mutua confianza entre los tribunales de los Estados miembros.

40. En particular, el art. 34.1 Reglamento 44/2001²⁴ pone de manifiesto que se deniega el reconocimiento de una resolución dictada por el tribunal de un Estado miembro en la medida en que dicho reconocimiento vulnerare, de modo manifiesto, los principios jurídicos fundamentales de la estructura jurídica de la sociedad del Estado miembro requerido. Ahora bien, la autoridad del Estado miembro de destino no puede invocar la cláusula de orden público internacional (art. 34.1 Reglamento 44/2001) en el caso de que la autoridad del Estado miembro de origen aplicara a la resolución de la situación jurídica privada internacional una Ley estatal, perteneciente, o no, al Derecho de la UE, distinta a la que hubiera aplicado la autoridad del Estado miembro requerido a una misma situación jurídica privada de carácter internacional. La autoridad del Estado miembro de destino no tiene que proceder a efectuar un control de la Ley que aplicó el tribunal competente para conocer del asunto, sino únicamente, reconocer, siempre que proceda, dicha situación jurídica ya creada en otro Estado miembro de la UE.

41. Tercera proyección: el orden público internacional y las razones imperativas de interés general²⁵. La regla general pone de manifiesto que las medidas nacionales que generen un obstáculo a la libre circulación de los factores productivos, incluido el derecho fundamental del ciudadano de la UE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, únicamente resultan admitidas si se encuentran expresamente previstas en el Derecho de la UE, como sucede, con las razones de orden, seguridad o salud pública (art. 52.1 TFUE).

42. Las medidas discriminatorias que obstaculicen el derecho que ostenta el ciudadano de la UE a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros, se consideran restricciones legítimas si responden a razones imperativas de interés general. Para ello, la limitación debe cumplir

²³ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 435 y 495-499.

²⁴ El art. 34.1 Reglamento 44/2001 indica «Las decisiones no se reconocerán si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido».

²⁵ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 166-173.

tres condiciones: la primera consiste en que el impedimento afecte, con carácter exclusivo, al derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano de la UE en el territorio de los Estados miembros; la segunda indica que las restricciones impuestas por el Estado miembro de destino no pueden generar discriminación por razón de la nacionalidad; la tercera señala que la limitación ha de consistir en una medida objetivamente necesaria, lo que significa que el objetivo que persigue dicha restricción no pueda alcanzarse a través de la activación de reglas menos restrictivas.

43. En el asunto Sayn-Wittgenstein, el Gobierno austriaco alega que la abolición de la nobleza y de todos los privilegios y títulos nobiliarios derivados de la misma constituye un fin legítimo fundamentado en el principio de igualdad de todos los ciudadanos. Ahora bien, el principio de igualdad de los ciudadanos se corresponde con un principio fundamental, no sólo en el Estado miembro austriaco sino también en cada uno de los Estados miembros que componen la UE²⁶.

44. En Austria, la abolición de la nobleza constituye un principio de rango constitucional que pertenece a la «estructura jurídica básica» de la sociedad austriaca. En consecuencia, la no rectificación en el asiento registral del apellido «Fürstin von Sayn-Wittgenstein» daña la estabilidad, la cohesión jurídica y el correcto funcionamiento de la sociedad austriaca. Por estas razones, la pretensión de la autoridad austriaca consiste en suprimir el signo perteneciente a un antiguo título nobiliario «Fürstin von» y mantener «Sayn-Wittgenstein». Esta medida no rompe el principio de proporcionalidad, puesto que, la garantía de la conservación del principio de igualdad exige del impedimento a cualquier ciudadano austriaco de adquirir o utilizar en su apellido un título nobiliario, con independencia de los motivos que le llevarán a adquirirlo.

VI. Las diferencias y las semejanzas entre el asunto *Sayn-Wittgenstein* y el asunto *Grunkin-Paul*²⁷

45. La similitud que presentan ambos casos consiste en que la cuestión problemática planteada tanto en el asunto *Sayn-Wittgenstein* como en el asunto *Grunkin-Paul*, no tiene que resolverse en el ámbito de la «Ley aplicable», sino que, tiene que ubicarse en sector de la «eficacia extraterritorial de decisiones». En sintonía con ello, el problema que se plantea en ambos supuestos no se erige sobre un «conflicto de leyes» sino sobre un «conflicto de decisiones». La autoridad del Estado miembro austriaco únicamente tiene que pronunciarse acerca del reconocimiento del apellido de la demandante tal y como fue otorgado por la autoridad del Estado miembro alemán.

46. No obstante, entre el asunto *Sayn-Wittgenstein* y el asunto *Grunkin-Paul* pueden apreciarse tres marcadas diferencias:

47. La primera diferencia: *El principio de mutuo reconocimiento ante una situación jurídica que no fue válidamente creada en el Estado miembro de origen*. En el asunto *Grunkin-Paul*, el Estado alemán se negaba a reconocer un nombre debidamente inscrito por las autoridades competentes en materia de estado civil de otro Estado miembro en el ejercicio de su competencia legítima. Mientras que, en el asunto *Sayn-Wittgenstein*, la autoridad austriaca se niega a reconocer una situación jurídica en la que ni el Tribunal era competente para entrar a conocer del asunto ni tampoco la Ley aplicada al supuesto corresponde a la Ley del país señalada por la norma de conflicto de leyes. El *Kreisgericht Worbis* no tenía competencia, ni conforme al Derecho alemán ni tampoco según el Derecho austriaco, para determinar el apellido de la apelante. Además, la norma de conflicto de leyes alemana y la norma de conflicto de

²⁶ L. GROZDANOVSKI, «La noblesse soumise au respect du principe d'égalité», Centre d'études juridiques européennes, www.unige.ch/ceje, Actualité du 17 janvier 2011 ; D. SIMON, «Reconnaissance du nom patronymique», *Europe Actualité du Droit de la Union Européenne*, n° 2, Février 2011, pp.11-13 ; E. CUSAS, «Arrêt «Sayn-Wittgenstein»: la libre circulation et les titres de noblesse», *Journal de droit européen*, n° 178, 2011, pp.100-101 ; F. PICOD, «Respect de l'interdiction des titres de noblesse», *La Semaine Juridique - édition générale*, n° 3, 2011, pp. 111 y ss.

²⁷ STJUE 14 octubre 2008. Asunto C - 353/06.

leyes austriaca señalan la Ley del país del que es nacional la persona interesada como Ley aplicable a la determinación del apellido. Ilonka es nacional austriaca y, por ello, la fijación de su apellido debió efectuarse de conformidad con la Ley austriaca y no con la Ley alemana.

48. La segunda diferencia: *La justificación de la restricción al derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano de la UE en el territorio de los Estados miembros*. El TJUE pone de relieve, en ambos asuntos, que la libre circulación y residencia del ciudadano de la UE no es ilimitada y que, un obstáculo a la misma puede justificarse si se erige sobre consideraciones objetivas y es proporcionado al objetivo legítimamente perseguido. En el caso *Grunkin-Paul*, el TJUE considera insuficiente la argumentación del Gobierno alemán para activar el orden público internacional, puesto que, observa que la conexión, por el DIPr. alemán, de la determinación del apellido de una persona con su nacionalidad no carece de excepciones y, además, el Derecho alemán no excluye totalmente la posibilidad de atribuir apellidos compuestos a los hijos de nacionalidad alemana. Sin embargo, en el asunto *Sayn-Wittgenstein*, el TJUE considera que el obstáculo a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la UE derivado del cambio de apellido, se encuentra justificado porque se fundamenta en consideraciones objetivas y proporcionadas al fin legítimo perseguido con la abolición de la nobleza. La autoridad austriaca argumenta que la rectificación del apellido de la apelante puede implicarle un obstáculo a su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros, si bien, dicho obstáculo queda justificado en la medida en que la abolición de la nobleza constituye, en Austria, un principio constitucional.

49. La tercera diferencia: *El principio de proporcionalidad*. En el asunto *Grunkin-Paul*, las autoridades alemanas señalaron desde el principio la negativa a la inscripción del apellido del niño en la forma en la que había sido inscrito en Dinamarca. Mientras que, en el asunto *Sayn-Wittgenstein*, Ilonka permaneció oficialmente inscrita en el Registro Civil de Austria, durante un período de quince años, en el que, además, se le expiden documentos de identidad con el apellido «Fürstin von Sayn-Wittgenstein».

VII. La decisión del TJUE en el asunto *Sayn-Wittgenstein*

50. El TJUE ha puesto de relieve que cualquier ciudadano de la UE tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (arts. 20 y 21 TFUE). Ahora bien, el derecho fundamental reconocido a todo ciudadano de la UE que consiste en la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros no es ilimitada. El obstáculo a la libre circulación de personas puede justificarse si se fundamenta en consideraciones objetivas y es proporcionado al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional.

51. La autoridad austriaca justifica la presencia de un obstáculo que causa a Ilonka graves molestias en el ejercicio de su derecho a la libre circulación en el territorio de los Estados miembros de la UE en virtud de la Ley de abolición de la nobleza. La Ley austriaca de abolición de la nobleza, de rango constitucional, prohíbe, por imperativa aplicación del principio de igualdad entre los ciudadanos, que un ciudadano austriaco ostente un apellido que contenga un signo distintivo de antiguo título nobiliario. Por esta razón, la justificación expuesta por el Gobierno austriaco ha de interpretarse como una invocación de las razones imperativas de interés general. Las consideraciones objetivas del orden público internacional austriaco justifican, que el Estado austriaco niegue el reconocimiento del apellido de una de sus nacionales tal y como fue atribuido en el Estado alemán.

52. El TJUE considera, además, que no parece desproporcionado que el Estado miembro austriaco pretenda garantizar la preservación del principio de igualdad a partir de la prohibición para todo ciudadano nacional austriaco de adquirir, poseer o utilizar un apellido que contenga un título o elemento nobiliario que pudieran hacer creer que la persona ostenta tal honor.

53. En definitiva, el TJUE concluye en el sentido siguiente: las medidas restrictivas que adopta la autoridad austriaca respecto del ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE en el territorio de los Estados miembros se encuentran justificadas por razones de orden público y, además, resultan proporcionadas para poder garantizar el principio de igualdad del ciudadano. La autoridad austriaca puede negarse a reconocer el apellido de una ciudadana nacional austriaca tal y como le fue atribuido por la autoridad alemana, puesto que, la determinación de dicho apellido, el cual contiene un título nobiliario, está prohibida por norma de rango constitucional en el Estado miembro del que la apelante es nacional.

54. En sintonía con lo dispuesto anteriormente, el fallo del TJUE en el asunto *Sayn-Wittgenstein*, pone de manifiesto dos ideas:

55. Primera idea: *El fallo del TJUE en el asunto Sayn-Wittgenstein no constituye un obstáculo en la creación de un espacio judicial europeo.* La UE se encuentra integrada por un conjunto de Estados soberanos. Cada Estado miembro posee sus propios tribunales y su Ordenamiento Jurídico. La UE es consciente de que la soberanía de cada Estado miembro constituye una realidad que no pretende ser modificada. En consecuencia, uno de los objetivos de la UE que consiste en la construcción de un espacio judicial europeo, no perjudica la realidad de una UE compuesta por Estados soberanos. La creación y el progresivo establecimiento de un espacio judicial europeo posibilita la construcción de un área en la que el particular implicado en una situación jurídica privada de carácter internacional pueda acudir a los tribunales de cualquier Estado miembro con la misma «accesibilidad» con la que se dirige a sus tribunales. Para ello, la UE desarrolla una cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza fundada en el principio de mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales (art. 81.1 TFUE) que tiene por misión erradicar los obstáculos a la libre circulación de personas y de factores productivos en la UE.

56. Segunda idea: *El fallo del TJUE en el asunto Sayn-Wittgenstein no comporta un paso atrás en el ejercicio del Derecho fundamental del que dispone todo ciudadano de la UE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.* En ausencia de normas expresas de Derecho de la UE, cada Estado miembro ostenta competencia para elaborar sus normas de DIPr. El Derecho de la UE se elabora con la intención de crear un espacio sin fronteras interiores en el que se encuentre garantizada la libre circulación de personas y de factores productivos (art. 26 TFUE). Por esta razón, los obstáculos que incidan respecto de estas libertades recogidas en el TFUE se hallan prohibidos por el Derecho de la UE. La solución que proporciona el TJUE, ante las normas de DIPr. de un Estado miembro, que actúan como traba a las libertades de circulación de la UE se inspiran en el principio de mutuo reconocimiento. E incluso más, los obstáculos a la libre circulación y residencia del ciudadano de la UE en el territorio de los Estados miembros también pueden evitarse mediante la elaboración de normas jurídicas uniformes de DIPr. elaboradas por la UE. La creación de normas de conflicto de la UE implica que la Ley que resulta aplicable a la regulación de la situación jurídica privada internacional es la misma con independencia del tribunal estatal que resulte competente para entrar a conocer del asunto. En otras palabras, la Ley señalada por la norma de conflicto de la UE, norma de conflicto que es común a todos los Estados miembros, rige una situación jurídica privada internacional que no cambiará de Ley aplicable independientemente del Estado miembro en el que se desarrolle dicha situación.

57. No obstante, el Derecho de la UE puede admitir la presencia de un obstáculo a la libre circulación y residencia del ciudadano de la UE en el territorio de los Estados miembros en el supuesto de que el reconocimiento, por parte del Estado miembro de destino, de una situación jurídica privada de carácter internacional creada en el Estado miembro de origen, produzca un resultado grave y dañoso en los pilares que sostienen la sociedad que forma parte del Estado miembro requerido. En este sentido, el reconocimiento mutuo de una resolución judicial o de una decisión acordada por autoridad pública puede denegarse siempre que dicho reconocimiento comporte una vulneración del orden público internacional del Estado miembro de destino. El Estado miembro de destino puede negarse a reconocer una

situación jurídica privada creada en el Estado miembro de origen si concurren consideraciones objetivas que resultan proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido, aun cuando esta situación comporte un obstáculo al Derecho fundamental del ciudadano de la UE de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

LA CONVENCION DE LA UNESCO SOBRE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO SUBACUATICO. PRINCIPIOS GENERALES*

ESTHER PORTELA VÁZQUEZ

*Doctoranda del Doctorado de Derecho
de la Cultura conjunto, Universidad Carlos III de Madrid-UNED*

Recibido: 30.06.2011 / Aceptado: 13.07.2011

Resumen: Este artículo analiza los principios generales sobre los que se asienta la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, que se encuentran recogidos en su art. 2. Comenzando por la definición de patrimonio cultural subacuático, contempla las áreas de protección, los mecanismos de protección utilizados y la cooperación. Asimismo, hace hincapié en otros principios clave como la categorización del patrimonio cultural subacuático como patrimonio común de la humanidad y su conservación in situ, la soberanía de los Estados sobre sus aeronaves y la no explotación comercial de los bienes recuperados.

Palabras clave: Convención de la UNESCO, patrimonio cultural subacuático, conservación in situ, patrimonio común de la humanidad, aeronaves de Estado, no explotación comercial.

Abstract: This article analyses the general principles in which the Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage is based, mentioned in its art. 2. Beginning with the definition of Underwater cultural heritage, talks about the protection zones, the means of protection applied nowadays and the needed cooperation and participation of the States. It also focuses on other UNESCO Convention's key principles like: declaration of underwater cultural heritage as common heritage of mankind and its in situ conservation, State's rights with respect to its State vessels and aircraft, and non commercial exploitation of the underwater cultural heritage.

Key words: UNESCO Convention, underwater cultural heritage, in situ conservation, common heritage of mankind, state vessels, non-commercial exploitation.

Sumario: I. Introducción. II. Bienes culturales protegidos. III. Principios rectores de la Convención. 1. Protección del Patrimonio. Medidas e Instrumentos de Protección. 2. Cooperación entre Estados. 3. Patrimonio de la Humanidad, patrimonio compartido. 4. Protección in situ, conservación a largo plazo y accesibilidad. 5. Respeto por los restos humanos. 6. Inmunidad y soberanía sobre los buques y aeronaves de Estado. 7. Explotación no comercial del patrimonio cultural subacuático. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Acordada y recomendada *in extremis* en la cuarta reunión de expertos gubernamentales, la Convención de la UNESCO sobre Patrimonio Cultural Subacuático, ha supuesto para algunos docentes y grupos de interés, la resolución de conflictos y corrección de lagunas de la Convención de las Naciones

*La autora desea agradecer a la Dra. CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ las observaciones realizadas durante la elaboración de este artículo.

Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM)¹. Para otros, por el contrario, ha sido interpretada como un instrumento que contradice los preceptos de ésta última y debilita el equilibrio y consenso internacional alcanzado en 1982².

2. Son la protección de los hallazgos en la Plataforma Continental y la Zona Económica Exclusiva, al margen en la CNUDM, y la no comercialización de unos bienes, elevados a la categoría de patrimonio común de la humanidad, los logros más significativos para los primeros. Para los segundos, son la defensa de la propiedad privada y la imposibilidad de intervención de las empresas de salvamento (*salvors*), algunos de los puntos más negativos y polémicos de los aprobados por la Convención³.

3. En medio de ambos, los Estados con gran riqueza patrimonial (*source nations*) o aquellos en cuyas aguas yacen importantes y numerosos ejemplos de éste ven con recelo una Convención, en la que les hubiera gustado que el Estado ribereño hubiera cobrado, incluso, mayor relevancia de la conferida. Mientras que otros, especialmente las naciones con importante flota naval, no consideran cercana la aprobación o aceptación de una Convención cuyos preceptos entran en conflicto con sus propios intereses⁴.

4. Sin embargo, la CNUDM, Convención a la que se aferran no es un instrumento *ad hoc* para la protección del patrimonio cultural sumergido. Sus orígenes, a principios de los ochenta, responden a la necesidad de crear un marco internacional en el que se definan las zonas jurisdiccionales y se regulen las cuestiones relativas a los derechos y obligaciones de un medio y unos recursos que son compartidos por los Estados⁵.

5. La protección del Patrimonio Cultural Subacuático al que se hace referencia, únicamente en dos de sus trescientos veinte artículos, es un tema circunstancial⁶. Se introduce, con la falta de especi-

¹ «Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982», *BOE*, nº 39, 14 febrero 1997, pp. 4966-5055.

M. J. AZNAR GÓMEZ, «La Protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España», *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2004, p. 296: «La Convención de la UNESCO de 2001 viene a aclarar y colmar las dudas y lagunas de la CNUDM había planteado respecto al patrimonio cultural subacuático»; F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Protección Internacional del Patrimonio Cultural Submarino», Ediciones *Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2005, p.89: «(...) los redactores del convenio de París han querido salvaguardar los derechos y obligaciones de los Estados en relación con los espacios marítimos preexistentes. Es más no se ha querido alterar el status quo existente bajo ningún punto de vista. Cabe interpretar, por ello, que el Convenio de París ha sido elaborado con el objeto de aclarar y completar las insuficiencias y lagunas existentes en el ordenamiento internacional en relación PCS, pero sin modificar las competencias, derechos y obligaciones reconocidos a los Estados en relación con otros bienes, recursos o intereses sobre los espacios marítimos no relacionados con el PCS».

² AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, «U.S. Concerns Regarding UNESCO Convention on Underwater Heritage», *The American Journal of International Law*, vol. 96, nº2, abril 2002, pp. 468-470. En particular, el autor señala en la p.469: «In some cases, these provisions are unsatisfactory because they create new rights for coastal states in a manner that could alter the delicate balance of rights and interests set up under the LOS Convention».

³ F. BOOTH, «The Collision of Property Rights and the Cultural Heritage; the Salvors' and the Insurer's Viewpoints» en B.T. HOFFMAN (Edi.), «*Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*», Cambridge University Press, Nueva York, 2006, pp. 293-299. En particular, el autor subraya en la p.293: «Admiralty and maritime law, including the law of salvage and the law of finds, is venerable, well-know, and established. The draft Convention blatantly tramples on property rights without achieving its desired goal, and improperly seeks to upset established international law as set forth, *inter alia*, in UNCLOS».

⁴ S.DROMGOOLE (Edi.), «The Protection of the Underwater Cultural Heritage: National Perspectives in Light of the UNESCO Convention 2001», *Martinus Nijhoff Publishers*, 2006.

⁵ S.SHACKLEFORD, «The Tragedy of the Common Heritage of Mankind», *Stanford Environmental Law Journal*, vol. 27, 2008, pp. 101-120; D.C. WATT, «The Law of the Sea Conference and the Deep Sea Mining Issue: The Need for an Agreement», *International Affairs*, vol. 58, nº.1, winter, 1981-1982, pp. 78-94.

⁶ «Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982», *BOE*, nº 39, 14 febrero 1997, pp. 4966-5055. «Art. 149. Objetos arqueológicos e históricos. Todos los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en la Zona serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la humanidad, teniendo particularmente en cuenta los derechos preferentes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico.»

«Art. 303. Objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar. 1. Los Estados tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto.

2. A fin de fiscalizar el tráfico de tales objetos, el Estado ribereño, al aplicar el artículo 33, podrá presumir que la remoción

ficidad explicable por su tardía incorporación al texto y como resalta SCOVAZZI, la lejanía con la que se veía, en ese momento, la evolución de las técnicas aplicables a la búsqueda y extracción de los bienes sumergidos⁷.

6. Lamentablemente, el desarrollo y perfeccionamiento de las herramientas de buceo, y los progresivos avances en los sistemas de prospección y técnicas de extracción, propiciaron una mayor accesibilidad, que unida a la universalización del buceo debido al abaratamiento de sus costes, redujo en pocos años la protección del medio⁸.

7. A ello se sumó el desarrollo urbanístico de las ciudades (principalmente las costeras), la actividad pesquera, el vertido de residuos y la contaminación, convirtiendo al desarrollo humano en una nueva amenaza para el patrimonio cultural, estando buena parte de él diseminado en zonas coincidentes con áreas altamente pobladas⁹.

8. La concienciación del valor, la trascendencia del patrimonio cultural subacuático y la necesidad de su protección jurídica internacional surgieron, por tanto, y al igual que había sucedido con los bienes culturales descubiertos en tierra firme, de su destrucción.

9. La preservación de los hallazgos para el beneficio de toda la humanidad, su conservación *in situ*, la accesibilidad del público a los vestigios, el reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre sus buques y naves, el respeto a los restos humanos, la no explotación comercial y la colaboración entre Estados son los principios generales que rigen una Convención que, cuestionada desde sus inicios, nace con el firme propósito de garantizar la supervivencia del Patrimonio Cultural Subacuático.

II. Bienes culturales protegidos

10. La intervención del hombre, la tipología de los vestigios, el medio en el que se encuentran y el espacio temporal son los atributos elegidos por la UNESCO para definir el concepto de patrimonio cultural subacuático¹⁰. Su elección procede de la exclusión de otras características, como la importan-

de aquellos de los fondos marinos de la zona a que se refiere ese artículo sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas del derecho marítimo o a las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales.

4. Este artículo se entenderá sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de derecho internacional relativos.

⁷ T. SCOVAZZI, «The 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage» en B.T. HOFFMAN (Edi.), «*Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*», Cambridge University Press, Nueva York, 2006, pp. 285-292. En particular, el autor señala en la p.291: «The drafters of the UNCLOS could not forecast the subsequent progress un underwater technologies and the diffusion of treasure hunting activities in many seas of the world. They probably did not feel that the protection of the underwater cultural heritage was to be considered an urgent need».

⁸ J. A. ROACH, «Sunken warships and military aircraft», *Marine Policy*, vol. 20, n°4, 1996, p. 351.

⁹ M.J.AZNAR GÓMEZ, «La Protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España», *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2004, p. 38: «Se estima que un tercio de la población mundial vive en las costas de sus respectivos países. Pero si ampliamos el punto de mira y contamos la población que habita en los primeros cincuenta kilómetros contados desde la línea de base hasta el interior de los Estados, entonces encontramos a la mitad de la población mundial asentada en la proximidad de los mares y océanos del Planeta (...) No sólo la respuesta a las necesidades básicas humanas -alimento y vivienda por ejemplo- afectan al entorno marino. Otras actividades más desarrolladas inciden directamente en él: actividades industriales, vertido de desechos, construcción de plataformas e islas artificiales, tendido de puentes, cables o tuberías, etc.»

¹⁰ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, n° 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. «Art. 1. Definiciones. A los efectos de la presente Convención: 1. (a) Por «patrimonio cultural subacuático» se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como: (i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; (ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y (iii) los objetos de carácter prehistórico.»

cia para la arqueología o el interés estético, cuya utilización sería más compleja y controvertida en la práctica¹¹.

11. Los bienes de referencia deben contener vestigios de existencia humana, restos humanos propiamente dichos o elementos producidos por la interacción del hombre con su entorno. Es esta última, entre otras, la que acota la protección ofrecida, excluyendo de forma automática bienes naturales o animales que no hayan surgido como resultado de la misma.

12. Pero aunque necesaria, la intervención humana es insuficiente. Los vestigios han de poseer «carácter cultural, histórico o arqueológico». Su significación frente al resto se erige, de forma consciente, para evitar que ciertos bienes, todavía en uso, sean protegidos. Cables, tuberías u otros activos cuya protección temprana añadiría un grado de complejidad innecesario a las actividades empresariales, en las que no se desea interferir¹²; aunque su exclusión no esté exenta de inconvenientes¹³.

13. La antigüedad es irrelevante, pues no es la que los hace protegibles, sino el periodo de tiempo que hayan estado sumergidos. Ya sea bajo el mar o bajo el agua, en ríos, lagos o incluso cenotes o pozos y de forma total, parcial o incluso intermitente, los bienes deben haber permanecido sumergidos por un total de al menos cien años¹⁴. La ausencia de un plazo absoluto o relativo desde su extracción, y la falta de concreción del momento en que hayan tenido que estar bajo el agua, protege inevitablemente a todos aquellos que lo hayan estado durante al menos una centuria, independientemente del periodo en que haya ocurrido. La dificultad radica, en averiguar cuando se empieza a computar. Algunos autores han puesto de manifiesto, que dado que la Convención evita pronunciarse al respecto, surgirá la necesidad de debatir acerca del instante en el que debería iniciarse la cuenta atrás, si desde el momento de su descubrimiento o del de las actividades de remoción¹⁵.

14. Principal consecuencia, ya reflejada durante las negociaciones previas a la aprobación de la Convención, es la desprotección de bienes que no hayan permanecido bajo el agua por el periodo de tiempo establecido. Restos como los del *RMS Titanic* o los de las embarcaciones que sucumbieron en

¹¹ M.J.AZNAR GÓMEZ, «La definición del patrimonio cultural subacuático en la Convención UNESCO de 2001», *PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, nº 67, agosto 2008, pp. 100-109. En particular, el autor señala en la p. 5: «(...) se optó por una formulación genérica del patrimonio cultural subacuático (una *blanket protection* de dicho patrimonio) que no incluyera calificaciones del mismo habida cuenta de lo subjetivo de apreciaciones tales como “significativo para la historia”, “estéticamente importante”, «universal importancia», etc. En ello influyó tanto la práctica acaecida en otros Estados como tres consideraciones básicas que hacían preferible la protección genérica: de un lado, la arqueología no podía de modo taxativo decir unánimemente qué era importante (y por lo tanto digno de protección) y qué no lo era; además, y en segundo lugar, para poder evaluar dicho juicio se requería, primero, proteger todo el patrimonio cultural subacuático y, luego, proceder a la evaluación; finalmente, si ya era complicado para la arqueología sostener inequívocamente la importancia de un objeto, aún lo era más plasmar jurídicamente los criterios para tal juicio: encontrar una definición legal de la importancia se evidenció como una tarea excesivamente complicada en las negociaciones de París».

¹² «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. «Art. 1.2. 2. (b) No se considerará patrimonio cultural subacuático a los cables y tuberías tendidos en el fondo del mar. (c) No se considerará patrimonio cultural subacuático a las instalaciones distintas de los cables y tuberías colocadas en el fondo del mar y todavía en uso».

¹³ M.J.AZNAR GÓMEZ, «La Protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España», *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2004, p. 233: «Esto (art.1. b y c) consideramos que es un error que deja fuera del régimen de protección del Convenio, por ejemplo, a algunas artes de pesca aún hoy en uso por muchos pueblos de la Polinesia que sobre las estructuras usadas desde tiempo inmemorial por sus antepasados y sumergidas más de 100 años de manera continua, han ido renovando dichas artes utilizadas en aguas poco profundas, en las corrientes que se cruzan los atolones característicos de aquellos archipiélagos».

¹⁴ Como su propio nombre indica, la Convención de la UNESCO, únicamente protege a los vestigios que se encuentren o se hayan encontrado sumergidos. La referencia a que sean subacuáticos y no submarinos, amplía el ámbito de aplicación frente al de la Convención sobre el Derecho del Mar, que se circunscribe a los bienes y recursos localizados en el mar o el océano.

¹⁵ F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Protección Internacional del Patrimonio Cultural Submarino», Ediciones *Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2005, p. 85: «El convenio no aclara cuál es el momento a partir del cual debe comenzar a computarse el plazo de los cien años, pues no es lo mismo tomar como referencia la fecha del descubrimiento del pecio, que la fecha en la que se llevan a cabo las actividades de remoción, que serán siempre posteriores y distantes en el tiempo unas de otras».

las dos guerras mundiales del siglo pasado, deberán aguardar hasta cumplirlo para disfrutar de la merecida protección. A ellos se sumarán, además, los que como destaca CARRERA HERNÁNDEZ, padezcan las consecuencias de desafortunados incidentes durante su transporte o traslado en época actual cuya su relevancia o antigüedad no impedirán su desprotección¹⁶.

III. Principios rectores de la Convención

1. Protección del patrimonio. Medidas e instrumentos de protección

15. La protección del Patrimonio Cultural Subacuático es además del *leitmotiv* de la Convención, uno de los principios que la rigen. Respetando el equilibrio y el reparto jurisdiccional de la CNUDM, la Convención, ordena y delimita los derechos y deberes de los Estados, en virtud de los mismos criterios geográficos contemplados por la primera.

16. El régimen establecido, otorga al Estado ribereño derechos lógicos y exclusivos sobre su mar territorial, aguas interiores y archipelágicas¹⁷. Limitados, únicamente, por los del Estado del pabellón, sobre sus buques y aeronaves de Estado¹⁸.

17. En la zona contigua, la falta de claridad de la Convención, ha generado diversas interpretaciones que convergen, en que en esta zona el Estado ribereño podrá disponer de la potestad de reglamentar y autorizar, aunque no siempre ni de manera exclusiva¹⁹.

18. Como área comprendida dentro de la Zona Económica Exclusiva, la Convención remite a los artículos en los que se contemplan las disposiciones relativas a esta última, pero también al párrafo 2 del art.303 de la Convención sobre el Derecho del Mar²⁰. En él estipula, que cualquier recuperación

¹⁶ F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Protección Internacional del Patrimonio Cultural Submarino», Ediciones *Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2005, p. 86: «Por otro lado, el convenio tampoco refleja el tratamiento que debe darse a todos los objetos de antigüedad superior a cien años pero que lleven bajo las aguas un tiempo menor, consecuencia de un naufragio sufrido en tiempos recientes por un barco cargado de antigüedades».

¹⁷ «Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982», *BOE*, nº 39, 14 febrero 1997, pp. 4966-5055. Art. 3. «Mar Territorial. Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención».

Art.8. «Aguas Interiores. 1. Salvo lo dispuesto en la Parte IV, las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial forman parte de las aguas interiores del Estado.

2. Cuando el trazado de una línea de base recta, de conformidad con el método establecido en el artículo 7, produzca el efecto de encerrar como aguas interiores aguas que anteriormente no se consideraban como tales, existirá en esas aguas un derecho de paso inocente, tal como se establece en esta Convención».

Art. 46. «Líneas de base archipelágicas. 1. Los Estados archipelágicos podrán trazar líneas de base archipelágicas rectas que unan los puntos extremos de las islas y los arrecifes emergentes más alejados del archipiélago, a condición de que dentro de tales líneas de base queden comprendidas las principales islas y un área en la que la relación entre la superficie marítima y la superficie terrestre, incluidos los atolones, sea entre 1 a 1 y 9 a 1.

2. La longitud de tales líneas de base no excederá de 100 millas marinas; no obstante, hasta un 3 % del número total de líneas de base que encierren un archipiélago podrá exceder de esa longitud, hasta un máximo de 125 millas marinas.

3. El trazado de tales líneas de base no se desviará apreciablemente de la configuración general del archipiélago».

¹⁸ §59-62

¹⁹ V. B. FRANCH, «La Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático», en VV.AA, «*La Protección Jurídico Internacional del Patrimonio Cultural. Especial Referencia a España*», Colex, Madrid, 2009, p. 212: «En el caso de la zona contigua ya no se trata de un 'derecho exclusivo', sino de una potestad, que necesita de una opción legislativa expresa en el ordenamiento jurídico interno del Estado Ribereño».

²⁰ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. «Art. 8. Sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 9 y 10 y con carácter adicional a lo dispuesto en los mismos y de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 303 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los Estados Partes podrán reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en su zona contigua. Al hacerlo, exigirán que se apliquen las Normas».

de objetos que se realice sin autorización del Estado ribereño puede ser entendido por éste como una infracción. Como señalan algunos autores, ello es debido a que en su art.303 confiere a los Estados Parte la posibilidad de proclamar una zona contigua a su mar territorial, cuya extensión no podrá superar las 24 millas desde las líneas de base desde donde se mide la anchura del Mar Territorial²¹. Por tanto, sólo en caso de haber realizado esta declaración y regularizado las normas referentes a esa zona, podrá serle atribuida esta potestad²².

19. La ZEE y la PC son las que sin duda han provocado mayores debates y confrontaciones²³. El Estado ribereño continúa disfrutando de un importante protagonismo, pero no dispone ni de exclusividad ni de libertad total para actuar motivado únicamente por sus propios intereses²⁴. Las intrincadas disposiciones establecidas para esta zona esconden, para algunos, el otorgamiento de unos derechos cuya exposición de forma expresa harían peligrar el frágil equilibrio obtenido²⁵.

Los debates surgen por las demandas de aquellos que, como Grecia, poseen fuertes intereses en esta área, y desean hacerlos prevalecer a toda costa. Frente a ellos, los que no siendo Estados ribereños, consideran innecesaria la aceptación de la preponderancia de éstos sobre dichas aguas, pues significaría aceptar la delimitación de sus propios intereses.

20. En la zona, el área que va más allá de la jurisdicción de los Estados, la equiparación de derechos, elimina fricciones, aunque no de forma absoluta²⁶. Los Estados se ven obligados a proteger conjuntamente el patrimonio, que de forma más clara que en ninguna otra área es considerado como perteneciente a la Humanidad entera. Los inconvenientes nacen a causa de los indeterminados privilegios concedidos a los Estados con vínculos verificables sobre los restos hallados²⁷. La indefinición de la Convención, pretendida o no, puede ser el origen de futuros conflictos de resultado difícilmente pronosticable.

²¹ V. B. FRANCH, «La Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático», en VV.AA, *«La Protección Jurídico Internacional del Patrimonio Cultural. Especial Referencia a España»*, Colex, Madrid, 2009, p. 212: «Éste (el Estado ribereño) sólo tendrá competencia para ‘reglamentar y autorizar’ estas actividades si ha establecido una zona contigua en su Derecho interno y si, además, en ese acto normativo interno se ha precisado la existencia de tal competencia».

²² M. RAU, «The UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea», *Kluwer Law International*, Países Bajos, 2002, p. 413: «In a case where a State Party does not claim a contiguous zone, the regime governing the protection on underwater cultural heritage in the EEZ and on the continental shelf, applies».

²³ «Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982», *BOE*, nº 39, 14 febrero 1997, pp. 4966-5055. Art. 57. «Anchura de la Zona Económica Exclusiva. La zona económica exclusiva no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial».

«Art. 76.1, Definición de la Plataforma Continental. 1. La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia».

²⁴ F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Protección Internacional del Patrimonio Cultural Submarino», *Ediciones Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2005, p. 100: «(...) el protagonismo recae en esta ocasión en el Estado ribereño, aunque ello no supone reconocer su soberanía sobre el patrimonio cultural submarino situado en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental».

²⁵ F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Protección Internacional del Patrimonio Cultural Submarino», *Ediciones Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2005, p. 100: «Ciertamente se trata de una formulación lo suficientemente oscura como para permitir al Estado ribereño controlar las actividades dirigidas al PCS situado en su PC o en su ZEE».

²⁶ «Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982», *BOE*, nº 39, 14 febrero 1997, pp. 4966-5055. Art.87. «La alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral. La libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional».

²⁷ M.J. AZNAR GÓMEZ, «La Protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España», *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2004, p. 269: «su traducción práctica empero, no alcanza a verse: acaso ese derecho preferente favorezca la elección como ‘Estado Coordinador’ o quizá otorgue una cierta prelación, a la hora, por ejemplo, de exponer y conservar determinado patrimonio cultural subacuático en los museos nacionales en caso de no poder preservar el patrimonio *in situ*».

21. En relación al tipo de medidas legales que los Estados parte deberán poner en práctica para proteger el patrimonio cultural subacuático, la Convención no establece ninguna concreta. Simplemente alude a que éstas deberán ser: conformes a la Convención y al derecho internacional, las necesarias para proteger el patrimonio y se ejecutarán en función de las capacidades de cada Estado. Son éstos quienes deben decidir qué medidas son las más adecuadas para garantizar la protección del patrimonio cultural subacuático en cada caso concreto²⁸. La redacción de leyes precisas en las que existan escasos resquicios y se cedan reducidos márgenes a la interpretación son especialmente relevantes a la hora de proteger el patrimonio cultural. Estados como Sudáfrica han padecido ya las complicaciones de la falta de claridad y la dificultad de obtención de fondos destinados a hacer cumplir sus propias leyes o a recuperar los bienes obtenidos de forma ilícita al infringirlas²⁹.

22. Numerosos Estados están optando por incluir en sus legislaciones, ya sean en materia de protección del patrimonio cultural, o en las que versan específicamente sobre patrimonio cultural subacuático, las declaraciones de los vestigios como bienes de interés cultural, bienes o naufragios históricos o bienes pertenecientes al patrimonio nacional³⁰. Estas designaciones los protegen restringiendo su acceso a través de permisos o licencias, que no sólo limitan las visitas de submarinistas, sino también las posibilidades de excavación.

23. No evitan, sin embargo, que los yacimientos continúen siendo saqueados.

Por ello, algunos Estados están optando por declarar los lugares del hundimiento como Zonas Protegidas; la imposibilidad de aproximación al vestigio en un radio de metros preestablecido impide el acercamiento a los restos y reduce los riesgos de la intervención humana sobre el mismo, al menos cuando éstos se producen de manera consciente³¹.

24. Cuando todas las medidas preventivas fracasan, los daños provocados en el vestigio pueden ser irreversibles. Sin embargo, la lucha contra los infractores y la recuperación de los objetos extraídos por éstos, pueden despertar efectos ejemplarizantes que prevengan comportamientos futuros similares. Aparte

²⁸ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Art.2.4. «Los Estados Partes, individual o conjuntamente, según proceda, adoptarán todas las medidas adecuadas conformes con esta Convención y con el derecho internacional que sean necesarias para proteger el patrimonio cultural subacuático, utilizando a esos efectos, en función de sus capacidades, los medios más idóneos de que disponga».

²⁹ En 1997 el Gobierno Sudafricano era informado de que mil cuatrocientas monedas de oro procedentes de los restos del navío *Dodington* naufragado en sus aguas territoriales en 1755, iban a ser subastadas en Londres. Después de reclamar su retorno y tras considerar las escasas opciones de éxito en un litigio, llegaba a un acuerdo con el poseedor para lograr la restitución de un porcentaje de éstas.

Al respecto, vid. C.J.S.FORREST/ J.GRIBBLE, «The Illicit Movement of Underwater Cultural Heritage: The Case of *Dodington Coins*», *International Journal of Cultural Property*, vol. 11, nº. 2, 2002, pp. 267-293.

³⁰ Estos instrumentos son los contemplados en el Derecho Español. Éste establece una escala de protección en la que la máxima figura es la de la declaración del objeto como Bien de Interés Cultural (BIC). Reciben este título aquellos bienes culturales de valor singular a los que hace referencia la Ley 16/1985 (museos, archivos y bibliotecas estatales junto a los bienes que contienen, cuevas, arte rupestre, etc.), y los muebles e inmuebles que son declarados como tales y, de forma singular, en virtud del Real Decreto 111/1986.

Inmediatamente después, se encontrarían los bienes inscritos en el Inventario General de Bienes. Esta categoría se reserva a los bienes muebles que aun no disponiendo de la singularidad de los BIC, disponen de un notable valor histórico, arqueológico, científico, artístico, técnico o cultural.

Finalmente, en el último nivel de protección, se localizarían los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. En él se engloban todos los bienes muebles e inmuebles con interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico científico o técnico así como los yacimientos, las zonas arqueológicas y el Patrimonio Documental y Bibliográfico.

«Ley 16/1985 de 25 de junio de Patrimonio Histórico Español», *BOE*, nº 155, 29 junio 1985, pp. 20342 a 20352.

«Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español», *BOE*, nº 24, 28 enero 1986, pp. 3815 a 3831.

³¹ Declarado «naufragio histórico» en 1981, el navío *William Salthouse*, hundido en Australia en 1841, continuó siendo víctima de saqueo durante dos años. En 1983 el lugar en que yace, fue declarado Zona Protegida en un radio de 250 metros, impidiendo el acceso a buceadores y activando un mecanismo de protección e inspección policial que mantiene la zona vigilada. Una vez controlada la amenaza se puso en marcha un sistema de acceso restringido a la zona a través de permisos.

de las legislaciones específicas de cada Estado, que en casos como el de las monedas saudíes son eficaces para recuperar y restituir objetos robados o ilícitamente exportados, la obligación de controlar e impedir la entrada o posesión de bienes culturales obtenidos en recuperaciones ilícitas está presente tanto en el art.14 de la Convención de Patrimonio Subacuático como en la Convención de 1970³². Obviamente, para los vestigios saqueados estas medidas llegarán tarde, pero no para los siguientes, para los que la interceptación y devolución de los objetos de los primeros podrá actuar como llamada de atención y elemento disuasorio³³.

25. Pero no todos los daños se producen de forma intencionada. La actividad cotidiana supone, igualmente, una gran amenaza para los vestigios, para los cuales las medidas descritas, resultan ineficaces. En este sentido, la Convención establece que los Estados parte deberán poner en práctica los medios «más viables» de los que tienen a su alcance para evitar que se produzcan daños fortuitos³⁴. Éstos, como los Parques Marinos Nacionales, van más allá de las declaraciones citadas y brindan al patrimonio cultural sumergido un grado de protección mayor³⁵. En su radio de cobertura se prohíben actividades como la navegación o la pesca, que aun no siendo perjudiciales en sí mismas pueden provocar desperfectos en los vestigios.

26. Otra fórmula posible es su inscripción o la de su zona, en la lista de Bienes pertenecientes al patrimonio mundial. Como sucede con los pecios que se encuentran en la Gran Barrera de Coral australiana, los vestigios además de ser protegidos por la Convención del Patrimonio Cultural Subacuático, lo son por la «Convención de la UNESCO para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural» de 1972³⁶.

³² El caso de las monedas Saudíes se refiere a la restitución de varias decenas de monedas antiguas que fueron extraídas por un buceador norteamericano de aguas saudíes, e ilícitamente exportadas a EE.UU. El Gobierno de este país, devolvía las monedas a su país de origen en marzo de 2006.

Al respecto vid. «US returns stolen 13th century coins to Saudi Arabia», *Saudi Arabia in Focus*, 7 marzo 2006. «On March 6, Saudi Ambassador Turki AlFaisal accepted a large cache of ancient coins that were returned to Saudi Arabia by the United States. A recreational diver had taken the coins in 1994 from a shipwreck in the Red Sea about 100 yards off the Saudi coast, and smuggled them back to the US with the intention of selling them. An anonymous tip led to a US Immigration and Customs Enforcement (ICE) investigation in 2004. A Key West man admitted to taking the coins improperly and surrendered them to ICE agents in April 2005».

³³ En casos como éste podrían ser de aplicación tanto la Convención de 2001 como la de 1970. Aunque esta última no menciona específicamente a los bienes culturales sumergidos, tampoco estipula que los bienes que protege hayan debido ser descubiertos en tierra firme. Por tanto éstos podrían estar al amparo de sus disposiciones siempre que estuvieran incluidos dentro de alguna de las categorías de su art.1 y siempre que el Estado los hubiera 'designado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia'. Es decir, la Convención sólo protegería los bienes del patrimonio subacuático si éstos hubieran sido conocidos por el Estado Parte con anterioridad y éste hubiera hecho constar expresamente su importancia, por ejemplo, a través de su declaración como Bienes de Interés Cultural o inscribiéndolos en el Inventario General.

«Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Art.14. Control de entrada en el territorio, comercio y posesión. Los Estados Partes tomarán medidas para impedir la entrada en su territorio, el comercio y la posesión de patrimonio cultural subacuático exportado ilícitamente y/o recuperado, cuando tal recuperación sea contraria a la presente Convención».

«Instrumento de Ratificación de la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales hecha en París el 17 de noviembre de 1970», *BOE*, nº 31, 5 febrero 1986, pp. 4869-4872.

³⁴ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Art.5. «Cada Estado Parte empleará los medios más viables de que disponga para evitar o atenuar cualquier posible repercusión negativa de actividades bajo su jurisdicción que afecten de manera fortuita al patrimonio cultural subacuático».

³⁵ El *ss Yongala*, un carbonero de pasaje de lujo, hundido en 1911 en una zona próxima a un canal marítimo de tráfico intenso sufría a consecuencia del efecto de las anclas de las embarcaciones que no sólo causaba inestabilidad al navío, sino que en ocasiones provocaba el daño físico por los impactos de las anclas. Ello unido al efecto del incremento de la pesca en la zona animó a las autoridades a su declaración como «Parque Marino Nacional (*Marine National Park Zone B*)», prohibiendo distintas actividades relacionadas con la pesca y controlando la investigación, la navegación y el turismo en la zona a través de un sistema de permisos.

³⁶ respecto, vid. A. VIDUKA, «Managing Threats to Underwater Cultural Heritage Sites: The Yongala as a Case of Study» en ICOMOS, «*Underwater Heritage at Risk: Managing Natural and Human Impact*», 2006, p.61-63.

³⁶ N. FLEMMING/ M. REDKNAP, «Sumergirse en el Pasado. La arqueología subacuática, una nueva disciplina científica que goza de gran popularidad», *El Correo de la UNESCO*, nº11, 1987, p.7.

27. Aun así, el patrimonio cultural subacuático continúa estando en peligro, principalmente porque buena parte de él todavía no ha sido descubierto. En aguas como las de Hong Kong, prolíficas en patrimonio subacuático, desconocidos vestigios sufren las consecuencias de la expansión urbana que causa en ellos destrozos inconscientes e irreparables³⁷. En estos casos, la única opción posible consiste en desarrollar políticas proactivas, que los protejan antes incluso de haber sido hallados. La obligatoriedad de realizar prospecciones arqueológicas en todas las zonas sujetas a transformación, o al menos en aquellas que son potencialmente contenedoras de restos de patrimonio cultural sumergido, son algunas de ellas.

2. Cooperación entre Estados

28. Basándose en los criterios zonales descritos, la Convención delimita la responsabilidad de los Estados y les impone un sistema de colaboración de obligado cumplimiento del que la cooperación y el intercambio de información son sus principales pilares.

29. Como dos líneas de actuación complementarias, ambos son esenciales e imprescindibles para lograr el correcto cumplimiento de las disposiciones de la Convención, aunque su implementación no esté exenta de inconvenientes e incertidumbres.

30. En la zona en la que los Estados disponen de soberanía y exclusividad, la cooperación se limita a los casos en los que se localizan buques y navíos con pabellón de otro Estado. Al Estado ribereño se le convida, pero no obliga a informar a dicho Estado o en su caso al que disponga de un vínculo histórico, cultural o arqueológico con el vestigio, a cerca del descubrimiento³⁸. Aunque como apunta AZNAR GÓMEZ, este requerimiento no parece existir, si el descubridor es un tercero distinto al Estado ribereño³⁹.

Los derechos del Estado de pabellón o del Estado que ha localizado el hallazgo se ven limitados, por tanto, por los derechos exclusivos del ribereño de reglamentar las acciones y conceder permisos en sus aguas. En definitiva, uno y otro Estados se ven condenados a cooperar.

31. Máxime, cuando la ambigüedad de la Convención no resuelve las discrepancias que surgirán en relación a la propiedad de los pecios, que ésta decide eludir, a partir de la formulación de un principio, que esconde las opiniones contrarias que emergieron durante las negociaciones previas a su aprobación⁴⁰. La resolución de los conflictos dependerá, según algunos autores, de la existencia de Convenios

³⁷ COSMOS CORONEOS, «The four Commandments: The response of Hong Kong SAR to the Impact of Seabed Development on Underwater Cultural Heritage» en ICOMOS, «*Underwater Heritage at Risk: Managing Natural and Human Impact*», 2006, pp.46-48.

³⁸ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», BOE, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. «Art. 7. 3. En sus aguas archipelágicas y mar territorial, en el ejercicio de su soberanía y de conformidad con la práctica general observada entre los Estados, con miras a cooperar sobre los mejores métodos de protección de los buques y aeronaves de Estado, los Estados Partes deberían informar al Estado del pabellón Parte en la presente Convención y, si procede, a los demás Estados con un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica, del descubrimiento de tales buques y aeronaves de Estado que sean identificables».

³⁹ M.J.AZNAR GÓMEZ, «La Protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España», *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2004, p. 246: «nada se dice del posible deber a cargo del Estado del hallazgo de informar al Estado ribereño de su descubrimiento, lo cual plantearía la posible paradoja de, por un lado, salvaguardar a ultranza los derechos del Estado ribereño frente a, por ejemplo, el Estado de pabellón y, por otro, a ignorar esos derechos por el Estado de hallazgo que no viene obligado a comunicar el mismo».

⁴⁰ J.L.CENDÓN CASTRO, «Régimen del Derecho Marítimo sobre los Pecios con Valor Arqueológico e Histórico», <http://www.derechomaritimo.info/pecios.htm>. «Durante los períodos de negociaciones, se plantearon tres enfoques respecto a los problemas de los buques de Estado. El primero, rechazado por muchos países principalmente africanos y sudamericanos, pasaba por excluir a los buques de Estado de la Convención. Sólo mediante una decisión expresa por parte del Estado del pabellón se podían incluir; en caso contrario, sólo éste podría decidir si tomar o no las medidas necesarias para preservar los bienes. El segundo enfoque fue apoyado principalmente por países de larga tradición marítima como Gran Bretaña, Holanda o España. Planteaban incluir los buques de Estado dentro del ámbito de la Convención, pero con la importante salvedad de que el Estado del pabellón mantendría en todo momento jurisdicción exclusiva sobre sus pecios. El resultado de estos planteamientos confrontados se plasmó en el polémico artículo 2 párrafo 8 de la Convención, que mantiene la ambigüedad que ha predominado siempre sobre este tema».

Específicos entre los Estados en cuestión y en su ausencia, de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado⁴¹. Éstas últimas, que no tienen porqué compartir criterios provocarán, en consecuencia, que el resultado de las controversias varíe ostensiblemente en función del Estado en que tenga lugar el litigio, especialmente cuando ambos Estados consideren al pecio como elemento integrante de sus patrimonios⁴². En el caso de España, por ejemplo, el Estado español adquirirá la propiedad de todos los pecios localizados en aguas territoriales españolas si pertenecen al Patrimonio Histórico Español, pero también y en ciertas circunstancias, cuando no formen parte de éste⁴³.

32. En el resto de las zonas, la Convención impone proteger al patrimonio conjunta y de coordinadamente. A excepción de en la Zona, al Estado ribereño se le reserva, aunque de forma velada, la figura de coordinador, lo que le confiere unos privilegios, que aunque deberá ejercer con la responsabilidad sobrevenida de la protección del patrimonio para la colectividad, provocarán discrepancias. La potestad de prohibir o autorizar cualquier actividad dirigida al patrimonio cultural sumergido en la ZEE y Plataforma Continental, cuando ello suponga una intromisión en su soberanía o jurisdicción reconocida por el Derecho Internacional, es un privilegio que levanta recelos entre los Estados⁴⁴. Por no mencionar la legitimidad de actuar y poner en marcha cualquier medida y/o autorizar cualquier actividad, que tenga por objeto la protección de ese patrimonio ante una amenaza o peligro sin haber iniciado la ronda de consultas a la que le somete la Convención. Aunque en el ejercicio de esta dispensa, deba actuar en beneficio de la totalidad de los Estados los mecanismos de control para verificarlo se desconocen⁴⁵.

33. En la Zona, los Estados que hayan mostrado un interés verificable serán invitados, en este caso por el Director General de la UNESCO, a formar parte del sistema de consultas y cooperación del que surgirá el Estado coordinador⁴⁶. Tanto en una como en otra zona, los derechos de estos Estados así como el sistema para determinar si disponen de ellos, se omiten.

⁴¹ A.L.CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «*Derecho Internacional Privado*», vol. II, 11ª Ed., Comares, Granada, 2010, pp.735-736.

⁴² A.L.CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «*Derecho Internacional Privado*», vol. II, 11ª Ed., Comares, Granada, 2010, p. 736: «Dicha ejecución será muy difícil si los pecios son también considerados ‘Patrimonio Histórico’ del país de su situación, estos aplicarán sus normas de DIPr., y normalmente, sus Leyes sustantivas (*Lex Rei Sitae*). Normalmente, tales tribunales ignorarán el hecho de que el pecio pertenece al Patrimonio Histórico español».

⁴³ A.L.CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «*Derecho Internacional Privado*», vol. II, 11ª Ed., Comares, Granada, 2010, p. 736: «(...) si el bien no pertenece al Patrimonio Histórico Español, es aplicable la Ley 60/1962. Según el art.29 de la Ley 60/1962, el Estado español adquiere la propiedad de cualquier buque, aeronave u objeto hundido cuando su propietario haga abandono de sus derechos o no los ejerza en el plazo de tres años desde su hundimiento (...) si el hundimiento (es) anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 60/1962, los plazos de prescripción a favor del Estado comienzan a contar a partir de la fecha de la entrada en vigor de la Ley 60/1962 (Disp. Trans. 1ª Ley 60/1962).

⁴⁴ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. «Art. 10. 2. Un Estado Parte en cuya zona económica exclusiva o en cuya plataforma continental esté situado el patrimonio cultural subacuático tiene derecho a prohibir o a autorizar cualquier actividad dirigida a este patrimonio para impedir cualquier intromisión en sus derechos soberanos o su jurisdicción reconocidos por el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar».

⁴⁵ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. «Art. 10. 4. Sin perjuicio de la obligación de todos los Estados Partes de proteger el patrimonio cultural subacuático mediante la adopción de todas las medidas viables conformes al derecho internacional, con el fin de impedir todo peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático, incluido el saqueo, el Estado Coordinador podrá adoptar todas las medidas viables y/o conceder cualquier autorización que resulte necesaria de conformidad con la presente Convención y, de ser necesario, con anterioridad a las consultas, con el fin de impedir cualquier peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático, ya sea ocasionado por la actividad humana o por cualquier otra causa, incluido el saqueo. Al adoptar tales medidas se podrá solicitar la asistencia de otros Estados Partes».

⁴⁶ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. «Art. 12. 2. El Director General invitará a todos los Estados Partes que hayan declarado un interés en virtud del párrafo 4 del Artículo 11 a efectuar consultas sobre la mejor manera de proteger el patrimonio cultural subacuático, y a designar un Estado Parte para coordinar esas consultas como “Estado Coordinador”. El Director General invitará asimismo a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos a participar en esas consultas».

34. Tampoco se establecen los tiempos precisos para el desarrollo de las acciones previstas. No se menciona el plazo del que disponen los Estados parte para notificar su interés por un vestigio descubierto, ni la duración del periodo de consultas, ni el plazo durante el que el Estado ribereño puede realizar acciones sobre un vestigio localizado en la Zona Económica Exclusiva sin necesidad de consultar con el resto de Estados. Es decir, que al menos hipotéticamente, cualquiera de ellas podría prolongarse por tiempo indefinido, pudiendo provocar enfrentamientos entre ellos o perjuicios en los vestigios objeto de protección.

35. La Convención, asimismo, no se pronuncia acerca del modo en cómo se optará por una u otra opción de protección, ni que sucederá en caso de desacuerdo entre las propuestas de los Estados. Y lo que es más importante, qué ocurrirá en caso de que por razones científicas o de conservación del vestigio, la opción de extracción sea la más idónea. En quien recaerá la responsabilidad de custodiar los bienes y el derecho a disfrutar de ellos, será un tema a negociar entre aquellos que dispongan de un vínculo verificable.

36. Inevitablemente, la cooperación será imprescindible tanto para la resolución de estos conflictos como para el desarrollo de las acciones y disposiciones previstas por la Convención para cada una de las zonas.

37. En la otra cara de la moneda, la comunicación y el intercambio de la información sobre la que se cimienta el sistema, también presentan complicaciones. Tan relevante como que se produzca la transferencia de datos, es decidir con qué procedimientos se van a transmitir y cuál será el modo más eficaz de garantizar su seguridad, aspecto que ya desde los inicios ha generado los recelos de algunas potencias⁴⁷.

3. Patrimonio de la Humanidad, patrimonio compartido

38. La Convención vela por la protección y salvaguardia del patrimonio cultural para toda la humanidad⁴⁸. Como principio general, su concepción no es del todo original, pues ha estado, de uno u otro modo, presente en otras convenciones anteriores⁴⁹. La diferencia de planteamiento con éstas reside en el atributo de comunidad. Para la Convención, que en este aspecto bebe de las fuentes de la CNUDM, el patrimonio cultural subacuático es un conjunto de bienes, que aglutinan las relaciones entre los pueblos, que son comunes a todos ellos, y por tanto, deben ser compartidos⁵⁰.

39. Los bienes del patrimonio cultural subacuático comparten con los recursos del Área, protegidos por la CNUDM, buena parte de sus características. Son elementos que no pueden ser regenerados, difícilmente repetibles y no renovables. Y aunque su valor económico no es comparable al de los minerales y recursos, cuya potencialidad es inmensa, sus posibilidades científicas sí lo son⁵¹. Numerosos autores

⁴⁷ Los primeros debates a cerca de ello generaron recelos de Estados como España, México o Granada, que desde el inicio mostraron su preocupación por la propuesta de la UNESCO de crear una base de datos común en la que verter la información

Al respecto vid. UNESCO, «Reunión de los Estados parte de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático», *Doc. UCH/11/3.MSP/220/4rev*, 11 enero 2010, p. 17.

⁴⁸ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. «Art. 2.3. Los Estados Partes preservarán el patrimonio cultural subacuático en beneficio de la humanidad, de conformidad con lo dispuesto en esta Convención».

⁴⁹ «Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, hecho en La Haya el 14 de mayo de 1954», *BOE*, nº 178, 25 julio 1992, pp. 25844-25845. «Preámbulo. Convencidas de que los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial.»

⁵⁰ La idea de un patrimonio común que debe ser preservado para la humanidad entera, surge a finales de los sesenta para proteger y reservar ciertos recursos del Área a la humanidad entera. Recursos no renovables, con un alto potencial científico y económico, a los que todos los Estados deben acceder en idénticas condiciones y términos, independientemente de los medios económicos y tecnológicos de que dispongan.

⁵¹ E. HOLMILA, «Common Heritage of Mankind in the Law of Sea», *Acta Societatis Martensis*, 2005, p. 194: «(...) the marine resources of the seabed are worth estimated 1 trillion USD per year»; T. SCOVAZZI, «The Concept of Common Heritage of

coinciden en describir los ejemplos del patrimonio cultural subacuático como «cápsulas del tiempo»⁵². Vestigios culturales de existencia humana de individuos o pueblos, y sus relaciones entre ellos. Fotografías de instantes de la historia que, no habiendo padecido la transformación lógica y previsible de la propia evolución humana, aportan inmortales huellas de cotidianidad. Su destrucción supone una pérdida irreparable para el Estado parte de procedencia, y para el resto, en cuanto a que son elementos clave para descifrar y comprender la realidad de tiempos pasados compartidos, y en definitiva, comunes.

40. Al igual que sucede con los recursos protegidos del Área, la tecnología y los recursos económicos necesarios para su descubrimiento y recuperación, no está al alcance de todos los países y las diferencias son notables. En consecuencia, reservarlos para la humanidad entera significa prevenir las desigualdades culturales irreparables, como resultado de la superioridad financiera y tecnológica de las grandes potencias, en caso de que se consintiera el libre acceso.

41. No obstante, la idea de preservar el patrimonio para la humanidad no es universalmente compartida. Especialmente críticas son las empresas de salvamento, que la interpretan como una intromisión y un recorte de derechos sobre la propiedad privada⁵³. La imposibilidad del propietario de recuperar los objetos de forma libre y autónoma limita las posibilidades de negocio de estas empresas, cuya supervivencia depende directamente de la extracción de los vestigios a los que la Convención debe proteger.

4. Protección *in situ*, conservación a largo plazo y accesibilidad

42. Al contrario de lo que pueda presumirse, la comunidad científica coincide en señalar que el patrimonio cultural sumergido dispone de protección natural en su ubicación submarina.

43. Según apuntan los expertos en la materia, los vestigios sufren un rápido y fuerte deterioro en el momento de su hundimiento, pero una vez que se estabilizan, las condiciones de su entorno favorecen su conservación a largo plazo. Por su parte, su extracción de los fondos marinos conlleva un cambio drástico de las condiciones medioambientales, que provoca daños que, por lo general, son irreversibles e irreparables.

44. Debido a ello y a las favorables condiciones de conservación que les ofrece su entorno marino, la Convención opta por la conservación *in situ* como opción prioritaria⁵⁴. Los Estados parte están

Mankind and the Resources of the Seabed Beyond the Limits of National Jurisdiction», http://www.iadb.org/intal/aplicaciones/uploads/ponencias/Seminario_AUSPINTAL_2006_04_Scovazzi.pdf, 2006, pp. 16-17: «The prospects for commercial application of bioprospecting activities are very promising: ‘Deep seabed resources holds enormous potential for many types of commercial applications, including in the health sector, for industrial processes or bioremediation (...) Estimates put worldwide sales of all marine biotechnology-related products at US \$ 100 billion for the year 2000’».

⁵² A. J. PARKER, «El Mediterráneo, un cementerio de barcos», *El Correo de la UNESCO*, nº 11, 1987, p. 10; UNESCO, «Preliminary study on the advisability of preparing an international instrument for the protection of the underwater cultural heritage», *UNESCO General Conference, Twenty-eighth Session, Doc. 28C/39, Item 7.6. of the provisional agenda*, 1995; P.J. O’KEEFE, «Protecting the underwater cultural heritage. The International Law Association Draft Convention», *Marine Policy*, vol. 20, nº4, 1996, p. 297; E.O’HARA, «Future challenges in European maritime science», *Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Doc. 8206*, 22 septiembre 1998; P.FLETCHER-TOMENIUS/ C. FORREST, «Historic wreck in international waters: conflict or consensus?», *Marine Policy*, vol. 24, nº1, 2000, p.4; D.NUTLEY, «Submerged Cultural Sites: A Time Capsule», *Museum International*, vol.60, nº240, 2008, pp.7-17.

⁵³ F. BOOTH, «The Collision of Property Rights and the Cultural Heritage; the Salvors’ and the Insurer’s Viewpoints» en B.T. HOFFMAN (Edi.), «*Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*», Cambridge University Press, Nueva York, 2006, pp. 293-299. En particular, el autor señala en la p.295: «If they do have an owner, then what right does the UNESCO, or any other governmental or intergovernmental agency, have to divest the owner of his rights of his property? Whether the owner is the original owner or an insurer that has paid for the lost of the goods and assumed subrogation rights, that owner’s rights deserve the full protection of the law, just as do all property rights».

⁵⁴ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Art.2.5. «La preservación *in situ* del patrimonio cultural subacuático deberá considerarse la opción prioritaria antes de autorizar o emprender actividades dirigidas a ese patrimonio».

obligados a proteger el patrimonio en su ubicación original, salvo que por circunstancias científicas o de conservación sea más aconsejable su extracción.

45. Por lo general, esta consigna se está llevando a cabo en mayor o menor medida por todos los Estados, ya sean o no parte de la Convención. En los casos en los que se detecta que el vestigio se encuentra en peligro a causa, por ejemplo, de las corrientes marinas o del ataque de microorganismos, se intentan neutralizar sus efectos en su ubicación original. Y sólo, si todos los remedios disponibles fracasan, optan por el rescate.

46. No obstante, la conservación *in situ* no siempre es interpretada del mismo modo ni empleada con la misma intensidad a todos los elementos de un vestigio. Existen casos, como el del *Lady Darling*, en los que se practica una conservación *in situ* pura⁵⁵. En ellos, esta regla tiene la más alta consideración y se aplica tanto al conjunto como a todos los elementos que contiene, evitando al máximo su dispersión y el intrusismo, y preservando el descubrimiento en su estado original. En vestigios como éste, los submarinistas no sólo disfrutan contemplando los restos del navío sino de su carga y/o de los objetos personales de la tripulación.

47. En otros, por el contrario, se opta por una conservación *in situ* parcial, es decir, se protegen *in situ* las estructuras o elementos más voluminosos, como pueden ser los armazones de los navíos, pero no los objetos de pequeño formato. Éstos últimos, constituyen o enriquecen las colecciones de los nuevos museos de arqueología o patrimonio subacuático.

48. Finalmente, existen ocasiones, en las que los hallazgos son recuperados por completo; la conservación *in situ* es la opción preferente, pero no la única posible. Las razones científicas o la necesidad de proteger el patrimonio de forma definitiva, son mencionadas como excepciones a esta regla⁵⁶. Cuando se trata de vestigios localizados durante los dragados de los ríos o los que se encuentran en condiciones inestables, su recuperación parece estar plenamente justificada. Sin embargo, existen casos, especialmente cuando se trata de vestigios de gran trascendencia para el Estado, en las que ambas excepciones pueden esconder otros intereses. Factores culturales, sociales, políticos y económicos, pueden convertirse en fuertes mecanismos de presión para la extracción completa del vestigio y su reubicación en un museo en el que dispongan de la visibilidad, notoriedad y accesibilidad total de la que no disfrutaban en su ubicación subacuática.

En este sentido, son particularmente interesantes, las conclusiones de la *Vrouw Maria Workshop* de 2009 acerca de la posibilidad de recuperar este navío, hundido en aguas territoriales de Finlandia en 1771. Aunque en ellas se admite que no se encuentra en riesgo inminente en su ubicación *in situ*, se baja su recuperación por su representatividad para el coleccionismo europeo (transportaba obras de arte adquiridas por la emperatriz Catalina la Grande), por su valor como nexo de unión entre Rusia, Suecia y Finlandia, y en general, para la historia del comercio marítimo⁵⁷.

⁵⁵ D. NUTLEY, «Protected Zones and Partnerships: Their application and Importance to Underwater Cultural Heritage Management» en «*Underwater Heritage at Risk: Managing Natural and Human Impact*», ICOMOS, 2006, pp. 32-34.

⁵⁶ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Anexo. Norma 4. «Las Actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático deberán servir de técnicas y métodos de exploración no destructivos, que deberán preferirse a la recuperación de los objetos. Si para llevar a cabo estudios científicos o proteger de modo definitivo el patrimonio cultural subacuático fuese necesario realizar operaciones de extracción o recuperación, las técnicas y los métodos empleados deberán ser lo menos dañinos posible y contribuir a la preservación de los vestigios».

⁵⁷ NATIONAL BOARD OF ANTIQUITIES, «The wreck today and current project», en NATIONAL BOARD OF ANTIQUITIES, «*Vrouw Maria workshop*, Helsinki, Nov 17-18th 2009», <http://www.nba.fi/tiedostot/5dd6f385.pdf>, diciembre 2009, p. 5: «Although the environmental conditions fluctuate slightly throughout the seasons of the year, the biological, chemical and physical degradation processes of the wreck are very slow. The wreck is therefore not in immediate danger of being destroyed. (...) It was discussed that in-situ preservation would be the least invasive, potentially disruptive and therefore the most uncomplicated and inexpensive approach.(...)»; NATIONAL BOARD OF ANTIQUITIES, «Raising the Vrouw Maria?», en NATIONAL BOARD OF ANTIQUITIES, «*Vrouw Maria workshop*, Helsinki, Nov 17-18th 2009», <http://www.nba.fi/tiedostot/5dd6f385.pdf>, diciembre 2009, p. 6: «The wreck of Vrouw Maria and the related artifacts are material remains of the Dutch maritime trade within the Baltic Sea region

49. Independientemente del motivo que justifique su remoción y de su licitud, los Estados tienen el deber de conservar los vestigios para generaciones futuras⁵⁸. Y el compromiso de conservación es, como principio rector, un mecanismo de protección que no debe ser descuidado ni infravalorado. Los objetos recuperados del fondo de las aguas son especialmente volátiles, particularmente sensibles a los cambios de sus condiciones ambientales, y su custodia, y sobre todo, su estabilización, son acciones que se antojan complejas y poco rentables⁵⁹. El impacto económico de las tareas de estabilización y conservación, y el riesgo de daños irreversibles son factores que autores como O'KEEFE, consideran determinantes a la hora de sopesar la decisión a cerca de cómo proteger el patrimonio⁶⁰.

50. Tanto si se opta por su protección *in situ* como por su extracción, los Estados deben procurar su accesibilidad⁶¹. Su observación favorece la sensibilización y generan un sentimiento de respeto que puede contribuir a su futura protección. Siempre que no constituya una amenaza, los Estados velarán por su cumplimiento.

51. No obstante, si los vestigios continúan en su localización original, el acceso puede ser permitido, pero la accesibilidad es en la práctica limitada. Su ubicación actúa como barrera física, que impide que su disfrute sea universal. La falta de equidad justifica, para los detractores de la Convención, especialmente las empresas de salvamento, la remoción de los vestigios, que fuera de su entorno marino pueden ser dotados de la accesibilidad con la que la conservación *in situ* parece difícilmente compatible⁶².

52. Sus defensores, por el contrario, se afanan por buscar fórmulas que permitan compatibilizar ambos principios. Algunos Estados han comenzado por poner en marcha mecanismos de protección mixtos, en los que conjugan ambas máximas. El exponente más claro son los museos o complejos subacuáticos, de los que el *Underwater Museum of Baiheliang* es uno de los ejemplos más sobresalientes⁶³.

Con la construcción de estas infraestructuras, se logra el objetivo perseguido, pero a un alto precio. Son precisos fuertes desembolsos iniciales (el de *Baiheliang* supuso una inversión de 27,6 millo-

and events in the evolving 18th Century Russia. Compared to other wrecks of merchant vessels, the Vrouw Maria's special feature is the art-based cargo, which links her to the history of European art-collecting and trade, and further to Catherine the Great's political ambitions. The story touches evidently the history of the Netherlands, Russia and Finland/Sweden, but indirectly she can also be seen as a link in the history of global maritime trade).

⁵⁸ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Art.2.6. «El patrimonio cultural subacuático recuperado se depositará, guardará y gestionará de tal forma que se asegure su preservación a largo plazo».

⁵⁹ *China's Marine Silk Road Museum* es un ejemplo claro de este tipo de intervenciones. El complejo, cuyo coste se estima en 40 millones de dólares, fue diseñado para albergar los restos del *Nanhai 1*. El navío chino del siglo XIII, que yacía a 23 m de profundidad, fue extraído dentro de un contenedor por una grúa gigante. En su nueva ubicación, permanecerá sumergido en un tanque que reproduce las mismas condiciones medioambientales que tenía en el agua. De sus bodegas han sido obtenidos unos 6.000 objetos de porcelana china de los 70.000 que se cree podría contener el buque.

⁶⁰ P.J.O'KEEFE, «Shipwreck Heritage: A commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage», *Institute of Art and Law*, Londres, 2002, p. 50: «This will be costly, particularly as storage is an open-ended commitment. These obligations must be considered by States when deciding to permit excavation rather than preservation *in situ*».

⁶¹ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Art.2.10. «Un acceso responsable y no perjudicial del público al patrimonio cultural subacuático *in situ*, con fines de observación o documentación, deberá ser alentado para favorecer la sensibilización del público a ese patrimonio así como el reconocimiento y la protección de éste, salvo en caso de que ese acceso sea incompatible con su protección y gestión».

⁶² F. BOOTH, «The Collision of Property Rights and the Cultural Heritage; the Salvors' and the Insurer's Viewpoints» en B.T. HOFFMAN (Edi.), «*Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*», Cambridge University Press, Nueva York, 2006, pp. 293-299. En particular, el autor señala en la p. 296: «The artifacts recovered can then enjoyed by those who purchase them and, if they are purchased by museums or other public entities, can be put on display for many to enjoy (...) Lying on the ocean floor, out of the reach and out of sight of essentially all of mankind, they can do none of those things».

⁶³ Inaugurado en 2009, y ubicado bajo el río Yangtze, protege y dota de accesibilidad, a los restos de uno de los sistemas hidrográficos más antiguos del mundo. Desde su estructura sumergida se pueden observar tanto poemas cincelados en piedra como esculturas en forma de pez utilizadas para marcar la crecida de las aguas.

G. XIURUN, «Baiheliang Ancient Hydrologic Inscription. No.1 Ancient Hydrometric Station in the World and In-situ Underwater Protection Project», <http://www.unesco.org/culture/underwater/pdf/Baiheliang-GeXiurun-EN.pdf>

nes de dólares) y además deben enfrentarse a las complejidades técnicas inherentes al medio marino y a los usos del inmueble, cuya construcción debe llevarse a cabo sin provocar daños directos al sensible patrimonio que custodian o a su entorno.

53. Como alternativa, la UNESCO está apoyando el desarrollo de proyectos informáticos, que persigan el acceso a los vestigios por vía electrónica. Algunos de los sistemas diseñados, como el *Geographic Information System* (GIS) han sido ideados para la comunidad científica, pero otros como, el *WSID* o la Lista de Patrimonio Mundial, en fase de desarrollo, serán accesibles a todos los públicos⁶⁴.

Obviamente, esta solución no consigue idéntica notoriedad e impacto a la que se experimenta con una visita al vestigio o al museo que lo protege, pero la accesibilidad está garantizada y a un coste mínimo.

5. Respeto por los restos humanos

54. Los navíos y aeronaves, cuyos restos constituyen parte del Patrimonio Cultural Subacuático, se originan en multitud de ocasiones a causa de catástrofes o desastres, que conllevaban la pérdida irreparable de vidas humanas⁶⁵. El respeto a sus restos, uno de los principios sobre los que se cimienta la Convención, generó ciertas fricciones entre los Estados durante las negociaciones⁶⁶. Las diferencias procedían, principalmente, de aquellos que apostaban por su restricción a los restos de navíos hundidos durante enfrentamientos bélicos, como homenaje póstumo a los servicios prestados y tributo a los fallecidos. Frente a ellos, los que consideraban que de ser incluido, debía ser aplicado de manera universal a todos los restos humanos⁶⁷.

55. Como en otras de sus disposiciones, el resultado de estas disposiciones es para algunos autores, ambiguo⁶⁸. Profundizar y esclarecer su alcance habría alterado el débil equilibrio obtenido con una solución de compromiso en la que no se especifican las reglas. Son los Estados, por tanto, quienes deben interpretar el contenido de la norma y establecer los instrumentos y mecanismos para lograr su cumplimiento.

56. Vestigios, como el del *MS Estonia*, han sido declarados como lugares de descanso final de las víctimas, a las que se prohíbe extraer o despojar de sus efectos personales⁶⁹. Para otros, como los del

⁶⁴ UNESCO, «Awareness Raising and Involvement of the Public-at-large», Current Activities of UNESCO concerning the 2001 Convention, *UCH/10/1.MAB/220/INF. 1*, 13-15 junio 2010.

⁶⁵ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Art.2. 9. «Los Estados Partes velarán por que se respeten debidamente los restos humanos situados en las aguas marítimas».

⁶⁶ E. BOESTEN, «Archaeological and/or Historic Valuable Shipwrecks in International Waters. Public International Law and What it Offers», *T.M.C. Asser Press, La Haya*, 2002, p. 137: «This provision appeared for the first time in the final version of the Convention after concerns from the delegations during the 2001 meetings that this issue was not being addressed at all. The discussion mainly focused on the question whether or not military graves should be separately addressed and whether or not such a provision could be formulated without a time-limit so as to include grave sites as the *Estonia* or the *Titanic*. The issue was resolved by including a general reference to 'human remains' located in maritime waters' thereby leaving some room for interpretation».

⁶⁷ P.J. O'KEEFE, «Shipwreck Heritage: A commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage», *Institute of Art and Law*, Londres, 2002, p. 54: «During negotiations of the Underwater Convention, various States had made proposals to specifically mention 'war graves'(...) Other considered that if military were to receive special mention, then all those who died in conflict should similarly be included. The States strongly opposed any specific reference to military remains and their opposition was such that the text refers only to human remains in general».

⁶⁸ F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Protección Internacional del Patrimonio Cultural Submarino», Ediciones *Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2005, p. 122: «Se trata de una norma ambigua en su formulación y en su aplicación, pues no determina el alcance de dicha protección, ni precisa en qué casos se pueden limitar las actividades dirigidas al PCS por el hecho de que, junto al pecio en sentido estricto, se hayan encontrado restos humanos. En todo caso, la principal ventaja de esta disposición radica en que las empresas dedicadas a la captura de tesoros en los fondos marinos, tendrán que modificar sus prácticas de recuperación, muchas veces centradas exclusivamente en la recuperación de objetos valiosos, aunque para llegar a ellos hubiera que prescindir o destruir otros objetos de importancia histórica pero sin rentabilidad en el mercado».

⁶⁹ El *MS/Estonia* es un ferry que se hundió en el Mar Báltico el 23 de febrero de 1994. A pesar de que a efectos de la UNESCO este hundimiento no podría ser considerado, por el momento, patrimonio cultural sumergido, lo utilizamos como

RMS Titanic, continúan las negociaciones para adoptar un acuerdo internacional con objeto de declarar el vestigio, cuyos restos han sido objeto de varias disputas, como «Memorial Marítimo Internacional (*Internacional Maritime Memorial*)»⁷⁰.

57. La antigüedad y la magnitud del desastre son quizás los atributos más claros para delimitar el alcance de una provisión tan amplia como ésta. Los que se produzcan de manera reciente y con un alto coste en vidas humanas, como el hundimiento del *MS Estonia*, serán probablemente protegidos antes incluso de que estén al amparo de la Convención. A otros, más antiguos, cuya repercusión forme parte de un pasado poco reciente, serán protegidos por la Convención, pero probablemente, no apelando a las disposiciones de este principio que, para estos bienes, se habrá diluido en el tiempo como la catástrofe que provocó su hundimiento.

6. Inmunidad y soberanía sobre los buques y aeronaves de Estado

58. La Convención protege a los buques y aeronaves de Estado de forma dual. Los que todavía prestan servicio, y en ejercicio de su actividad, quedan excluidos del deber de informar y comunicar el hallazgo de un vestigio⁷¹. Cumplir con una obligación de estas características, supondría inevitablemente, la revelación de ciertos detalles al margen de la Convención, que los Estados coinciden e insisten en reservar para sí mismos⁷².

59. Otra cuestión, son los buques y aeronaves de Estado, que yacen en las profundidades por más de cien años. Los Estados conservan, al menos en el plano conceptual, la soberanía sobre sus restos⁷³.

60. Sus derechos, no obstante, pueden verse coartados por las legislaciones de otros Estados, en función de la zona en la que tenga lugar el hallazgo. Si son descubiertos en aguas de otro, deben acogerse a sus normas, antes de llevar a cabo cualquier actividad sobre los vestigios. La complejidad y la lejanía del Estado de pabellón, provocan en ocasiones, como sucedió con los navíos holandeses localizados

ejemplo de una de las formulas de protección existentes. En virtud de ésta, los restos del navío y sus alrededores son declarados «lugares de descanso final de las víctimas de un desastre» lo que conlleva la prohibición de bucear y/o extraer sus cuerpos o efectos personales.

Al respecto vid. «Agreement regarding MS/Estonia», *Marine Policy*, vol. 20, nº4, 1996, pp. 355-356.

⁷⁰ Y en otros, simplemente para proteger un hallazgo de los efectos destructivos del saqueo. El *RMS Titanic*, uno de los navíos más famosos de la historia, ha sido objeto central de un acuerdo internacional que contempla declarar su vestigio como «Memorial Marítimo Internacional (*Internacional Maritime Memorial*)». Todavía prosiguen los procedimientos relativos a su firma, pero países como Reino Unido, EE.UU., Canadá y Francia, han mostrado su interés por preservar el vestigio *in situ* y protegido en conformidad con las normas del Anexo de la Convención.

⁷¹ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Art.13. «Los buques de guerra y otros buques gubernamentales o aeronaves militares que gocen de inmunidad soberana y sean utilizados con fines no comerciales, en el curso normal de sus operaciones, y que no participen en actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático no estarán obligados a comunicar descubrimientos de patrimonio cultural subacuático en virtud de los Artículos 9, 10, 11 y 12 de la presente Convención. Sin embargo, al adoptar medidas apropiadas que no obstaculicen las operaciones o la capacidad de operación de sus buques de guerra u otros buques gubernamentales o aeronaves militares que gocen de inmunidad soberana y que se utilicen con fines no comerciales, los Estados Partes velarán por que tales buques procedan, en cuanto sea razonable y posible, de manera compatible con lo dispuesto en los Artículos 9, 10, 11 y 12 de la presente Convención».

⁷² E. BOESTEN, «Archaeological and/or Historic Valuable Shipwrecks in International Waters. Public International Law and What it Offers», *T.M.C. Asser Press*, La Haya, 2002, p.144: «If such an obligation would exist, such a vessel would need to give its position and explain what it was doing at the time of discovery, something that was not welcomed by the State vessels to fall within the sole discretion of that State».

⁷³ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. «Art. 2. 8. De conformidad con la práctica de los Estados y con el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, nada de lo dispuesto en esta Convención se interpretará en el sentido de modificar las normas de derecho internacional y la práctica de los Estados relativas a las inmunidades soberanas o cualquiera de los derechos de un Estado respecto de sus buques y aeronaves de Estado».

en Australia, la renuncia a sus derechos soberanos⁷⁴. En otras, como con el *CSS Alabama*, se alcanzan alianzas en busca de condiciones más favorables a cambio de la cesión de ciertos derechos⁷⁵.

61. La identificación de los navíos es crucial en estos casos⁷⁶. El Estado ribereño debe informar al Estado de pabellón sobre el hallazgo de un navío en sus aguas, pero no tiene la obligación de investigar, estudiar y determinar cual es el que se ha localizado y a quien pertenece⁷⁷.

62. La identificación de los vestigios es a la vez que imprescindible, problemática. Como sucedió en *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. The Unidentified Shipwrecked Vessel*, navíos como el *Merchant Royal*, pueden ser considerados como no descubiertos hasta que existan pruebas irrefutables sobre su identidad⁷⁸. Si el navío no es clara y fácilmente identificable, el Estado ribereño, desconociendo su identidad, no informará al Estado de pabellón, y por consiguiente éste, no podrá hacer valer sus derechos. Y aún conociéndola, la propia redacción de la Convención tampoco contiene una obligación expresa sino, más bien, una invitación a la colaboración y a la información⁷⁹. Cuestión que no ha sido bien recibida por las grandes potencias navales⁸⁰.

⁷⁴ El 6 de noviembre de 1972, La Commonwealth y el gobierno de los Países Bajos, firmaban un acuerdo en el que, una vez reconocida la soberanía de este último sobre los restos del *Zuytdorp* (1712), el *Batavia* (1629), el *Vergulde Draeck* (1656) y el *Zeewyk* (1727), buques holandeses sumergidos en aguas australianas, renunciaba a ellos a favor del gobierno australiano como referente del vínculo histórico entre los primeros exploradores holandeses y el continente australiano.

Al respecto vid. «Agreement between the Netherlands and Australia concerning old Dutch shipwrecks», http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/hsa1976235/sch1.html, 6 noviembre 1972. Art.1. «The Netherlands, as successor to the property and assets of the V.O.C., transfers all its right, title and interest in and to wrecked vessels of the V.O.C. lying on or off the coast of the State of Western Australia and in and to any articles thereof to Australia which shall accept such right, title and interest»

⁷⁵ Este buque de la armada norteamericana, hundido durante la batalla de Cherburgo en 1864, yace en aguas territoriales francesas. A modo de *joint-venture*, los gobiernos de ambos Estados se comprometían a colaborar para desarrollar la investigación científica del vestigio, cuya propiedad se reconoce expresamente al Estado Norteamericano pero cuya investigación no puede efectuarse sin los permisos oportunos de las autoridades francesas competentes.

Al respecto vid. «Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of France concerning the Wreck of the CSS Alabama», <http://www.history.navy.mil/branches/org12-9c.htm>, 3 octubre 1989.

⁷⁶ E. BOESTEN, «Archaeological and/or Historic Valuable Shipwrecks in International Waters. Public International Law and What it Offers», *T.M.C. Asser Press*, La Haya, 2002, p.143: «It was stressed that that the provision applied to sunken vessels only, as otherwise they would not qualify as underwater cultural heritage in the first place. This, as such, already provided guidance. Article 1 on definitions now provides a clear definition for ‘State vessels and aircrafts’ which are warships and other vessels or aircraft that were owned or operated by a State and used, at the time of sinking, only for non-commercial purposes, that are identified as such and that meet the definition of underwater cultural heritage. The word ‘identified’ was specifically added to meet the above mentioned concerns».

⁷⁷ F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, «Protección Internacional del Patrimonio Cultural Submarino», Ediciones *Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2005, p. 111: «la información al Estado del pabellón únicamente debería producirse cuando el pecio en causa sea identificable; por tanto, cuando sea posible conocer el Estado de origen del buque o aeronave hallados. Aquí también se pueden plantear problemas en cuanto a la aplicación práctica de esta figura, porque no se exige expresamente al Estado ribereño realizar averiguaciones cuando el pecio no sea identificable».

⁷⁸ UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE MIDDLE DISTRICT OF FLORIDA, TAMPA DIVISION, «*Odyssey Marine Exploration, Inc., Plaintiff, v. The Unidentified Shipwrecked Vessel*», 8:06-cv-1685-T-23MAP, 18 agosto 2010. «After analyzing artifacts recovered from the shipwreck site, Odyssey could not determine the identity of the vessel. Thus, the Merchant Royal remains undiscovered».

⁷⁹ §30

⁸⁰ G. CARDUCCI, «New Developments in the Law of the Sea: The UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage», *The American Journal of International Law*, vol. 96, nº2, abril 2002, pp. 419-434. En particular, el autor señala en la p. 428: «The key element is the statement that the coastal state «should inform» the flag state party (...) The adopted language «should inform» does not in itself exclude evolution toward the more extensive interpretation «should consult», and maybe even «shall consult», in view of the general principle of state parties’ duty to cooperate in the protection of the UCH»; M.J.AZNAR GÓMEZ, «Treasures hunters, sunken vessels and the 2001 UNESCO Convention», *The international Journal of Maritime and Coastal Law*, vol. 25, 2010, pp.209-236. En particular, el autor señala en la p.218: «(...) maritime powers such France, the United Kingdom, the Russian Federation or the United States abstained or voted against the adoption of the Convention. They understood that the text did not cover all their legal expectations protecting their sunken State vessels – and especially sunken warships-because for example, Article 7 (3) of the Convention was finally drafted so that the notice to the flag State is merely a suggestion and no agreement or flag State consent is required to conduct at their sunken vessels».

63. Lo que sí expresa la Convención, es la defensa del Patrimonio Cultural Sumergido frente a la actuación de las empresas de salvamento. Su tradicional práctica de solicitar una recompensa, en virtud de las normas de salvamento (*law of salvage*), o la propiedad de los mismos, en base a las de hallazgos (*law of finds*), es prohibida⁸¹. Únicamente, en casos excepcionales, en los que además de contar con los permisos pertinentes, se consideren sus acciones en plena conformidad con la Convención y se asegure la máxima protección al patrimonio a recuperar serán autorizados sus servicios⁸².

64. Fallos recientes que refrendan este discurso han sido destacados acertada y justificadamente por la doctrina. Especialmente señaladas han sido las sentencias favorables a España en relación a los navíos Juno y Galga⁸³. La de *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel*, pendiente del resultado de la apelación y de las últimas acciones de la empresa de salvamento, en la que Corte ha reconocido los derechos soberanos de nuestro Estado sobre el navío Nuestra Señora de las Mercedes, ha sido igualmente bien recibida⁸⁴. Otras menos trascendentes, han sido asimismo relevantes. En *Internacional Aircraft Recovery, L.L.C. vs. The Unidentified, Wrecked and Abandoned Aircraft*, el fallo del Tribunal de Distrito a favor de la concesión de los derechos de salvamento sobre el torpedero *Destroyer*, descubierto en aguas internacionales a ocho millas de Miami, fue revocado por el de Apelaciones, que reconoció a los Estados Unidos como propietario de la aeronave y su derecho a rechazar su salvamento⁸⁵. En las cortes europeas, la decisión de la Corte de Derechos Humanos, en contra de la *Pro Vrouw Maria Association*, poniendo fin a la batalla legal que la enfrentaba con el Estado de Finlandia, por los derechos del navío descubierto en aguas territoriales finlandesas, podrá ser considerada como otro importante precedente⁸⁶.

⁸¹ «Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se regulan los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos», *BOE*, nº 310, 27 diciembre 1962, pp. 18269 a 18273.

⁸² «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Art.4. «Relación con las normas sobre salvamento y hallazgos. Ninguna actividad relacionada con el patrimonio cultural subacuático a la que se aplica la presente Convención estará sujeta a las normas sobre salvamento y hallazgos, a no ser que: (a) esté autorizada por las autoridades competentes, y (b) esté en plena conformidad con la presente Convención, y (c) asegure que toda operación de recuperación de patrimonio cultural subacuático se realice con la máxima protección de éste».

⁸³ UNITED STATES DISTRICT COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT, «Sea Hunt and Commonwealth of Virginia v. The Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels», 221 F.3d 634; 2000 U.S. App. LEXIS 17546; 2000 AMC 2113, N° 99-2035 y 99-2036, 2000. «Judgment affirmed-in-part retaining title in the Juno with Spain and reversed-in-part the judgment of the district court ruling that Spain had abandoned the La Galga where clear and convincing evidence did not show express abandonment of the vessel».

⁸⁴ UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE MIDDLE DISTRICT OF FLORIDA, TAMPA DIVISION, «Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel», 8:07-CV-614-SDM-MAP, p. 33: «International law recognizes the solemnity of their memorial, and Spain's sovereign interests in preserving it (Sea Hunt, 221 F. 3d at 647). This Court's adherence to those principles promotes reciprocal respect for our nation's dead at sea. Id. It is this comity of interests and mutual respect among nations, whether expressed as the *jus gentium* (an impetus to exercise judicial authority) or as sovereign immunity (an impetus for refraining from the exercise of judicial authority), that warrants granting Spain's motions to vacate the Mercedes's arrest and to dismiss Odyssey's amended complaint».

Tras el fallo, en enero de 2011, la defensa de *Odyssey's Marine Exploration Inc.* remitía a la Corte documento de apoyo a su defendido y en contra de la posición española. Al respecto vid. C.R.NELSSON, «Motion to strike the brief of the United States as Amicus Curiae in Partial Support of Claimant – Appellee Kingdom of Spain», 10-10269-J, 3 enero 2011. «U.S. diplomatic cables very recently leaked by Wikileaks.org reveal that the U.S. interest is quite different from what was represented to the Court. The U.S. interest and participation in this case involved an offer of U.S. Government support in exchanged for reciprocal support in an unrelated litigation- the U.S. wanted to lend support to Claude Cassirer, a U.S. citizen, in his efforts to obtain from Spain a painting said to have been forced from his grandmother by the Nazis».

⁸⁵ UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF FLORIDA, «International Aircraft Recovery, L.L.C. v. The Unidentified, Wrecked & Abandoned Aircraft, 54 F. Supp. 2d 1172, 1999 U.S. Dist. LEXIS 10846, 1999; UNITED STATES COURTS OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT, 218 F.3d 1255; 2000, U.S. App. LEXIS 16683; 2000 AMC 2345; 13 Fla. L. Weekly Fed. C 859, 2000; UNITED STATES COURTS OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT, 373 F.3d 1147; 2004 U.S. App. LEXIS 12037; 2004 AMC 1724; 17 Fla. L. Weekly Fed. C 676, 2004.

⁸⁶ HELSINGIN SANOMAT, «Human Rights court rules against *Vrouw Maria* divers», <http://www.hs.fi/english/article/Human+Rights+court+rules+against+Vrouw+Maria+divers/1135254411352>, 15 marzo 2010. «The European Court of Human Rights has rejected a claim made by a group of divers against the Finish state concerning a ship that sank in Finnish waters in the 18th century. The court ruled against the divers who found the wreck of the Dutch ship, the *Vrouw Maria*, off the southwest tip of Finland. According to the ruling, Finland did not violate the diver's rights by forbidding them from raising the sunken ship wreck, or from taking objects found in it».

65. Decisiones como éstas, sumadas a las directrices de la Convención, serán determinantes a la hora de condicionar la actividad de las empresas de salvamento, que no sólo encontrarán inconvenientes para prestar sus servicios en aguas de los Estados firmantes, sino también en las de aquellos en los que las sentencias mencionadas sienten jurisprudencia⁸⁷.

7. Explotación no comercial del patrimonio cultural subacuático

66. La Convención contempla, como uno de sus principios rectores, la prohibición de la explotación comercial del patrimonio cultural subacuático⁸⁸.

67. El coste de las tareas de prospección y extracción de los vestigios culturales sumergidos es todavía muy elevado, lo que conlleva que las empresas de salvamento realicen estas actividades con la máxima celeridad y en consecuencia, el menor cuidado y respeto⁸⁹. Es únicamente la venta de los objetos culturales hallados la que rentabiliza las inversiones⁹⁰. Como en *R.M.S. Titanic, Inc., successor in interest to Titanic Ventures, v. Wrecked & Abandoned Vessel*, impedir el comercio de las piezas recuperadas, constituye una fórmula eficaz de disuadir las actividades ilícitas y proteger al patrimonio cultural subacuático de su destrucción⁹¹.

68. No obstante, las empresas e incluso algunos Estados, alentados por los potenciales beneficios del negocio, desarrollan fórmulas que les alejan de este principio. En el caso del navío *Sussex*, cuya búsqueda y recuperación fue objeto de un infructuoso acuerdo de colaboración entre el Gobierno Británico y la empresa *Odyssey Marine Exploration*, su fundamento fue la delgada línea que separa, en ocasiones, a los elementos del patrimonio cultural subacuático de los bienes comerciales⁹². La venta de monedas de oro, que supuestamente contiene el *Sussex*, se justificaba por su valor como activos monetarios sujetos a cotización y no como bienes culturales cuya comercialización sería inaceptable para la Comunidad Científica⁹³.

⁸⁷ M.J.AZNAR GÓMEZ, «Treasures Hunters, sunken vessels and the 2001 UNESCO Convention», *The International Journal of Maritime and Coastal Law*, vol. 25, 2010, pp.209-236. En particular, el autor señala en la p. 10: «(...) both the Juno and La Galga and the Mercedes decisions are landmark pieces of jurisprudence which might cite in applying Article 2 (8) and other Articles of the UNESCO Convention pertaining to sunken State craft. Last but not least, these decisions clearly state that private companies cannot initiate any recovery operations on sunken vessels without express consent by the flag State (and the territorial State when necessary). Companies must note that they will not receive any award for unauthorized 'salvage' operations, notwithstanding the enormous amount of money invested in them. Furthermore, injured States might initiate civil and/or criminal suits».

⁸⁸ «Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001», *BOE*, nº 55, 5 marzo 2009, pp. 22706 a 22721. Art.2.7. «El patrimonio cultural subacuático no será objeto de explotación comercial».

⁸⁹ M.J.AZNAR GÓMEZ, «La Protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España», *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2004, p.74: «Adoptando criterios de eficiencia económica, evitan utilizar procedimientos que consuman excesivo tiempo en la operación».

⁹⁰ La lista de la carga de «La Mercedes», declarada en la aduana de Gibraltar ascendía por ejemplo, a 3.996.926 dólares.

Á. DE CÓZAR, «Odyssey reveló su estrategia a EE.UU.», *El País*, 9 diciembre 2010.

⁹¹ UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA, «R.M.S. Titanic, Inc., successor in interest to Titanic Ventures, v. Wrecked & Abandoned Vessel», *U.S. Dist. LEXIS 20140*, 2000; UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT, «R.M.S. Titanic, Inc., successor in interest to Titanic Ventures, v. Wrecked & Abandoned Vessel», *286 F.3d 194*; *U.S. App. LEXIS 6799*; *AMC 1136*, 2002

⁹² E. BOESTEN, «Archaeological and/or Historic Valuable Shipwrecks in International Waters. Public International Law and What it Offers», *T.M.C. Asser Press*, La Haya, 2002, p. 153: «The distinction between trade goods and goods which must be kept as a collection could serve as a starting point for rethinking the commercial sale or exploitation of shipwreck finds. Future practice will no doubt show that the exclusion of commercial exploitation is a missed opportunity to find a balance between allowing funds to be raised through, for example, travelling exhibitions or the sale of bulk artefacts and the protection of underwater cultural heritage».

Al respecto, vid. «Partnering Agreement Memorandum Concerning the Shipwreck of HMS Sussex. Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Odyssey Marine Exploration, Inc.», <http://www.shipwreck.net/pam/>, 27 septiembre 2002.

⁹³ S. DROMGOOLE, «Murky waters for Government policy: the case of a 17th century British warship and 10 tons of gold coins», *Marine Policy*, vol. 28, nº3, 2004, pp.195-196: «The basis for determining the fate of material recovered from the Sus-

69. Al igual que Gran Bretaña, otros Estados no firmantes, como Indonesia, han utilizados argumentos como el saqueo o los posibles efectos de los monzones para justificar la extracción de los bienes y su comercialización. Sin embargo, tanto ésta, que en este caso ascendió a 32 millones de dólares, como su exhibición han generado una importante controversia en el sector de los arqueólogos. Si en 1994 era el *National Maritime Museum (Greenwich)*, censurado por la exposición de los objetos del *Titanic* siendo miembro de Congreso Internacional de Museos Marítimos (CIMM), es ahora el *Smithsonian* quien se enfrenta a estas mismas críticas⁹⁴. Y es que los principios y normas, que abogaban por la no comercialización ni exposición de objetos procedentes de la explotación comercial de vestigios sumergidos que aprobaba el CIMM en 1993, no han servido de freno para estas instituciones, que no consideran la exhibición concreta de estos objetos, prohibida⁹⁵. No obstante, y con independencia de las razones argüidas por unos y otros, la tensión a la que se somete a estas organizaciones, parece hoy en día, más fuerte que entonces. En el caso del *Smithsonian*, la programación de la exposición «Shipwrecked: Tang Treasures and Monsoon Winds» ha generado un gran debate en EE.UU. (Estado no parte de la Convención). La institución, una de las más prestigiosas del país, se enfrenta a las críticas que tachan su comportamiento de éticamente reprochable y negativo ejemplo para otras instituciones⁹⁶.

70. Lo que sí parece aceptado por la Comunidad Internacional es la explotación indirecta de los vestigios.⁹⁷ La Convención no diferencia entre explotación directa o indirecta, y por tanto, ambas deberían entenderse prohibidas; a pesar de ello, la segunda es defendida. En los últimos años, han florecido los proyectos que, tomando como base al patrimonio sumergido, han sabido obtener rentabilidad con la puesta en marcha de servicios auxiliares o de entretenimiento. Empresas de servicios submarinos o agencias de turismo, cuya supervivencia es directamente dependiente a la del patrimonio, son las principales interesadas en su preservación y protección como fuente principal de sus ingresos. Únicamente, los derechos de exclusividad pueden, como en el caso *R.M.S. Titanic v. The Wrecked and Abandoned*

sex appears to be a distinction developed and propounded by Greg Stemm, one of the directors of Odyssey, between 'cultural artefacts' and 'trade goods'. He argues that cultural artefacts should be retained as part of the project archive, but that trade goods, comprising cargo and other goods being transported for trade purposes, can be distinguished and can be the subject of ordinary commercial sale. Stemm argues that not all cargo and other goods transported for trade purposes would necessarily comprise trade goods and he has identified three criteria which should be used to distinguish trade goods: number of duplicates on site; the ease of recording or replicating artefacts; and archaeological value vs. value of return to the stream of commerce».

⁹⁴ P.J.O'KEEFE, «Shipwreck Heritage: A commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage», *Institute of Art and Law*, Londres, 2002, p. 51: «The ICMM standard was immediately tested by the *Titanic* exhibition in 1994-95 at the National Maritime Museum in Greenwich, England... This issues were raised with the National Maritime Museum but the exhibition went ahead; was hugely successful and had to be extended by six months».

⁹⁵ INTERNATIONAL COUNCIL MARITIME MUSEUMS, «Underwater Archaeology Resolutions», Barcelona, <http://www.asia.si.edu/exhibitions/SW-CulturalHeritage/downloads/ICMMArchaeologyPolicy.pdf>, 10 septiembre 1993.

⁹⁶ H.PRINGLE, «Smithsonian Shipwreck Exhibit Draws Fire from Archaeologists», <http://news.sciencemag.org/scienceinsider/2011/03/smithsonian-shipwreck-exhibit.html>, 10 marzo 2011. «In recent weeks, three major American archaeological associations and three of the Smithsonian's own internal research organizations have written to Smithsonian Institution Secretary Wayne Clough strongly opposing the exhibition. 'We agree that there was unprofessional and unethical conduct associated with the recovery of this wreck, regardless of the 'letter of the law,' and that at the least, the perception of impropriety and the potential for the Smithsonian's engagement with this project could set a negative precedent and reflect ill on this institution', wrote Melissa Songer, chair of the Smithsonian Congress of Scholars, in her letter»; A.PERLOFF-GILES, «Controversy at the Smithsonian», http://www.huffingtonpost.com/alexandra-perloffgiles/smithsonian-shipwrecked-excavation_b_854498.html, 27 abril 2011. «Going forward with the exhibition, critics charge, sends a signal to Indonesia and other countries with rich underwater cultural heritage that the commercialization of subaquatic artifacts, which they deem tantamount to modern-day piracy, is acceptable»; E.BLAIR, «From Beneath, A Smithsonian Shipwreck Controversy», <http://www.npr.org/2011/05/04/135956044/from-beneath-a-smithsonian-shipwreck-controversy>, 4 mayo 2011. Kimberly Faulk of the Advisory Council on Underwater Archaeology says the Smithsonian should not show the objects. 'They were not excavated properly. They are indeed looted artifacts that were sold for profit', Faulk says. Displaying the artifacts, Faulk says, 'sends a message that treasure hunting is OK.»

⁹⁷ P.J.O'KEEFE, «Shipwreck Heritage: A commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage», *Institute of Art and Law*, Londres, 2002, p. 52: «In essence these are no different to guided visits to archaeological sites in land. All such activities involved the payment of money to those organizing the visit or making the film. They are thus commercial, but are they prohibited?...to say that these activities are prohibited if they are commercially motivated is to adopt an ideological position beyond the scope of the Underwater Convention. In respect of such activities States are free to make their own rules within the jurisdiction allowed them under international law».

Vessel, hacer peligrar la rentabilidad de un negocio que la Comunidad Internacional, considera una herramienta más en la lucha contra la destrucción del patrimonio cultural sumergido⁹⁸.

71. En cualquier caso, la prohibición de comercializar el patrimonio cultural recuperado resultará ineficaz hasta que no se consolide el número de Estados parte y especialmente, hasta que aquellos con fuertes mercados de bienes culturales continúen evitando su firma. Pero también, mientras exista un gran número de Estados con importantes vestigios bajo sus aguas territoriales, que como Indonesia, no dispongan de los recursos suficientes para evitar su destrucción sin recurrir a su recuperación y venta.

IV. Conclusiones

72. Con un texto no exento de críticas, dudas y recelos, y en un campo en el que confluyen numerosos intereses económicos y territoriales, la aprobación de la Convención es un logro en sí misma.

73. Diez años después de su aprobación y en el transcurso de su lenta entrada en vigor, todavía persisten las inquietudes que existían entonces. No cabe duda de que el hecho de que el patrimonio cultural subacuático disponga de una Convención internacional que regule su protección, y de que ésta haya saltado a la opinión pública como una de las necesidades de nuestra generación y un reto para el futuro, es positivo. Como también lo es el debate que se ha generado en torno a ello. Ahora bien, quedan importantes aspectos a limar. Cómo proceder en los casos en los que sea necesaria la recuperación de un vestigio en el que existan más de un Estado interesado, decidir quien tiene un interés legítimo y hasta donde alcanza sus derechos preferentes, la actuación de los Estados ribereños en la ZEE y la PC, las tensiones y decisiones sobre la propiedad y la soberanía de los buques de Estado, y la regularización de la no explotación comercial del patrimonio, son algunos de ellos.

74. Fallos judiciales como los mencionados, la denuncia y presión ante comportamientos contrarios a los principios de la Convención y la sensibilización de Estados y públicos serán decisivos para el logro de dichos propósitos.

⁹⁸ Christopher S. Haver, y *Deep Ocean Expeditions* (DOE), tenían intención de realizar un viaje a los restos del *Titanic*. Siendo el objetivo del primero la toma de fotografías del vestigio y el segundo la visita con fines comerciales. Haciendo referencia a los derechos exclusivos de *R.M.S. Titanic, Inc.*, el tribunal prohibió a éstos y al resto interferir en los derechos de salvamento del primero, investigar o realizar actividades de salvamento y obtener imágenes, vídeos o fotografías. En la apelación, el Tribunal de Apelaciones modificó la sentencia del Tribunal del Distrito, eliminando la prohibición de investigar o visitar los restos aunque no la de realizar actividades de salvamento u otras que pudieran interferir en las labores de salvamento de *R.M.S. Titanic*.

Al respecto vid. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA, «R.M.S. Titanic, Inc. v. The Wrecked and Abandoned Vessel», 9 F. Supp. 2d 624, 626, 1998; UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT, «R.M.S. Titanic, Incorporated, successor in interest to Titanic Ventures, limited partnership, Plaintiff-Appellee, v. Christopher S. Haver; Deep Ocean Expeditions, Parties in Interest-Appellants, and The Wrecked and Abandon Vessel», 171 F.3d 943; 1999 U.S. App. LEXIS 5154; 1999 AMC 1330, 1999.

EMPLOYMENT CONTRACTS AND THE ROME CONVENTION: THE KOELZSCH RULING OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

ALESSANDRA ZANOBETTI
Professor of Private International Law
University of Bologna

Recibido: 02.09.2011 / Aceptado: 05.09.2011

Riassunto: Con la decisione resa il 15 marzo nel caso Koelzsch, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è espressa sull'interpretazione dell'art. 6 § 2 della Convenzione di Roma in materia di legge regolatrice dei contratti di lavoro in assenza di scelta, le cui norme protettive prevalgono sull'applicazione della legge scelta. Nel caso di specie, il lavoratore era un conducente di camion addetto ai trasporti internazionali, per cui la natura della sua attività rendeva la questione controversa. Alla luce della propria precedente giurisprudenza resa nel contesto della Convenzione di Bruxelles e del regolamento Bruxelles I, e in considerazione del fatto che l'art. 6 persegue l'obiettivo di tutelare adeguatamente il lavoratore, la Corte ha affermato che il criterio di collegamento della «legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro» deve essere interpretato in senso ampio. Di conseguenza, viene ridotto lo spazio operativo del criterio sussidiario della «legge del paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore».

La nota, avendo illustrato e commentato il caso di specie e la decisione della Corte, fornisce alcuni suggerimenti sul contributo che la decisione può fornire nella determinazione della legge regolatrice dei rapporti di lavoro quando è difficile individuare il paese di compimento dell'attività lavorativa, sia in applicazione della Convenzione di Roma che del regolamento Roma I che l'ha sostituita.

Parole chiave: rapporti di lavoro, obbligazioni contrattuali, legge applicabile in assenza di scelta, Convenzione di Roma, regolamento Roma I.

Abstract: With its decision of 15 March 2011 in the Koelzsch proceedings, the Court of Justice of the European Union expressed itself on the interpretation of Article 6(2) of the Rome Convention, which determines the law governing employment contracts in the absence of a choice, whose protective rules prevail over the application of the chosen law. In this case, the employee being an international truck driver, the nature of his activity rendered the question a controversial one. In the light of its case law, albeit ruled in the context of the Brussels Convention and the Brussels I Regulation, and having taken into account that the objective of Article 6 is to guarantee the employees adequate protection, the Court stated that a broad meaning of the connecting factor «the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract» needed to be adopted. Consequently, this reduces the operative space for the subsequent connecting factor of «the place of business through which [the employee] was engaged».

This note, having illustrated and commented the case at hand and the decision of the Court, draws some suggestions on its contribution in determining the law governing employment relationships when establishing the country where the work is performed may be difficult, both under the Rome Convention as well as under the Rome I Regulation that has replaced it.

Key words: employment relationships, contractual obligations, applicable law in absence of a choice, Rome Convention, Rome I Regulation.

Summary: I. Introduction. II. The request for a preliminary ruling and the Court's decision. 1. The facts. 2. The positions of the parties and the conclusions of the Advocate General. 3. The Court's reasoning. A) An «autonomous» interpretation. B) The relevance of the case-law on the Brussels Convention and on the Regulation No. 44/2001. C) An interpretation aimed at ensuring protection for employees. 4. The Court's ruling. III. Assessment of the decision and its contribution in determining the law governing employment relationships. 1. A few aspects that remain obscure in the proceedings. 2. The broad interpretation to be given to the connecting factor of the place in which the work is habitually carried out. 3. International transport workers: «habitual» place of work, «base» rule or «place of business» of engagement? 4. Reassignment of the employee in a different place of work. 5. Work performed in a place not subject to the sovereignty of any State. 6. The law applicable to maritime labour contracts. 7. The work of aircrafts crew. 8. Conditions of application of the escape clause. 9. The parallelism of interpretation of the rules on jurisdiction and of the conflict-of-laws provisions in the relevant EU instruments. 10. The Koelzsch ruling and the Rome I Regulation.

I. Introduction

1. The reference for a preliminary ruling from the Cour d'appel de Luxembourg in the proceedings *Heiko Koelzsch v Etat du Grand-Duché de Luxembourg* has given the Court of Justice of the European Union the opportunity to express itself for the second time, in its decision of 15 March 2011¹, on the interpretation of the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations of 19 June 1980 (the Rome Convention), and for the first time on its Article 6 which determines the law governing employment contracts.

As already in the first proceedings², this time again the Court was asked to clarify the provisions indicating the applicable law in the absence of a choice by the parties. The question is of particular importance for the relationship between employees and employers; although Article 6 of the Rome Convention —like the corresponding Article 8 of the Rome I Regulation into which, as is well known, the Convention has recently been transformed³— maintains in respect to that category of relationships, as in respect to all contracts, the possibility to choose the applicable law⁴, it guarantees that this choice does not deprive the employee of the protection provided by the mandatory rules of the law which would be applicable in the absence of a choice⁵. Thus it is always necessary to identify which law would govern the contract according to the «objective» connecting factors in order to compare its substantive content to that of the law selected by the parties⁶.

¹ Judgment of the Court (Grand Chamber), 15 March 2011, c. C-29/10, *Heiko Koelzsch v État du Grand-Duché de Luxembourg*.

² Judgment of the Court (Grand Chamber), 6 October 2009, c. C-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV and MIC Operations BV*; see A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto *Intercontainer Interfrigo* y su repercusión en el reglamento Roma I», *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011, p. 302; J. RE, «La Corte di giustizia e l'art. 4 della Convenzione di Roma: il caso ICF», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 407.

³ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), which has replaced the Rome Convention. This Regulation applies to contracts concluded after 17 December 2009. It does not apply to Denmark which continues therefore to apply the Rome Convention.

⁴ On the party autonomy as a connecting factor see A.L. CALVO CARAVACA, «El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2009, p. 57 *et seq.* and the impressive bibliography in footnote 23.

⁵ Also in connection with employment contracts the connecting factor of parties autonomy offers the advantage of joining predictability and flexibility of the applicable law. Moreover, the rigid recourse to the *lex loci laboris* can prove dangerous when the employee is sent to perform his activity in a country with poor social protection, whose content could even be difficult to ascertain. In cases as such it is precisely the choice of the law that can offer protection to the worker. Besides, this permits employees working in different countries for the same firm to be all submitted to the same law, and accordingly to receive uniform conditions. See M. FRENZEN, «Conflict of Laws in Employments Contracts and Industrial Relations», in R. BLANPAIN (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Alphen aan der Rijn, 2010, p. 230. The protection provided by Article 6 avoids that the choice permits the employer to take undue advantage of his contractual weight.

⁶ This is the same safeguard provided by most domestic labour laws, in which the parties' autonomy is recognized only if it does not jeopardize the protection employees are provided by the mandatory law. The phrasing was inspired by the U.S.

In the case in question, though the parties had elected as applicable to their relationship the law of Luxembourg, the applicant in the main proceedings invoked the mandatory rules of German law. He held that Germany was to be identified as the country in which actually his working activities were carried out and that therefore, in accordance to Article 6(2)(a), the law applicable in the absence of a choice, whose protective rules should apply in any case, was to be that of that country. The applicant being an international truck driver, the nature of his activity rendered the question a controversial one; it is precisely with reference to the means of determining the place in which his work was carried out that, as shall be seen, the question for preliminary ruling was raised⁷.

II. The request for a preliminary ruling and the Court's decision

1. The facts

2. The facts of the case were quite simple, even though the proceedings were lengthy and complex. Heiko Koelzsch, domiciled in Osnabrück, Germany, had worked as a lorry driver for the Gasa Spedition Luxembourg S.A. whose office was in Luxembourg (the company was subsequently taken over by the Danish Ove Ostergaard Lux S.A.) until his dismissal in March 2001. The employment contract, done in 1998, contained a clause conferring jurisdiction on the courts of Luxembourg as well as an indication of the law of Luxembourg as applicable to the contract. Mr Koelzsch applied to a labour court at Osnabrück requesting that his dismissal be declared unlawful; he raised the fact that he was an alternate member in Germany of the *Betriebsrat* (works council) of Gasa Spedition, and was therefore subject to Article 15, paragraph 1, of the German Kündigungsschutzgesetz (KSchG) which prohibits the dismissal of members, even alternate members, of a *Betriebsrat*. According to Mr Koelzsch, the law applicable in the absence of a choice, as established by Article 6(2) of the Rome Convention, should have been the German law since Germany was the place in which he carried out his work. He conveyed flowers and other plants on behalf of Gasa Spedition driving a company owned lorry permanently parked in the city of Osnabrück in Germany. He drove to Denmark to pick up goods he then delivered mainly to places in Germany and only occasionally to destinations in other European countries. He maintained that Article 15(1) of the KSchG constitutes a mandatory rule for the protection of employees' rights according to Article 6(1) of the Convention, and that, since his dismissal had infringed that rule, it was therefore to be considered illegal. The German judge however declared that he lacked jurisdiction, and the appeal against that decision was rejected.

Mr Koelzsch then resorted to the Tribunal de travail of Luxembourg, which, in its judgment of 4 March 2004, stated that the law of Luxembourg was the one governing the entire dispute. Since in the case at hand it was not possible to identify the place in which the work was carried out, according to the subsequent criterion set out in Article 6(2)(b) the relationship was governed by the law of the employer's place of business, which coincided with that indicated by the parties. The applicant's request

Restatement of 1971, which states that «[t]he chosen law should not be applied» when its application «would be contrary to fundamental policy of state of otherwise applicable law» (Restatement of the Law Second, Conflict of Laws 2d, Ch. 8, as adopted and promulgated by the American Law Institute, St. Paul, Minn., 1971, 187). The only mandatory provisions whose application cannot be excluded under Article 6 (and 8 of the Rome I Regulation) are those protecting the worker. In evaluating the mandatory character of the provisions, account must be given also to those elements of the relationship that could lead to a substantial equivalence of the protection; see PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de droit du travail*, Paris, 1993, p. 249 ss.; M.M. SALVADORI, «La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma», in G. SACERDOTI/M. FRIGO (Eds) *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2nd ed., Milano, 1994, p. 121., p. 142 s.; P.R. WILLIAMS, «The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations», in *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, p. 26.

⁷ Identifying the governing law according Article 6(2) has raised a debate which has proved the uncertainties in its concrete functioning. See, among others, P. KAYE, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, p. 233 ss., who underlines the importance of the contract provisions, also in the light of some case law, while R.M. MOURA RAMOS, «El contrato individual de trabajo», in A.L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Eds), *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, p. 1895, considers that the provision requests to ascertain «el centro de gravedad de esta relación».

was declared in part unreceivable and in part rejected. The decision was upheld by the Cour d'Appel on 26 May 2005 and by the Cour de Cassation on 15 June 2006.

Mr Koelzsch did not however give up, and brought an action against the Grand Duchy before the Tribunal d'arrondissement invoking the application of the 1988 law of Luxembourg concerning the civil liability of the State and of public authorities⁸ and requesting compensation for damage caused by the maladministration of Luxembourg's judicial services. He held that the judicial authorities of Luxembourg had violated not only Article 6(1) and (2) of the Rome Convention by failing to apply the German mandatory rules but also the law of the European Union when rejecting his request to address to the Court of Justice a reference for a preliminary ruling. The Tribunal d'arrondissement however held the application groundless and, by decision of 9 November 2007, rejected it.

In the course of the proceedings instituted on Mr Koelzsch's appeal against that decision, the Cour d'appel de Luxembourg, having first addressed some preliminary questions, examined the merits of the applicant's request, and, in application of the First Protocol on the interpretation of the Rome Convention, decided to submit to the Court the following question for a preliminary ruling:

«Is the rule of conflict in Article 6(2)(a) of the Rome Convention ... , which states that an employment contract is governed by the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, to be interpreted as meaning that, in the situation where the employee works in more than one country, but returns systematically to one of them, that country must be regarded as that in which the employee habitually carries out his work?».

2. The positions of the parties and the conclusions of the Advocate General

3. The question referred to the Court concerned the interpretation of the second paragraph of Article 6 of the Convention which states that the applicable law, in the absence of a choice, is the law «of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, even if he is temporarily employed in another country» (a), or, if the employee «does not habitually carry out his work in any one country» the law «of the country in which the place of business through which he was engaged is situated» (b), unless «it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, in which case the contract shall be governed by the law of that country».

4. The government of the Grand Duchy insisted on resorting to the place of business criterion, maintaining that the provision set out in *lit. b*) of Article 6(2) had been included precisely for cases such as the one under consideration. Contrarily Mr Koelzsch, the Commission and the government of Greece—the only member State not directly concerned which intervened in the proceeding—recalled the previous cases in which similar expressions contained in the Brussels Convention and in Regulation No. 44/2001 had been interpreted by the Court and stressed that the criterion of the place where the employee «habitually carries out his work» can operate also when the working activity is performed in several member States.

5. The conclusions of the Advocate General, extensive and meticulous, indicated that the basic question was whether the case law of the Court, in which similar concepts had been interpreted in the context of the Brussels Convention and Regulation No. 44/2001, could also apply in the case at hand. The reply, in the light of hermeneutic methods that she defined as literal, historical, systematic and teleological, was in the affirmative even though accompanied by some pertinent cautionary remarks on the limits of an interpretative parallelism among the different instruments, a matter to which there will be occasion to return. Consequently the Advocate General suggested, «as a result of the requirements relating to a high level of protection for employees», that an interpretation be adopted broadening the scope of Article 6(2)(a) in order, as far as possible, to determine the applicable law by identifying the place in which the work was carried out and not by resorting to the law of the employer's place of business. She also indicated some criteria that the national judges could take into consideration in order to determine the country in which the employee «in fact performs the essential part of his duties vis-à-vis his employer».

⁸ «Loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques».

3. The Court's reasoning

6. The Court's reasoning progressed as follows. First of all, it stated that the interpretation of the provision was to be autonomous in order to guarantee the attainment of the Convention's objectives (a). Then it recalled that, since the Convention had been concluded, as affirmed in its Preamble, in order to continue the work of unification of law set in motion by the adoption of the Brussels Convention, and that the rules laid down by that instrument for determining jurisdiction concerned the same matters and set out similar concepts, the case law whereby the Court had interpreted comparable expressions, albeit in the context of the Brussels Convention and the Brussels I Regulation, was relevant to the case at hand (b). Lastly, the interpretation must take into account that the objective of Article 6 of the Rome Convention is to guarantee the employees adequate protection (c).

A) An «autonomous» interpretation

7. The Court considered it advisable to give the phrases used in the text of the Convention an autonomous interpretation since an interpretation based on domestic legal systems would not «guarantee the full effectiveness of the Rome Convention». It could be recalled, but the Court did not, that the Convention itself provides in Article 18 that in the interpretation of its rules «regard shall be had to their international character and to the desirability of achieving uniformity in their interpretation and application»⁹.

Right from its adoption, the advisability was expressed of providing the Rome Convention, as had been done for the Brussels' one, with the advantage of the possibility of having recourse to a preliminary interpretation by the Court of Justice. States had however taken diverging positions on this matter so that, when the instrument was adopted, they limited themselves to making a joint declaration on the strong urging of the Commission¹⁰. Only in 1988 were the two protocols adopted that conferred on the Court the task of interpreting the Commission's provisions¹¹; and it was only in 2004 that these instruments finally came into force.

8. In this decision the Court, as in its interpretation of the Brussels Convention, has made no reference to the criteria for the interpretation of international treaties, but appears instead to have made recourse to the same interpretation techniques it uses with reference to European Union law strictly speaking. This is a matter on which many authors have made interesting comments when the Court began interpreting the Brussels Convention¹², and there is no doubt that precisely the conferral on the Court of Justice of the task of preliminary interpretation of the Rome Convention, as had been done with respect to the Brussels Convention, strengthened the organic link between the conventions and the European legal system¹³.

⁹ This is a classic provision of international uniform law instruments, even though it has been formulated more cautiously than the «prototype» provisions on the subject, namely Article 7 of the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods of 1974, and Article 7 of the Vienna Convention on the International Sale of Goods of 1980, contemporary of the Rome Convention. The instruments prepared under the auspices of UNCITRAL refer to the «need to promote uniformity» and not simply to the «desirability».

¹⁰ In this Joint declaration, the governments declared that they desired «to ensure that the Convention is applied as effectively as possible» and that they were «[a]nxious to prevent differences of interpretation of the Convention from impairing its unifying effect». Accordingly, they declared themselves ready «to examine the possibility of conferring jurisdiction in certain matters on the Court of Justice of the European Communities and, if necessary, to negotiate an agreement to this effect».

¹¹ First Protocol of 19 December 1988 on the interpretation by the Court of Justice of the European Communities of the Convention on the law applicable to contractual obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980; Second Protocol of 19 December 1988 conferring on the Court of Justice of the European Communities certain powers to interpret the Convention on the law applicable to contractual obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980 (*OJ L* 48, 20 February 1989, p. 1 and p. 17).

¹² Among these see in particular W.M. HAUSCHILD, «L'importance des conventions communautaires pour la création d'un droit communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1975, p. 4; A. GIARDINA, «The European Court and the Brussels Convention on Jurisdiction and Judgments», *International and Comparative Law Quarterly*, 1978, p. 263; H. RASMUSSEN, «A New Generation of Community Law, Reflections on the Handling by the Court of Justice of the Protocol of 1971 relating to the Interpretation of the Brussels Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments», *Common Market Law Review*, 1978, p. 249.

¹³ See the Report on the Protocols by A. TIZZANO, in *EC Official Journal*, 1990, C 219, p. 1; A. MIGNOLLI, «L'interpretazione della Convenzione di Roma da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee», in G. SACERDOTI/M. FRIGO (Eds), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1993, p. 132 *et seq.*

B) The relevance of the case-law on the Brussels Convention and on the Regulation No. 44/2001

9. In the *ICF* decision, when interpreting for the first time a provision of the Rome Convention, the Court mentioned the link between the two conventions, but without drawing from this link any particular conclusions. It merely resorted to a systematic interpretation of the Rome Convention itself, making frequent references to the Giuliano-Lagarde Report which accompanied it. In this second decision, however, the Court referred to its own previous interpretative decisions. It may thus be interesting to retrace briefly this case law, in which the Court drew inspiration from the different instruments, and in turn with its rulings influenced amendments to those very instruments on the occasion of their revision or transformation into European acts.

10. The original text of the Brussels Convention, adopted in 1968, did not contain any specific rules on employment contracts. The Court of Justice, in the *Ivenel* case of 1982¹⁴, was requested of the meaning of the expression «the place of performance of the obligation in question» of Article 5(1) in the hypothesis of an employment contract featuring several claims concerning work carried out in several countries¹⁵. In its decision the Court made reference to the Rome Convention which, at that time, had not yet entered into force but was simply open to signature¹⁶, and to the accompanying Report, pointing out that its Article 6 intended to ensure «adequate protection for the party who from the socio-economic point of view was to be regarded as the weaker in the contractual relationship». It then indicated that an examination of the Brussels Convention, in particular the provisions conferring special or exclusive grounds of jurisdiction, showed that «the rules on jurisdiction, too, are inspired by concern to afford proper protection to the party to the contract who is the weaker from the social point of view». The Court had thus concluded that in the case of an employment contract, even if there were more than one claim, the obligation to be taken into consideration for the application of Article 5(1) of the Convention ought to be the obligation that characterizes the contract, namely the obligation to carry out the work in a specific place¹⁷. The Court subsequently specified its case law in its ruling of 1987 in the *Shenevai* case, some aspects of which however made those very principles inapplicable in that case¹⁸.

¹⁴ Judgment of the Court, 26 May 1982, c. 133/81, *Ivenel*. The reference for a preliminary ruling from the French Cour de cassation concerned a case in which an salesman, employed by an undertaking, requested payment of retribution and compensation for work carried out in several States, for which the application of the criteria contained in Article 5(1) of the Brussels Convention would have led to the jurisdiction of several judges in different countries with respect to each individual obligation. The Court had therefore in a preliminary ruling affirmed that «in a case such as the one in point, where the national court has before it claims relating to obligations under a contract for representation, some of which concern remuneration due to the employee from an undertaking established in one State and others concern compensation based on the manner in which the work has been done in another State» ought to have been interpreted in such a way «that the national court is not compelled to find that it has jurisdiction to adjudicate upon certain claims but not on others», because this result would not achieve the objectives and general structure of the Convention, in particular «in the case of a contract of employment for which, as a general rule, the law applicable contains provisions protecting the worker and is normally that of the place where the work characterizing the contract is carried out».

¹⁵ On this matter in general see the exhaustive study by P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padova, 2006, and the analysis by A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 12th ed., Granada, 2011, pp. 590 et seq.

¹⁶ The Court made recourse to the text of the Rome Convention, again not yet in force, also in order to establish whether the consequences of the non-fulfilment of the obligations established by a commercial agency contract fall under «contractual matters» under Article 5(1) of the Brussels Convention (judgment of the Court of 8 March 1988, c. C-9/87, *Arcado v Haviland*).

¹⁷ In so doing the Court disregarded, with respect to obligations involving an employment contract, the so-called analytical method it had adopted in the *De Bloos* decision, according to which jurisdiction is to be assessed with respect to each individual obligation forming the basis of the legal proceedings, even in the case of several obligations referring to the same contract (Judgment of the Court of 6 October 1976, c. 14/76, *A. De Bloos, SPRL v Société en commandite par actions Bouyer*). The decision was not exempt from criticism; see, i.e., H. GAUDEMET-TALLON, in *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 120 ss., who affirms that it would be preferable if the Court had followed the conclusions of the Advocate General Reischl «qui permettaient de garder une solution générale, subtile certes, mais applicable à tous les contrats et qui, sans rompre de façon catégorique avec la jurisprudence De Bloos, évitait cependant la dispersion des fors compétents».

¹⁸ Judgment of the Court of 15 January 1987, c. 266/85, *Hassan Shenavai v Klaus Kreischer*. The question concerned the recovery of architect's fees. The Court had decided that «the obligation to be taken into consideration in a dispute concerning proceedings for the recovery of fees commenced by an architect commissioned to draw up plans for the building of houses is

11. In another decision delivered in 1989 in the *Six Constructions* case, the Court had on the other hand stated that the solutions adopted with respect to conflicts-of-law by the Rome Convention could not automatically be transformed into criteria for establishing jurisdiction¹⁹. The Convention provides that when the connecting factor of the place of performance of the work cannot operate, recourse must be had to the law of the country in which the employer has his place of business. The Court held that when work—as in *Six Constructions*—is carried out in several countries, none of which is member of the Community, the adoption of a criterion such as that of the employer's place of business would give rise to a true *forum actoris*, in opposition not only to the general spirit of the Convention but also, in particular, to the need to protect employees. The Court did thus conclude that in cases of this sort the special jurisdiction provision does not operate; consequently the plaintiff must «bring his action before the courts of the place of the defendant's domicile in accordance with Article 2 of the Convention, which thereby provides a certain and reliable criterion».

12. Bearing in mind also this decision, on the occasion of the accession of Spain and Portugal to the Brussels Convention, both Article 5(1) of the Convention and Article 17 on the prorogation of jurisdiction were enriched by the addition of specific provisions concerning employment contracts²⁰.

Both provisions were retained in the text of Regulation No. 44/2001, which has replaced the Brussels Convention, and moved to a new specific section (*Jurisdiction over individual contracts of employment*), with some drafting amendments aimed at clarifying their text²¹.

13. The concept of place in which the work is habitually carried out, paramount for establishing jurisdiction, has, however, given rise to considerable uncertainty, on account of which the Court had been asked to interpret that phrase in four cases, the first of which concerns the original text of the Brussels Convention, and the other three the amended text mentioned above. The latest of these cases, decided in 2003²², even though recalled by the Advocate General in her conclusions, and

the contractual obligation which forms the actual basis of legal proceedings»; indeed in the case at hand those «particularities» typical of employment contracts which «create a lasting bond which brings the worker to some extent within the organizational framework of the business of the undertaking or employer, and they are linked to the place where the activities are pursued, which determines the application of mandatory rules and collective agreements» did not exist. Therefore the criterion of the place in which the characteristic obligation of the contract is to be performed, suggested in order to avoid a situation in which a number of courts have jurisdiction in respect of one and the same contract, was strictly limited in Community case law to employment contracts having the «particularities» indicated.

¹⁹ Judgment of the Court of 15 February 1989, c. 32/88, *Six Constructions Ltd v Paul Humbert*. On this point see F. MOSCONI, «Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di estraneità», in *I contratti di lavoro internazionali*, Torino, 1998, p. 30 *et seq.*

²⁰ The Convention on the accession of Portugal and Spain to the Brussels Convention, signed in Donostia-San Sebastian on 26 May 1989, entered into force on 1 February 1991. The addition made to Article 5(1)—now replaced by those included in regulation EC/44/2001—provided that in order to establish the existence of jurisdiction, the place of performance of the obligation was the place «where the employee habitually carries out his work». In the case in which the activity was not habitually carried out «in any one country», the employee might sue the employer in the country where was situated the place of business through which he was engaged, whereas the employer had to follow the general criterion of the domicile of the defendant. See J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Artículo 5(1)*, in A.L. CALVO CARAVACA (Ed.), *Comentario al Convenio Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1995, p. 79 *ss.* For what concerns Article 17, the need to protect employees was not expressed in a prohibition of agreements conferring jurisdiction, but in the provision that they would have no legal force if they were stipulated before the dispute arises, unless the employee himself invoked them. However the parties could agree on the jurisdiction of a different judge after the dispute arises. The same mechanisms are maintained in regulation EC/44/2001.

²¹ See the commentaries by C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels I Regulation*, München, 2007, p. 326 *ss.*; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, 3rd ed., Padova, 2006, p. 159; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho laboral internacional», in A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 839 *s.*

²² Judgment of the Court of 10 April 2003, c. C-437/00, *Giulia Pugliese v Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio*. The reference for a preliminary ruling, addressed to the Court by the Landesarbeitsgericht München, concerned a dispute between Ms Pugliese, an Italian national, and Finmeccanica, a company established under Italian law. The dispute had arisen in connection with a contract of employment between Ms Pugliese and Aeritalia (subsequently acquired by Finmeccanica), which designated Turin as the place of work. The employee, temporarily placed on non-active status, carried out during that period work in Munich, on the basis of a separate contract of employment, for a German company, in which Aeritalia held some 21%

briefly by the Court itself, seems however hardly pertinent to the case at hand and will not therefore be discussed here.

14. In the first of these cases²³, decided by the Court on 13 July 1993, a reference for a preliminary ruling on the interpretation of Article 5(1) of the Brussels Convention had been received by the Court from the Social Chamber of the French Cour d'Appel of Chambéry. The case concerned a dispute between a British company, Mulox IBC Ltd, whose registered headquarters were in London, and its former international marketing director, Hendrick Geels, a Netherlands national residing in Aix-les-Bains, France. Mr Geels had sued Mulox before the Conseil de Prud'Hommes, Aix-les-Bains, for compensation in lieu of notice and for damages after his dismissal; the French court ordered Mulox to pay a sum by way of compensation to Mr Geels. Mulox had appealed to the Cour d'Appel of Chambéry claiming that the French judges lacked jurisdiction because France could not be considered the place of performance of the contract; although Mr Geels had his office in Aix-les-Bains, he initially sold Mulox products in Germany, Belgium, the Netherlands and the Scandinavian countries, to which he travelled frequently, and only from January 1990 could he be considered as working in France.

The Cour d'Appel considered that the interpretation of Article 5(1) of the Convention was uncertain, and thus decided to ask the Court of Justice if that provision required «the obligation characterizing the employment contract to have been performed wholly and solely in the territory of the State of the court seised of the dispute», or if it was sufficient for its functioning that part of the obligation, and «possibly the principal part», had been performed in the territory of that country.

The Court recalled, once again, that the judicial authorities for the place in which the work is performed turned out to be the most appropriate for settling the dispute and for guaranteeing adequate protection of the weaker party to the contract because it is precisely in that place that the employee can, at lesser cost, apply to judges or defend himself before them.

The Court reaffirmed that when an employee carries out his working activities in more than one contracting State, the place of performance of the obligation that characterizes the contract is «the place where *or from which* the employee principally discharges his obligations towards his employer». This point is interesting, because it is a matter of a development with respect to interpretation that will lead the European legislator to introduce an amendment to the corresponding conflicts-of-law provision when, years later, the Rome Convention will be transformed into a regulation.

15. The second case submitted to the Court concerned once again the interpretation to be given to Article 5(1) of the Brussels Convention which had however, as already mentioned, been in the meantime amended and now took into account employment contracts. Also this second case concerned the dismissal of a Dutch citizen, Petrus Wilhelmus Rutten, a resident of Hengelo in the Netherlands, employed first by a Dutch company, Cross Medical BV, and subsequently by the parent company, Cross Medical Ltd, an English company whose office was located in London and which had taken over the Dutch branch. Also the kind of activity performed by the employee in this case was similar to that of the preceding one. In the course of the main proceedings Cross Medical Ltd had objected to the Dutch

of the shares. The Italian employer had consented to this arrangement and had also assumed the obligation to provide accommodation in Munich and to bear the costs of two journeys home each year from Munich to the employee's native country. The Landesarbeitsgericht was uncertain if in such a case Munich was to be considered as the «habitual» place of work, relevant to determine jurisdiction in the dispute between Ms Pugliese and Finmeccanica. The Court replied that «the place where the employee performs his obligations to a second employer can be regarded as the place where he habitually carries out his work when the first employer... has ... an interest in the performance of the service by the employee to the second employer in a place decided on by the latter. The existence of such an interest must be determined on a comprehensive basis, taking into consideration all the circumstances of the case».

²³ Judgment of the Court of 13 July 1993, c. C-125/92, *Mulox IBC Ltd v Hendrick Geels*; see P. LAGARDE, in *Revue critique de droit international privé*, 1994, p. 573, who underlines that the Court has departed from the conclusions of the Advocate General Jacobs, who had suggested that «[i]n the rare cases in which it is not possible to identify a principal place of employment, it would be reasonable, notwithstanding what I said earlier about the need to avoid a multiplicity of forums, to allow the plaintiff to sue at any of the places which have an equal claim to be the principal place of employment», while the Court affirms that «in the absence of other determining factors, that place must be deemed, for the purposes of Article 5(1) of the Convention, to be the place of performance of the obligation on which a claim relating to a contract of employment is based».

court's jurisdiction because in fact Mr Rutten carried out his activity not only in the Netherlands, but also - for approximately one third of his working hours - in the United Kingdom, Belgium, Germany and the United States of America. His office was established in his home at Hengelo; therefore, in the company's opinion, the competence should have been conferred to the courts «of the place where the business which engaged the employee was or is now situated», in accordance with *lit. b*) of Article 5(1).

While in the first instance the Dutch authorities declared they had jurisdiction, on appeal they declined it. Consequently Mr Rutten resorted to the supreme court, the Hoge Raad der Nederlanden, which submitted three questions to the Court of Justice for a preliminary ruling on the interpretation of Article 5(1).

The Court considered that, although the provision had been amended, its preceding case law and, in particular, the decision delivered in the *Mulox* case, was still valid²⁴; it consequently affirmed that when work is carried out in more than one State, Article 5(1) of the Convention must be understood to refer to the place «where the employee has established the effective centre of his working activities and where, or *from which*, he in fact performs the *essential* part of his duties vis-à-vis his employer». The Court added that the national court, in making this identification, ought to give prominence to the fact that almost two-thirds of the activity was carried out in one contracting State, and that the employee had his office in that very State «where he organized his work for his employer and to which he returned after each business trip abroad».

16. Also the third case, decided in 2001, arose from a question related to a dismissal, and also in this case the reference for a preliminary ruling concerned the interpretation of Article 5(1), but similarities with the *Rutten* and *Mulox* cases ended here²⁵. Herbert Weber was a German citizen who resided in Germany; he worked as a cook for a British company, Universal Ogden Services Ltd, incorporated under Scottish law and established in Aberdeen, United Kingdom, on board mining vessels or on mining installations stationed on the Netherlands continental shelf, as well as on board ships flying the Dutch flag and, for a few months, on board a floating crane in Danish territorial waters. Following his dismissal, Mr Weber brought an action against his employer before a Dutch court, which, in accordance with its domestic rules, affirmed its jurisdiction. The company appealed, and the Dutch Rechtbank te Alkmaar, again with reference to Netherlands law, considered that it did not have jurisdiction to hear the case.

The Hoge Raad der Nederlanden, to which Mr Weber had resorted, affirmed that the Rechtbank should have taken into consideration whether the rules of the Brussels Convention conferred jurisdiction on the Netherlands courts. The Hoge Raad referred two different questions to the Court of Justice. In the first it asked whether the work performed in the Netherlands continental shelf should be considered as having been carried out in the Netherlands, and, therefore, within the territory of a State party to the Brussels Convention. In the second it asked whether, in order to consider an employee as having carried out his work «habitually» in a determined country, the entire period of his employment had to be taken into consideration or only the most recent period.

In reply to the first question the Court recalled concepts of international law and concluded that «work carried out by an employee on fixed or floating installations positioned on or above the part of the continental shelf adjacent to a Contracting State, in the context of the prospecting and/or exploitation of

²⁴ According to the Court, as confirmed by the Report by ALMEIDA CRUZ, DESANTES REAL and JENARD on the San Sebastian Convention, the new version of Article 5(1) of the Convention took into account the wording of Article 5(1) of the Lugano Convention of 1988 (which was itself based on the interpretation which the Court adopted in *Ivenel* and *Shenavai*), as well as on the need to afford proper protection to the employee, as stated by the Court in *Six Constructions* (issued after the adoption of the Lugano Convention, whose text accordingly was not consistent with that Court decision and differed from the Brussels Convention as amended in 1989; the revision of 2007 aligned the Lugano Convention to the Brussels I Regulation also in that respect).

²⁵ Judgment of the Court, 27 February 2002 C-37/00, *Herbert Weber v Universal Ogden Services Ltd*; see the comments by C. GÓRRIZ, «Competencia judicial internacional y trabajo marítimo (A propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002: Weber vs. Universal Ogden Services Ltd.)», *Anuario de derecho marítimo*, 2003, p. 307; P. RODIÈRE, «Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, p. 529; E. ZABALO ESCUDERO, «Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: Nuevos problemas planteados ante el TJCE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, p. 225.

its natural resources, is to be regarded as work carried out in the territory of that State for the purposes of applying Article 5(1) of the Brussels Convention». This aspect of the decision will be dealt with further on. As concerns, instead, the second question, the Court pointed out that Mr Weber had undoubtedly carried out his work in at least two different contracting States, as in the *Mulox* and *Rutten* cases. Unlike those two cases Mr Weber did not have an office in one of the contracting States constituting the actual center of his professional activities and from which he carried out the essential part of his duties vis-à-vis his employer.

The Court therefore affirmed that, although its previous case law could not be integrally transposed in the case at hand, it was nevertheless pertinent because, as a consequence, Article 5(1) of the Convention had to be interpreted as if it referred to the place where, or from which, the employee does in fact carry out the most important part of his obligations vis-à-vis his employer; accordingly, reference must be made to the place in which the employee has passed most of his working hours on behalf of his employer.

It is nevertheless interesting to note that the Court stressed how the temporal criterion mentioned is applicable in a case in which the employee has habitually carried out the same activity; in other cases could and ought to be pertinent the qualitative criterion, based on the nature and importance of the work carried out in various places in contracting States.

Whenever the criteria established by the Court fail to enable the national court to determine the habitual place of work according to Article 5(1) of the Brussels Convention because there are at least two places of equal importance or if none of them «has a sufficiently permanent and close connection with the work done to be regarded as the main link for the purposes of determining the courts with jurisdiction», the employee can choose to bring an action against his employer either before the court of the country where the business premises of the employer who hired him are located, as provided in the last part of Article 5(1), or the courts of the contracting State on whose territory the employer is domiciled.

17. This case law, according to the Court, was relevant for clarifying the meaning of Article 6 of the Rome Convention in the *Koelzsch* case, because both the special jurisdiction grounds and the conflict-of-laws rules shared the same objective of protecting the weak party to the contract.

C) An interpretation aimed at ensuring protection for employees

18. The Court thus considered the need for an interpretation that would ensure the protection of employees. In particular this objective makes it necessary that the provision guarantees the applicability of the law of the State in which the employee carries out his working activities rather than that of the State in which the employer is established. It is in the former State that the employee performs his economic and social duties and it is there that the business and political environment affects employment-related activities. Therefore, compliance with the employment protection rules provided for by the law of that country must, as far as possible, be guaranteed.

For that reason the Court affirmed that the criterion of the country in which the employee «habitually carries out his work» must be given a broad interpretation, while the criterion of «the place of business through which [the employee] was engaged» must be used only when it is impossible to determine the country in which the work is carried out.

Consequently, the connecting factor indicated in Article 6(2)(a) of the Rome Convention can operate also with respect to a situation in which the employee carries out his work in several different countries, if it is possible to determine the country «with which the work has a significant connection». The Court's previous case law indicates that the phrase «country in which the work is habitually carried out» must be given a broad interpretation and must be understood as referring to the place in which, or from which, the employee carries out his work; in the absence of a centre of activity, such a place is the one where he carries out the greater part of his work.

4. The Court's ruling

19. The Court ruled that a broad meaning of the connecting factor needed to be adopted in order to determine whether the applicant in the main proceedings habitually carries out his work in one of the

contracting States, and if he so does, to determine which State that is. More specifically, bearing in mind the nature of work in the international transport sector, the national judges ought to take into account all the factors that characterize the employee's work. In particular, they ought to determine the country from which the employee carries out the transportation, receives instructions relating to his work, and the place in which the instruments of his work are located. They also ought to establish the places in which the transportation is provided, where the goods are unloaded and the place to which the employee returns after performing his duties.

Besides, the Court pointed out that this interpretation was consistent with the new provision concerning employment contracts in the Rome I Regulation which, with respect to the text of the corresponding article of the Convention, contains an addition providing that the place of work can be the place «from which» the employee habitually carries out his work. As has been seen, this amendment is based on the decisions of the judges in Luxembourg. The Court, recalling recital 23 of the preamble of the Regulation, also stressed that the provision must be interpreted in the light of *favor laboratoris* (sic!) which imposes the duty to protect the employee by resorting to the most favourable conflicts-of-law rules.

20. In conclusion, the Court ruled that the interpretation to be given to Article 6(2)(a) of the Rome Convention is the one according to which the country where the employee habitually carries out his work must be interpreted as meaning the country in which, or from which, in the light of all the characteristics of his work, the employee carries out the greater part of his duties vis-à-vis his employer.

III. Assessment of the decision and of its contribution in determining the law governing employment relationships

21. The commentator at this point has two tasks. The first is to assess the decision; the second to appraise its contribution on the future application of the rule.

1. A few aspects that remain obscure in the proceedings

22. The Court's ruling is not surprising, because it follows in the path of its previous decisions, albeit rendered in the context of a different instrument which is, however, according to the Court, linked to the Rome Convention by a general design.

First of all it is worthwhile to point out that there are some aspects in this case that the Court did not address. Indeed, the fact that Mr Koelzsch was an alternate member of a *Betriebsrat* composed of employees of Gasa Spedition in Germany was not emphasized; in the absence of more information it is difficult to determine whether this fact could have had an influence on the identification of the main place of work, but it certainly cannot be excluded that it could have. Anyhow it was an important piece of information worth to be taken into consideration. Furthermore, protection against dismissal is a guarantee to the freedom to organise trade unions. The exercise of trade union rights is generally considered to be subject to the laws of the place in which those rights are exercised²⁶; the referring court did not consider this specific aspect, an interesting one to take into account²⁷.

The Court did not attach importance to the fact that in the case under examination there was no significant connection between Mr Koelzsch's work and Luxembourg. Of course the Convention sets no limits to the law one can choose; however, the connecting factors that determine the applicable law in the absence of a choice, even the one indicating the place of business through which the employee was

²⁶ Thus J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho laboral internacional», in A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, cit., p. 859 s.; L. GAROFALO, «I conflitti di leggi in materia di sciopero», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1982, p. 724; A. LYON-CAEN, «La grève en droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 1977, p. 271; F. MÖRGENSTERN, *Les conflits de lois en droit du travail: étude de la loi applicable à la relation de travail internationale*, Genève, 1986, p. 119 et seq.

²⁷ A rule such as the one contained in Article 15(1) of the KSchG could have been applied also on the basis of Article 7(1) of the Rome Convention, without German law having to be considered the «otherwise applicable» law. Luxembourg is however one of the seven States that expressed a reservation in connection with said Article.

hired, seek to regulating employment contracts by a law having a certain connection with the employment contract. Such a connection was almost absent in the case under examination. Perhaps the Court's decision would have been different if, in addition to the registration of the vehicles and of the company (established in Luxembourg, but itself a branch of a Danish firm, subsequently taken over by the mother company), there had been to link this case to the Grand Duchy an element of an objective nature, such as those indicated by the Court itself.

2. The broad interpretation to be given to the connecting factor of the place in which the work is habitually carried out

23. The first important aspect pointed out by the Court in its preliminary ruling in the *Koelzsch* case is that the connecting factor of the place in which the work was carried out «must be given a broad interpretation». It follows that this reduces the operative space available for the functioning of the criterion of «the place of business through which [the employee] was engaged», to which recourse must not be had, as a literal interpretation of the provision would suggest, in all cases in which work is carried out in more than one country, but only when the first criterion is incapable of functioning because «the court dealing with the case is not in a position to determine the country in which the work is habitually carried out». The adverb «habitually» therefore characterizes the determination of the place of work. The Court had in fact ruled that contracts of employment «are linked to the place where the activities are pursued, which determines the application of mandatory rules and collective agreements»²⁸; this aspect in the Court's opinion justifies broad recourse to the criterion of the place of performance of the activity.

The cases in which it is hard to identify the place in which the work is carried out are first of all those, such as the one under consideration, that involve continuous movement from one country to another. These movements must be so frequent as to be one characteristics of the work: travelling sales persons, special correspondents for newspapers and news agencies, transport workers, come to the mind.

3. International transport workers: «habitual» place of work, «base» rule or «place of business» of engagement?

24. As concerns lorry drivers and crews travelling overland on international routes —on buses, trains or other vehicles— it could be held that their «habitual» place of work cannot be determined and that recourse must be had to the law of the country in which the employer's business which appointed them is located. But the Court's decision goes in a different direction; the Court held that the place in which is performed the greater part of the activities is to be considered the «habitual» place, to be determined in the light of a series of criteria it indicated.

Admittedly the Court may have been influenced by the peculiarities of the case, and the solution might not lend itself to be extended to all employees working in the international road transport sector. Precisely this sector has been indicated, by the first commentators on the provision²⁹, as a typical example in which reference could be made to the criterion of the place of business through which the employee was engaged, set out in Article 6(2)(b); nevertheless, the case law in the *Mulox* and *Rutten* cases and the subsequent amendment to the corresponding provision on the occasion of the conversion of the Rome Convention into a Regulation, with the insertion of the phrase «from which», had already influenced the opinions of more recent authors who refer to a base or an operative centre that makes it possible to identify the place in which the work is carried out when the employee moves from one country to another³⁰. This criterion, which has been called the «base rule»³¹, is particularly suited to applica-

²⁸ Judgment of the Court of 15 January 1987, c. 266/85, *Hassan Shenavai v Klaus Kreischer*.

²⁹ See U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, p. 163; PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, cit., p. 106, who refers to «activité mobile terrestre».

³⁰ See for example M. GARDEÑES SANTIAGO, «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2008, p. 409.

³¹ P. MANKOWSKI, «Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation», in F. FERRARI/S. LEIBLE (eds), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, p. 177 et seq.

tion in connection with scheduled transport, where the employees have a base from which they usually depart, even though their journey is carried out in different countries.

It is however hard to speak of a real operative base in connection with the *Koelzsch* case, unless the parking place for the lorries is to be considered as such! In this case the Court applied instead the rule of prevalence, as an index of habitualness, which it specified as the country in which or from which «the employee performs the greater part of his obligations towards his employer». On account of this, it is possible that in the case of an employee in the international transport sector whose activities make it impossible to identify a main place of work, the «base rule» must be used, if it is possible to ascertain a «base», or the subsidiary criterion of the place where the business which engaged the employee is situated.

25. It must be pointed out that the subsidiary connecting factor has its own justification, to which the Court had made reference in *Shenevai*. The employment contract creates, in the words of the Court, a «lasting bond» that «brings the worker to some extent within the organisational framework of the business of the undertaking or the employer». In this perspective, the debate on the meaning of the phrase «the law of the country in which the place of business through which he was engaged is situated» of Article 6(2)(b) of the Convention, a phrase that has been transferred unchanged to Article 8(3) of the Regulation, loses weight³²; the principle underlying also *lit.* (b) of the provision raises to the level of «place of business» a place which has a real connection with the work, i.e. that *organizational framework of the business* mentioned by the Court in its ruling.

It is thus rather logical that the employment contract of the test-driver or installer used by the employer in more than one country remains subject to the law of the place of business of the undertaking, provided that there exists a «lasting bond», otherwise the connecting factor would evidently be deprived of any connection with the contract. This is also true of the work of journalists and all those who carry out their work in different places but coordinate with other employees working for the same undertaking, most likely situated in the place where they were hired and from where their employer organises the work. It is moreover the *ratio* of the provision according to which the employment contract of an employee who for a very short period of time works in another country continues to be subject to the law of the country in which he «habitually» works.

4. Reassignment of the employee in a different place of work

26. There is a second modality in which work carried out in more than one place can create problems with respect to the identification of the habitual place of work: the case in which an employee is moved from one place of work to another at subsequent times, not for temporary transfers, for which the provision expressly provides that there is no change in the applicable law, but for reassignments from one place of work to another. This hypothesis came up before the Court of Justice in the *Weber* case. As already mentioned, Mr Weber was transferred from installations on the Netherlands continental shelf to a floating crane in Danish territorial waters to carry out identical duties. In this case the Court applied a criterion of temporal prevalence; it held, that is, that since the period of work on the Danish floating crane was relatively brief, the «habitual» place of work had to be considered as having been carried out on the Dutch installation, because that one was prevalent. It is hard to say whether this criterion, prescribed to determine jurisdictional competence, could be suitable for establishing the applicable law; it seems more reasonable to hold that if the transfer to another work place is of a permanent nature, surely the law of the country to which the employee has been transferred ought to apply, while a merely temporary transfer would maintain the validity of the preceding law. It may be difficult to establish whether the transfer is permanent or temporary, but it is a matter of fact and not an interpretation of the provision³³. It must be stressed that the transfer might fulfil the conditions for being included in the provisions of the

³² See the concerns expressed by P. MANKOWSKI, «Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation», *cit.*, p. 196 *et seq.*

³³ See several cases in R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 3rd ed., London, 2009, p. 317 *et seq.*

EC directive 97/71 on posting of workers, and that, although the directive does not provide conflict-of-laws provisions, it may however have relevant consequences on the rules governing the employment relationship³⁴.

5. Work performed in a place not subject to the sovereignty of any State

17. The Giuliano-Lagarde Report refers to the cases of work carried out in a place which is not subject to the sovereignty of any State, as for example work on a platform on the high seas, and suggests in that case recourse to the second connecting factor, namely, the application of the law of the place of business through which the employee was engaged. The Court, in its ruling in the *Weber* case, likened the installation to the territory of the State in order to determine whether the Brussels Convention was applicable and also to identify the place in which the work was carried out for grounding jurisdiction. However it is not certain that this interpretation can be automatically transposed to determine the applicable law. In actual fact, the international sea is not subject to the authority of any State. Sovereignty with respect to the continental shelf is functional to the exploitation of the shelf's underground resources and is not therefore full. Since in cases such as these, work is often carried out by a social group organized in accordance with the law of a specific State, it may be held that such a social group is tantamount to a community under the authority of that State and that the law of that State will consequently govern also employment contracts. This very solution may be considered applicable also to other cases concerning work carried out in other places not subject to the sovereignty of a State, such as for example the Antarctic³⁵.

6. The law applicable to maritime labour contracts

28. Alongside these interesting, but nevertheless relatively rare hypotheses, are the more frequent cases of seafarers and air crews; the ruling in the *Koelzsch* case has set out some useful principles also for these categories of employees.

29. The question concerning seamen is very complex. It is worth remembering that the Giuliano-Lagarde Report had enigmatically stated that «[t]he Group did not seek a special rule for the work of members of the crew on board a ship». Among other things, since Professor GIULIANO was an expert in that field³⁶, it may be held that it was the impossibility of agreeing on a rule that led to the conclusion that it was preferable not to comment on the question. The issue is basically linked to the possibility of considering the ship itself as a habitual place of performance of the work, in which case the law of the flag would apply as the connecting factor. The objections are of two sorts. Some legal writers, a minority, hold that the ship cannot be considered a «place of work» in the meaning of Article 6 and therefore one must resort to the subsidiary criterion of the place of business through which the employee was

³⁴ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services; it provides that, whatever the law applicable to the employment relationship, a hard core of mandatory rules for minimum protection must be observed in the host country by employers who post workers to perform temporary work in the territory of a member State. The posting of workers has been the object of an abundant case-law of the Court of Justice; see P. MENGOZZI, «I conflitti di leggi, le norme di applicazione necessaria in materia di rapporti di lavoro e la libertà di circolazione dei servizi nella Comunità Europea», in G. VENTURINI/S. BARIATTI (eds), *Liber Fausto Pocar*, Milano, vol. 2, 2009, p. 701.

³⁵ This solution can apply also to the hypothesis of work in space in orbiting stations. The question is obviously even more complex in the case of international stations; see on this subject the analysis of G. CATALANO SGROSSO, «Legal Status of the Crew in the International Space Station», in *Proceedings of the Forty-second Colloquium on the Law of Outer Space, 4 October - 8 October 1999*, Amsterdam, vol. 42, 2000, p. 35.

³⁶ M. GIULIANO was both an expert in private international law in the maritime sector and of employment contracts; among his numerous studies can be recalled: «Le norme di diritto internazionale privato del nuovo codice della navigazione», *Diritto internazionale*, 1941, p. 111; «Rapporti di lavoro e diritto internazionale privato», *Rivista giuridica del lavoro*, 1952, I, p. 1 ss.; «La nazionalità della nave come criterio di collegamento del diritto internazionale privato italiano», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1965, p. 415.

engaged or to the escape clause³⁷. Others, while not objecting to the possibility of considering the ship a place of work, hold that the connecting factor of the law of the flag can become a fictitious criterion in the case of flags of convenience, when there would be no connection between the country whose flag the ship is flying and the ship itself. Recourse to the ship flag in those cases would risk, among other things, placing seamen under a law that could provide them very poor conditions. Consequently, according to some, the criterion ought to be entirely discarded³⁸, or at least mitigated for cases in which there is no link between the work carried out on board ship and the country in which the ship is registered³⁹. In an exhaustive study on the question of work at sea, the author of this note held that despite the seriousness of these objections the application of the law of the flag proves at any rate to be the most correct connecting factor⁴⁰. It corresponds to the tradition of the maritime powers⁴¹; it complies with the Montego Bay Convention and with the law of the sea in general⁴²; it conforms with the conventions of the International Labour Organization⁴³; it has been confirmed by the legislation of the European Union⁴⁴. Moreover, paradoxically, precisely the recourse to the flag criterion can be a bulwark against the relatively recent phenomenon of international registries of the major maritime powers, when they resort to the techniques of private international law to take the work of seamen out from under the law

³⁷ O. FOTINOPOULOU BASURKO, «Reflexiones acerca de la ley del pabellón como criterio de conexión conflictual a efectos de la determinación de la ley aplicable al contrato de embarque», *Annuaire de droit maritime et océanique*, 2006, p. 261 *et seq.*, maintains that the criterion of the place in which the work is carried out, indicated in Article 6(1) of the Convention, features elements of territoriality that render it inapplicable to seafarers. For a similar opinion see also S.M. CARBONE, «Conflits de lois en matière maritime», in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, p. 179 *et seq.*, who adds: «Ce n'est qu'au cas où le navire est concerné par le trafic de cabotage national, relatif à un Etat spécifique, que la réglementation de ce système pourra être invoquée à titre de *lex loci executionis laboris*». However, it should be underlined that for maritime transport services within EU Member States Article 3 of EEC Regulation No. 3577/92 provides that «For vessels carrying out mainland cabotage and for cruise liners, all matters relating to manning shall be the responsibility of the State in which the vessel is registered (flag state), except for ships smaller than 650 gt, where host State conditions may be applied».

³⁸ Of this opinion is T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 689 and, although with some hesitation, P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», in *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 319.

³⁹ V. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho laboral internacional», in A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 859 *et seq.*, stating that it is preferable in these cases to apply the exception clause in order to resort to the law of the place which has the closest connection.

⁴⁰ A. ZANOBETTI, *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, Bologna, 2008, p. 143 *et seq.*. In favour of the application of the law of the flag under Article 6 of the Rome Convention see also F. BERLINGIERI, «Istituzione del registro internazionale e nuove norme in tema di requisiti di nazionalità e dismissioni della bandiera», *Il diritto marittimo*, 1998, p. 542; J.L. IRIARTE ANGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, 1993, p. 153 *et seq.*; P. MANKOWSKI, «Arbeitsverträge von Seeleuten im deutschen IPR. Ein Beitrag zur Auslegung des art. 30.II EGBGB und zum sog. Zweitregistriergesetz», in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1989, p. 487; *Id.*, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1995, p. 466, 482; U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, *cit.*, p. 167, 170.

⁴¹ The U.S. Supreme Court, in the case *Lauritzen v. Larsen*, 345 US 571, 1953, p. 571, made the well known statement «Perhaps the most venerable and universal rule of maritime law is that which gives cardinal importance to the law of the flag».

⁴² The Montego Bay Convention provides, in Article 94, *Duties of the flag State*, that «Every State shall take such measures for ships flying its flag as are necessary to ensure safety at sea with regard, *inter alia*, to: [...] (b) the manning of ships, labour conditions and the training of crews, taking into account the applicable international instruments».

⁴³ Numerous conventions of the International Labour Organization refer to that law as governing labour relations on board ship and, moreover, establish rules on working conditions for States with reference to ships registered in their registries; in fact, it is up to the flag State to apply the provisions of the conventions and recommendations. The Maritime Labour Convention (MLC) adopted in 2006 states that: «Each Member shall effectively exercise its jurisdiction and control over ships that fly its flag by establishing a system for ensuring compliance with the requirements of this Convention».

⁴⁴ EEC directive 92/29 (on the minimum safety and health requirements for improved medical treatment on board vessels) sets out the obligations of each member State with respect to «every vessel flying its flag or registered under its plenary jurisdiction»; as we have seen *supra*, footnote n. 36, EC Regulation No. 3577/92, applying the principle of freedom to provide services to maritime transport within Member States, states that the flag State is responsible for all matters relating to manning concerning vessels carrying out mainland *cabotage* and for cruise liners, with the exception of ships smaller than 650 gt, where host State conditions may be applied. These rules confirm the general rule of the application of the law of the flag to work on board ships. Therefore the recourse to different rules are an exception to the general rule and are limited to smaller ships. As is known, a case recently decided by the Court of Justice concerned an action taken by a trade union to prevent a change in the naval vessel register in order to avoid the consequent change of the applicable law, an indirect confirmation of the link between the naval vessel register and the law applicable to employment contracts (Judgment of 11 December 2007, *c. C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line*).

of the flag, thereby permitting fleets to operate in more economic and competitive regimes, to the total detriment of the seamen⁴⁵.

The *Koelzsch* ruling is an enticement to a broad recourse to the criterion of the place in which the work was carried out, which should be disregarded in favour of the law of the place where the business which engaged the employee is situated only when it proves to be incapable of functioning (a situation which in the case of work on board ship cannot be, as already mentioned, seriously challenged), and accordingly it confirms the applicability of the law of the flag. It should be recalled that no other State has jurisdiction over a ship and cannot influence the conditions of work on board⁴⁶; protection against unacceptable labour standards has accordingly been granted either by recourse to public policy as provided in Article 16 of the Convention and by Article 21 of the Rome I regulation, or, when appropriate⁴⁷, by the application of the *lois de police* of the *lex fori*, as set out in Article 7(2) and in the corresponding Article 9(2) of the Rome I Regulation.

7. The work of aircrafts crews

30. Concerning crews aboard aircrafts, as is known, recourse was traditionally made to the law of the place of registration of the airplane⁴⁸. Nevertheless, deregulation of the sector has led to opposition to this criterion in favour of the so-called «rule base» criterion which in many cases seems to be particularly well suited to airlines organized in «hubs» from which employees are usually taken on board and disembarked. It should however be pointed out that even recently the nationality of the airplane was considered the proper connecting factor for work carried out on board.

8. Conditions of application of the escape clause

31. Lastly, the decision of the Court induces one to abandon definitively the idea, which had enjoyed authoritative support, that the connecting factors indicated in Article 6 of the Convention and, now, in Article 8 of the Regulation constitute «no more than presumptions», because the last paragraph suggests that the contract be governed by the law of the State with which the contract is more closely connected⁴⁹.

It is true that the Convention, in the final paragraph of Article 6, provides, as has been seen, that the law referred to in application of the connecting factor set out at points 1 and 2, *lit.* (a) and *lit.* (b), of the provision may be inapplicable whenever «it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country» and in this case it states that «the contract shall be governed by the law of that country». Formulated in a very similar way, Rome I Regulation maintains the same provision in the final paragraph of Article 8 which reads «[w]here it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply».

⁴⁵ See A. ZANOBETTI, *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, cit., p. 204.

⁴⁶ A minimum standard that all countries should ensure on board of ships flying their flag is set out by the Maritime Labour Convention, that consolidates and updates more than 68 conventions and recommendations related to the maritime sector adopted over the last 80 years. With the aim of reinforcing the respect of international standards, States have powers of inspection over ships entering their ports, regulated by international agreements and specified by the Maritime Labour Convention.

⁴⁷ For the conditions of application of the *lois de police*, see A.L. CALVO CARAVACA, «El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», cit., p. 121 *et seq.*

⁴⁸ See P. MANKOWSKI, «Employment Contract», cit., who considers, p. 178 *et seq.*, that «the better systematic and dogmatic reasons call for an application of the law of the place where the respective airplane is registered as *lex loci laboris* although the majority opinion in national [German] jurisprudence might hold against it and might prefer either the base as a connecting factor or a direct recourse to the engaging place of business».

⁴⁹ R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, cit., p. 301; note that the authors refer to the rules set out under (a) and (b) of Article 6(2) as «presumptions» and not as «connecting factors» throughout the text (e.g., at p. 321). But see instead M. FRENZEN, «Conflict of Laws in Employments Contracts and Industrial Relations», cit., p. 232.

32. This provision, defined «exception clause» or «escape clause»⁵⁰, has, with reference to employment contracts, a relatively unclear *ratio*. Indeed, the corresponding clause in Article 4 relating to contracts in general was justified in the Giuliano-Lagarde Report by the «entirely general nature of the conflict rule contained in Article 4, the only exemptions to which are certain contracts made by consumers and contracts of employment», thus making it necessary «to provide for the possibility of applying a law other than those referred to in the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 whenever all the circumstances show the contract to be more closely connected with another country». Moreover the margin of discretion introduced by the provision represented «the inevitable counterpart of a general conflict rule intended to apply to almost all types of contract».

With reference to Article 6, on the other hand, the Report merely observed that «the last sentence of Article 6 (2) provides that if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, the law of the latter country is applied». As it is appended to a set of rules for employment contracts only, it is clear that the general justification adopted in the introduction to the same clause in Article 4 is not pertinent and one must infer from its insertion that, for the determination of the law governing employment contracts, there was a desire to maintain a certain margin of discretionality in order to allow the application of the law of the country with which the relationship has the closest connection.

The rule has therefore a corrective purpose with respect to cases in which the application of objective criteria would lead to the determination of the law of a country with which the work, taken account of the way in which it is carried out, really does present too weak a link. It must be remembered that the need to protect employees must be joined to the need for predictability and legal certainty, which in this domain have a paramount value since the contractual relationship is a long term one with a set of reciprocal laws and obligations that make it extremely important to know the rules which govern it⁵¹. Recourse should be had to the escape clause only when the entire centre of gravity of the contract points to a country other than the one indicated by the objective criteria⁵². Moreover, one cannot resort to the escape clause for the purpose of avoiding the difficulties that might arise in identifying the preceding criteria⁵³.

33. The nature of the present clause makes it hard to maintain that one can resort to it for material purposes. It is not therefore possible to disregard the applicability of the law indicated by the connecting factors set out in Article 6 of the Convention and in Article 8 of the Regulation in order to apply

⁵⁰ On this category of rules see the analysis by R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991, p. 227, who reconstructs their way of operating and their *raison d'être*; see also C.E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Friburg, 1983; P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé», in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 196, 1986, p. 97 *et seq.*, who finds the foundation of the rule in the proximity principle; F. MOSCONI, «Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules», in *Rec. des cours de l'Académie de dr. international de La Haye*, vol. 217, 1989, p. 192 *et seq.*

⁵¹ Thus PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, *cit.*, p. 94, according to whom recourse to the closest connecting factor «ne peut être que très secondaire»; see also R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, *cit.*, p. 241, who favours a restrictive interpretation of the clause, and states that the rule's function is to «rettificare eccezionalmente» the localization achieved by the connecting factors set out in Article 6.

⁵² However, some cases in which case law has had recourse to the connecting factor of the closest connection could have been justified on the basis of the other criteria indicated in the provision. The decisions in which recourse has been made to this criterion do so very superficially. For example, the French Cour de cassation, in its decision No. 04-43.119 rendered on 14 March 2006, indicates a series of criteria from which it deduces that the contract has the closest connection with France; on closer examination, such criteria constitute signs of an implicit choice of French law to which the contract would therefore have had to be subject by virtue of the main criterion of the intention of the parties, and not by virtue of the criterion of closest connection. Certainly, recourse to the latter criterion may be more convenient, also because it does not oblige the judge to assess whether the mandatory rules of the law applicable to the contract in the absence of a choice have been respected.

⁵³ On the contrary a German court, in a dispute concerning work on board ship (Bundesarbeitsgericht, 24 August 1989, *Der Betrieb*, 1990, p. 1666) resorted to the escape clause, as pointed out by S.M. CARBONE, P. IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000, p. 147: «i giudici non hanno mancato di sottolineare come il ricorso alla clausola di eccezione fosse particolarmente opportuno, perché consentiva loro di evitare di misurarsi con un problema assai delicato: quello dell'applicazione della norma generale di conflitto relativa al lavoro subordinato al caso dei rapporti di lavoro marittimo, senza alcun particolare adattamento o precisazione normativa che tenga conto delle peculiarità di tale rapporto».

a law in consideration of its substantive contents; the purpose of the clause is to permit the determination of the law of a country that presents stronger links with the contract than that designated by the preceding connecting factors, and is therefore neutral *vis-à-vis* the foreign law indicated⁵⁴.

9. The parallelism of interpretation of the rules on jurisdiction and of the conflict-of-laws provisions in the relevant EU instruments

34. Another issue addressed in the decision that deserves attention is the parallelism of interpretation of the expressions contained in the Rome Convention (and in the Rome I Regulation), on the one hand, and in the Brussels Convention and Regulation No. 44/2001, on the other. The Court states in paragraph 33 of the decision that the interpretation to be given to Article 6 of the Rome Convention «must not disregard that relating to the criteria set out in Article 5(1) of the Brussels Convention where they lay down the rules for determining jurisdiction for the same matters and set out similar concepts». The justification for this consideration is the fact that, as already mentioned and as the Court itself pointed out in its decision in the *ICF* case, the preamble to the Rome Convention indicates that «it was concluded in order to continue, in the field of private international law, the work of unification of law set in motion by the adoption of the Brussels Convention». Recourse to previous case law is likewise justified by the Court in paragraph 41 on the ground that in interpreting the phrases contained in the Rome Convention, the Brussels Convention and Regulation No. 44/2001, it must «take due account of the need to guarantee adequate protection to the employee as the weaker of the contracting parties»⁵⁵. There are therefore two aspects which permit the Court to resort to the interpretation of one of the instruments to clarify the meaning of the expressions contained in the other: one of a general nature lies in the fact that the Rome Convention completes the task of unification begun by the Brussels Convention, and the other, specifically related to employment contracts, is the need to adopt, with reference to both sets of instruments, interpretative criteria that take into account the need to protect the weaker of the contracting parties.

35. As we have seen the Court is well aware of the limits of a parallel interpretation of the phrases contained in the two types of instruments, those referring to jurisdiction and those referring to conflicts-of-law. It clearly stated this concept in *Six Constructions*, even though it considered unnecessary to mention it in the *Koelzsch* case. Instead the Advocate General, as mentioned, stressed in paragraphs 82 and 83 of her conclusions the limits of this parallelism. Taking into account that the two categories of rules have «different aims», she underlines that uniformity of interpretation must be tested with reference to each individual case, and that it cannot be held, even as a presumption, that identical or similar expressions must be uniformly interpreted. These warnings are undoubtedly important, but it may be objected that they are expressed in two short paragraphs placed at the end of her reasoning, which on the contrary developed along the lines of an interpretation literal, historical, systematic and teleological, and to which she dedicates thorough arguments with the support of concordant legal writings.

It is an important aspect worth dwelling on. The criteria of legislative and of jurisdictional competence fulfil different functions that the Court itself did not fail to illuminate. It referred for example to the need to identify the place where the employee discharges his obligations as a ground for jurisdiction because this is the place where it is least expensive for employees to defend themselves⁵⁶. This is a

⁵⁴ On this point see the analysis of F. MOSCONI, «Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules», *cit.*, p. 193; see also F. MOSCONI, C. CAMPILLO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e contratti*, vol. I, 4th ed., Torino, 2007, p. 373, in which the authors state that the clause plays a neutral role and is therefore suitable «a far prevalere, rispetto a quello in principio applicabile, un diritto meno favorevole al lavoratore, sulla base appunto della maggiore intensità del collegamento e dunque della prevedibilità».

⁵⁵ See in this connection the reasoning of E. LEIN, «The New Rome I / Rome II / Brussels I Synergy», *Yearbook of Private International Law*, 2008, spec. pp. 179 *et seq.*, who sees in the need to protect the weaker party a common principle in different instruments which makes it possible to affirm that «synergies of fundamental principles» exist among them.

⁵⁶ In the *Weber* ruling, at paragraph 40, the Court, also recalling its previous case law, stated that «in matters relating to contracts of employment, interpretation of Article 5(1) of the Brussels Convention must take account of the concern to afford proper protection to the employee as the weaker of the contracting parties from the social point of view. Such protection is best assured if disputes relating to a contract of employment fall within the jurisdiction of the courts of the place where the

concern that has no weight in relation to the legislative competence. Moreover, there is no doubt that the recourse to the law of the place where the employee discharges his obligations responds to more general concerns of an economic nature which are not absent from the Court's assessment, even though they are not fully developed.

36. The Court refers to the *ratio* of Article 6 which, like Article 5(1), lies in the need to protect the employee, the weaker of the contracting parties⁵⁷. The connecting factor of «the otherwise applicable law» will lead in most cases to the law of the place in which the employee habitually carries out his work; as a consequence, all employees in one and the same establishment are under the same rules. This responds to the need for equity expressed in the fundamental principle that prohibits discrimination in the work place⁵⁸. Moreover, the governing law coincides for the most part with the rules of a social and fiscal nature, and has the effect of better coordinating the various aspects of the overall regulation of employment contracts.

In this way not only is the protection of individual employees achieved but so is compliance with the economic principle of equal treatment of all employees working in the same socio-economic situation, with the effect of avoiding *social dumping*, i.e. the distortion of competition with other undertakings situated in the same country that could lead to the application of a less protective law involving less burdensome charges for the employer.

37. It is therefore advisable to underline that it is inappropriate, under the «Rome I» and the «Brussels I» sets of instruments, to refer to a parallelism between jurisdictional competence and legislative competence, even with respect to the relatively narrow subject of employment contracts. First of all the main criteria are different. The principal criterion of the applicable law is the result of a choice of law by the parties, even an implicit one, without any need for a link with the employment contract to be regulated. However, as concerns jurisdiction, such a power is established only in favour of the employee, it cannot be implicit and is not, at any rate, exclusive. Even the type of protection is different; safeguarding the mandatory rules of the «otherwise» applicable law in the first case, unilateral invalidity of the agreement in the second. Now one could speak of parallelism, achieved by the technique defined as the «*corrélation entre points de rattachement législatifs et juridictionnels*»⁵⁹, only when the correspondence between *forum* and *jus* is achieved by the adoption of identical, strict criteria. This certainly does not occur with respect to the provisions under consideration⁶⁰. It is therefore more correct to recognise the

employee discharges his obligations towards his employer, since that is the place where it is least expensive for the employee to commence or defend court proceedings (see, inter alia, *Mulox IBC*, paragraphs 18 and 19, and *Rutten*, paragraph 17)). It should however be noted that this is not always true; this could be untrue for example if the employment contract has terminated—and this is often the case with respect to labour disputes—and the employee has moved to another country; see the observations of P. RODIÈRE, in *Journal du droit international*, 2003, p. 667 *et seq.* It would at any rate be a country in which the employee has carried out his work and therefore also knows the language, thus making his defence easy should the general criterion of the defendant's place of domicile oblige him to bring his case before the court of a country completely foreign to him.

⁵⁷ Thus U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 149, according to whom Article 6 «risponde principalmente all'intento di tutelare il lavoratore, parte debole rispetto al datore di lavoro». On the protection of the weaker of the contracting parties in private international law, see F. POCAR, «La protection de la partie faible en droit international privé», *Recueil des cours de l'Académie de droit international privé de La Haye*, vol. 188, 1984, p. 339. It should be noted that Article 6 of the Convention has often been discussed together with Article 5 on consumer contracts, on account of their identical protective purpose; thus, for example, I. PINGEL, «La protection de la partie faible en droit international privé (du salarié au consommateur)», *Droit social*, 1986, p. 133; M.M. SALVADORI, «La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma», cit., p. 121. But see also A. SINAY-CYTERMANN, «Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissaires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation internationale», *Revue critique de droit international privé*, 2009, p. 427, who expresses surprise on account of the different treatment in the two cases with respect to the validity of the choice of law clauses.

⁵⁸ U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 164 ss.

⁵⁹ The phrase is by J.-M. BISCHOF, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, Paris, 1959, p. 138

⁶⁰ H. BATIFFOL, «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», *De conflictu legum. Mélanges R. D. Kollwijn et J. Offerhaus*, Leyden, 1962, p. 66; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 156, 1977, p. 227, 337. http://www.nijhoffonline.nl/book?id=er156_227-376.

similarity of technico-legal concepts that can frequently be interpreted in a similar way but that this resemblance does not rest on a link of necessity⁶¹.

38. An undoubted effect on the interpretation of the provisions of the two types of instruments is that they benefit from the preliminary ruling delivered by the same judge. It is known that the Court of Luxembourg is not just any court: its case law has played a driving role in building the European legal system, thanks also to its preliminary rulings that follow a method functional to the objectives of the development of integration. One of these objectives is without a doubt the creation of a system of private international law functional to the achievement of a free market, further and beyond what the member States themselves could possibly foresee when they adopted those instruments. That *anxiety* «to continue in the field of private international law the work of unification of law», expressed in the Preamble to the Convention, to which the Court refers to justify the pertinence of its previous case law which referred to a different instrument, cannot let us forget that the process has been very lengthy, difficult and not without wavering⁶². Moreover, as to the provisions that specifically concern employment contracts, the Court itself, as we have seen, by means of its decision in the *Ivenel* case, identified, also in the light of the provisions of the Rome Convention, at the time not yet in force, the protection of employees as an objective of the Brussels Convention, despite the fact that the original text of the latter did not contain any references in this connection⁶³, thereby laying the foundation for parallel interpretation on which it now bases its preliminary ruling in the *Koelzsch* case.

10. The *Koelzsch* ruling and the Rome I Regulation

39. The last question that might be of interest is whether the decision rendered in this case will establish a precedent also for the application of the Rome I Regulation. The reply is in the affirmative, for more than one reason. First of all, the provision —Article 8— and the corresponding one referred to in the present decision are almost identical; the difference in the wording consists in the insertion of the words «from which», a specification which, as has been seen, is precisely the result of the Court's interpretation of the rules on jurisdictional competence. It is true that the Regulation, unlike the Convention, contains in its preamble recitals concerning the reasons for the provisions under examination and clarifies their *ratio*; these statements do not, however, appear to modify the scope of the provision. Moreover, despite the different legal nature, which is certainly not bereft of consequences, it may be held that the Court will maintain the validity of its previous case law; this is what happened with the transformation of the Brussels Convention into a regulation⁶⁴. A sure influence on this is also the fact that the Court has adopted, in interpreting this instrument, the same hermeneutical methods it generally follows for European law strictly speaking. An indirect confirmation in this direction can be deduced by the fact that mention of the Regulation appears both in the conclusions of the Advocate General and in the ruling of the Court⁶⁵.

⁶¹ See the analysis by B. HAFTTEL, «Entre 'Rome II' et 'Bruxelles I': l'interprétation communautaire uniforme du règlement 'Rome I'», *Journal du droit international*, 2010, p. 761; although the author's observations centre mainly on qualification and not on connecting factors, he points out that «ce n'est pas parce que les solutions *sont* souvent les mêmes, qu'elles *doivent* être les mêmes».

⁶² Suffice it to mention the long gestation of the Rome Convention, the first proposal for which was made in 1967; the eleven years which passed between the signing of the Convention in 1980 and its entry into force in 1991; the period of time that passed between the adoption of the Convention and the adoption, in 1988, of the two protocols on the interpretation of the Convention by Court of Justice, and an even longer period of time —no less than sixteen years!— needed to complete the ratification process.

⁶³ It is worth mentioning that P. RODIÈRE, in *Revue critique de droit international privé*, 1989, p. 562, with reference to the *Ivenel* decision, pointed out that «*Ubi lex non distinguit...*, il convient que la Cour de Justice ne distingue pas... excessivement!». But the Court was of different opinion and its decision (defined by G. DROZ, in *Revue critique de droit international privé*, 1987, p. 797 ss., as «prétorienne»), as we have seen, provoked the amendments to the rule.

⁶⁴ See in this connection P. FRANZINA, «La giurisdizione in materia contrattuale», cit., p. 63 *et seq.*

⁶⁵ The decision lists in the part concerning relevant legislation also the Rome I Regulation. In her conclusions, the Advocate General points out how the interpretation the decision proposes complies with the text of the Regulation. The Court states that the proposed interpretation is consistent with the wording of Article 8 of the Rome I Regulation.

40. A final observation: now that the Rome Convention has been transformed into a regulation it is possible that the Court may be called to intervene not only for preliminary rulings, but also in actions concerning violations that the Commission, or possibly a member State, might bring against a State — with the obvious exclusion of Denmark— for failure to apply the Regulation. Although this hypothesis may appear unlikely, there may be cases in which similar proceedings may be initiated⁶⁶, and contribute in this way to a wide, uniform compliance with the rules of European private international law of contracts.

⁶⁶ See, for an example connected with maritime labour law, A. ZANOBETTI, *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, *cit.*, p. 215 *et seq.*

SOBRE *CDT*

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (CDT)*

1. Contenido y periodicidad

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

2. Originalidad e idioma

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

3. Envío de originales

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (celiamaria.caamina@uc3m.es) hasta el 15 de enero para el número de marzo y hasta el 15 de julio para el número de octubre.

4. Publicación y secciones

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser “aceptado”, “aceptado con modificaciones” o “rechazado”. Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección “Estudios” o en la sección “Varia”.

5. Aspectos formales

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

- I. _____
 - 1. _____
 - A) _____
 - a) _____

Los párrafos irán numerados en números arábigos.

6. Normas para las citas

a) Bibliografía:

- A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge aplicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

b) Jurisprudencia:

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.
- STS 22 marzo 2001 (*RJ* 2001/4756).

c) Legislación:

- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 diciembre 2007.

7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).