CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE MARCO DARMON
presentate il 10 marzo 1993 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. Il Landgericht di Amburgo vi chiede di stabilire se il diritto comunitario, in particolare in quanto istituisce la libera prestazione di servizi osti alla richiesta di una cautio judicatum solvi quale risulta dall'art. 110, n. 1, del codice tedesco di procedura civile.

2. Le parti della causa principale sono, da una parte, il signor Anthony Hubbard, «solicitor», agente quale esecutore testamentario del signor Karsten e residente nel Regno Unito, e, dall'altra, il signor Peter Hamburger, domiciliato in Germania, al quale il de cujus avrebbe lasciato una procura per i suoi conti bancari [1].

3. In qualità di convenuto nella causa principale il signor Hamburger si è avvalso, contro il suo avversario, dell'art. 110, n. 1, del codice tedesco di procedura civile il quale stabilisce:

«I cittadini stranieri che promuovono un'azione giudiziaria, devono, su richiesta del convenuto, versare una cauzione per le spese e gli onorari dell'avvocato».

4. Solo una clausola di reciprocità avrebbe permesso, conformemente all'art. 110, n. 2, di evitare il versamento di una cauzione. Una simile clausola non viene tuttavia pienamente in considerazione nei rapporti tra il Regno Unito e la Germania, nonostante la conclusione di due accordi internazionali, che disciplinano la materia e di cui questi due Stati membri sono parti contraenti.

5. Il primo è la convenzione giudiziaria germano britannica del 20 marzo 1928 [2], rimessa in vigore dal 1° gennaio 1953 [3]. Essa subordina il non versamento della cauzione all'obbligo di residenza in Germania dell'attore inglese. Orbene, il signor Hubbard risiede nel Regno Unito.

6. Il secondo, la convenzione europea di stabilimento di Parigi del 13 dicembre 1955 [4], stabilisce al capitolo delle garanzie giudiziarie ed amministrative:

«Non possono essere richiesti né cauzioni né depositi, sotto qualsiasi denominazione, in base, vuoi al loro status di stranieri, vuoi alla mancanza di domicilio o di residenza nel paese, ai cittadini di una delle Parti contraenti, domiciliati o abitualmente residenti sul territorio di una di tali Parti, che promuovono un'azione dinanzi ai giudici di un'altra di tali Parti (...) [5]»,

* Lingua originale: il francese.

1 — Memoria della Commissione, pag. 2 della traduzione francese.

2 — BGBl. II, pag. 623.

3 — BGBl. II, pag. 116.

4 — BGBl 1959, II, pag. 998.

5 — Art. 9.

ma non è al riguardo applicabile ai cittadini del Regno Unito che ha espresso una riserva su questo punto.

7. Non potendo pertanto, a quanto pare, non applicare l'art. 110, n. 1, del codice di procedura civile, sia in forza del diritto nazionale che delle convenzioni in precedenza considerate, il giudice a quo vi chiede di esaminare la compatibilità di questa disposizione rispetto al diritto comunitario.

8. Le quattro questioni che esso vi sottopone, riportate nella relazione d'udienza [6], sollevano in realtà due problemi. Il primo è quello di sapere se la disposizione nazionale in esame risponda alle esigenze del diritto alla libera prestazione dei servizi, così come definito agli artt. 59 e 60 del Trattato (prima questione) e, più in generale, al pieno rispetto del divieto di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità, di cui all'art. 7 del Trattato (terza questione). Il secondo riguarda l'eventuale incidenza sull'applicazione del Trattato, da una parte, delle convenzioni internazionali già citate (seconda questione) e, dall'altra, del nesso esistente tra la controversia in esame e il diritto successorio (quarta questione).

9. Considero innanzi tutto il primo di questi problemi.

10. Ricordiamo, in via preliminare che il vostro compito, nell'ambito dell'art. 177 del Trattato, non è quello di pronunciarvi sulla compatibilità di disposizioni nazionali con norme comunitarie, ma quello di fornire al giudice proponente tutti gli elementi d'interpretazione utili per consentirgli di valutare esso stesso se tale disposizione di diritto interno soddisfi o meno a tale requisito di compatibilità [7].

11. Esamino in primo luogo, per non tornare più sull'argomento, l'applicazione dell'art. 7 del Trattato. Tale norma vieta nel campo di applicazione del Trattato, le discriminazioni, palesi o dissimulate, in base alla cittadinanza [8].

12. Applicando il principio «specialia generalibus derogant», tale articolo

«tende quindi ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le quali il Trattato non stabilisce norme specifiche di non discriminazione» [9].

13. Come è stato già da voi ricordato in termini particolarmente chiari nella sentenza 2 febbraio 1989, Cowan [10]

«A norma dell'art. 7, il principio di non discriminazione spiega i suoi effetti "nel campo di applicazione del (...) Trattato" e "senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste". Esprimendosi in questi termini, l'art. 7 rimanda segnatamente ad altre disposizioni del Trattato che fanno concreta applicazione del principio generale da esso sancito a situazioni specifiche. Si

6 — Punto 6.

7 — V., in particolare, sentenza 28 gennaio 1992, causa C-204/90, Bachmann (Racc. pag. I-249, punto 6 della motivazione).

8 — Sentenza 12 febbraio 1974, causa 152/73, Sotgiu (Racc. pag. 153, punto 11 della motivazione).

9 — Sentenza 30 maggio 1989, causa 305/87, Commissione/Grecia (Racc. pag. 1461, punto 13 della motivazione).

10 — Sentenza 186/87, Racc. pag. 195.

tratta, fra l'altro, delle norme riguardanti la libera circolazione dei lavoratori, il diritto di stabilimento *e la libera prestazione di servizi*» [11].

(...).

(...) gli imperativi dell'art. 59 del Trattato hanno acquistato efficacia diretta ed incondizionata (...) [15].

14. La disciplina controversa, se fosse contraria all'art. 59 del Trattato, sarebbe necessariamente contraria anche al suo art. 7. Occorre pertanto proseguire questo esame nell'ambito della libera prestazione dei servizi.

Questi imperativi implicano l'eliminazione di tutte le discriminazioni che colpiscono il prestatore a causa della sua nazionalità o della sua residenza in uno Stato membro diverso da quello in cui dev'essere fornita la prestazione [16].

15. Per fare ciò, riprendendo un ragionamento che vi è abituale [12], è necessario dimostrare che l'attività in questione deve essere considerata come prestazione di servizio, che la disposizione nazionale di cui trattasi restringe tale libera prestazione, infine che tale restrizione non è giustificata da un qualsiasi interesse generale.

(...).

L'art. 60, terzo comma, ha anzitutto lo scopo di rendere possibile al prestatore di servizi l'esercizio della propria attività nello Stato membro destinatario della prestazione, senza alcuna discriminazione nei confronti dei cittadini di tale Stato» [17].

16. In ordine alla questione se l'attività controversa costituisce, ai sensi degli artt. 59 e 60 del Trattato, una prestazione di servizio, ricordiamo la definizione pragmatica nonché le caratteristiche di questa nozione, quali risultano dalla sentenza Webb [13]:

«Ai sensi dell'art. 60, primo comma, del Trattato, sono considerati servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone (...) [14].

17. Deve essere pertanto considerato rientrante nell'ambito di questa definizione l'incarico svolto dietro compenso in uno Stato membro da un professionista stabilito in un altro Stato membro e consistente nell'ottenere, nell'interesse degli aventi causa del suo cliente deceduto, la immissione nel possesso dei beni che quest'ultimo possedeva nel territorio del primo Stato.

18. Ha scarso rilievo a tal proposito che il prestatore di servizi agisca «in nome proprio», come precisa il giudice a quo, o a nome degli aventi causa del de cujus. In

11 — Punto 14 della motivazione, il corsivo è mio.

12 — V., in particolare, sentenza 26 aprile 1988, causa 352/85, Bond van Adverteerders (Racc. pag. 2085).

13 — Sentenza 17 dicembre 1981, causa 279/80 (Racc. pag. 3305).

14 — Punto 8 della motivazione.

15 — Punto 13 della motivazione.

16 — Punto 14 della motivazione. V. anche sentenza 15 luglio 1991, causa C-76/90, Säger (Racc. pag. I-4221, punto 10 della motivazione).

17 — Punto 16 della motivazione.

quest'ultima ipotesi, infatti, si dovrebbe prendere in considerazione la qualità di destinatario della prestazione di servizi di questi ultimi [18].

19. Se una disposizione impone, a titolo cautelativo, al prestatore o al destinatario dei servizi di depositare una certa somma per la sola ragione che non è cittadino dello Stato in cui si effettua questa prestazione né vi risiede, un simile obbligo, pur non essendo completamente di ostacolo alla prestazione, ha l'effetto di ritardarne l'adempimento e di aumentarne il costo. Essa costituisce dunque una restrizione alla libera prestazione di servizi, vietata dall'art. 59 del Trattato.

20. Esistono però giustificazioni che possono legittimare una simile restrizione alla luce del diritto comunitario?

21. A tal proposito, riprendendo una formulazione utilizzata nella vostra sentenza Webb, in precedenza citata, avete precisato, nella sentenza Säger [19], che

«la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata soltanto da norme giustificate da motivi imperativi di pubblico interesse e che si applicano ad ogni persona o impresa che svolga un'attività sul territorio dello Stato destinatario, nella misura in cui tale interesse non sia salvaguardato dalle norme alle quali è soggetto il prestatore nello Stato membro in cui è stabilito. In particolare, detti obblighi devono essere obiettivamente necessari per garantire l'osservanza delle norme professionali e per assicurare la tutela del destinatario dei servizi ed essi non devono esorbitare da quanto è necessario per raggiungere questi obiettivi» [20].

22. Voi ponete così essenzialmente due condizioni ad una eventuale limitazione della libera prestazione dei servizi: da una parte l'esistenza di «motivi imperativi di pubblico interesse», dall'altra l'esigenza di un'applicazione uniforme per tutti gli operatori economici. Per giunta, tale limitazione deve rispettare il principio di proporzionalità.

23. In nove Stati membri [21] vige ancora l'istituto della cautio judicatum solvi. La sua applicazione tuttavia, può avere un carattere più o meno obbligatorio per il giudice. Così, nel diritto tedesco, quest'ultimo è tenuto ad accogliere l'eccezione diretta all'imposizione della cauzione, qualora il convenuto ne faccia richiesta e sussistano i presupposti per la sua applicazione. Per contro, in altri Stati membri, quali la Spagna, la Grecia, l'Irlanda o il Regno Unito, esso può discrezionalmente respingerle.

18 — A tal proposito, avete riconosciuto che «la libera prestazione dei servizi comprende la libertà, da parte dei destinatari dei servizi, di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere impediti da restrizioni (...)» (sentenza 31 gennaio 1984, cause 286/82 e 26/83, Luisi e Carbone, Racc. pag. 377, punto 16 della motivazione). V. anche sentenza Cowan, già citata, punto 15 della motivazione. Di conseguenza, sia che si tratti del prestatore di servizi stesso o degli aventi causa che agiscono sul territorio di un altro Stato membro tramite il prestatore di servizi, la situazione derivante da una disposizione quale quella in esame è parimenti limitativa: o questi ultimi si espongono al versamento di cauzione, o debbono limitare la loro scelta ad un prestatore di servizi interno dello Stato del foro.

19 — V. estremi della sentenza, supra, nota 16.

20 — Punto 15 della motivazione. Noto che se questa espressione è quella che voi utilizzate solitamente per chiarire la giustificazione di un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, voi avete anche ammesso, come avviene in particolare nella citata sentenza Bond van Adverteerders, che in certi casi tale giustificazione sia basata su motivi di ordine pubblico, ai sensi dell'art. 56 del Trattato.

21 — In Portogallo non esiste la cautio judicatum solvi; la Francia l'ha abrogata con la legge n. 75-596 del 1975, e l'Italia, a sua volta, l'ha dichiarata incostituzionale.

24. La ragion d'essere di questo deposito sta nella volontà di garantire il pagamento dell'insieme delle spese di un procedimento nel quale l'attore è uno straniero. Tale istituto secolare mira ad assicurare la solvibilità e la permanenza della rappresentanza di quest'ultimo.

25. Immagino il caso di una controversia promossa da un attore straniero. Il giudice adito respinge la sua domanda. Il convenuto, in caso di insolubilità o di cattiva volontà della controparte, deve poter ottenere almeno il rimborso delle spese senza dover adire i giudici stranieri a cui può essere difficile e costoso rivolgersi.

26. Posso osservare che se l'istituto della cautio judicatum solvi rimane in essere nella maggior parte degli Stati membri, tale disposizione è generalmente considerata dalla dottrina come desueta e tendente a scomparire.

27. Ci si può chiedere se i motivi addotti per giustificare la sua esistenza, ossia soprattutto la prevenzione del rischio di insolvibilità, costituiscano motivi imperativi di pubblico interesse, o se esistano altri mezzi, meno discriminatori, che permettano di fornire garanzie sufficienti.

28. Sono incline a ritenere che la cautio judicatum solvi derivi da una concezione dello straniero che non dovrebbe applicarsi ai cittadini comunitari, i quali, all'interno di un mercato unico, devono poter circolare ed esercitare le loro attività senza costrizioni [22]. La garanzia che tale cauzione si presume abbia nei confronti del convenuto perde sostanzialmente la sua ragion d'essere dal momento che le vie di esecuzione nazionale sono accessibili a tutti i cittadini comunitari e, soprattutto, dal momento che la Convenzione di Bruxelles assicura in materia civile e commerciale la semplificazione delle formalità alle quali sono subordinati il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie. È alto il rischio che ci si serva dell'istituto della cauzione per fini dilatori anziché per garantire la tutela del convenuto, permettendo a quest'ultimo di differire ogni difesa nel merito e di moltiplicare gli incidenti processuali. Sembra d'altro canto difficile affermare che essa risponde a motivi imperativi di pubblico interesse [23].

29. Osservo del resto che in una fattispecie, che riguardava ugualmente una questione di procedura, ma relativa ad una discriminazione vertente sulla residenza — solo le persone residenti sul territorio nazionale erano legittimate ad agire come rappresentante giudiziale dinanzi a taluni giudici — voi avete altresì constatato che la necessità di una residenza nello Stato membro non poteva essere giustificata da un interesse generale [24].

30. Sottolineo infine che in una recente decisione del 17 novembre 1992 [25], l'Oberlandesgericht di Monaco di Baviera ha, di sua iniziativa, escluso l'applicazione dell'art. 110 del codice di procedura civile per il motivo che esso non rispettava il principio di non discriminazione in base alla nazionalità contenuto nell'art. 7 del Trattato.

22 — La legge belga esonera dalla cautio judicatum solvi i cittadini comunitari per quanto riguarda le materie soggette al Trattato.

23 — V. punto 14 della sentenza 25 luglio 1991, causa C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda (Racc. pag. I-4007) in cui sono elencati alcuni motivi imperativi di pubblico interesse riconosciuti da codesta Corte.

24 — Sentenza 3 dicembre 1974, causa 33/74, Binsbergen (Racc. pag. 1299).

25 — RIW 1993, Heft 2, pagg. 150, 151.

31. La seconda serie di questioni poste dal giudice a quo consiste nel determinare, da un lato, l'incidenza sulle disposizioni comunitarie di cui sopra di convenzioni internazionali e, dall'altro, del collegamento dell'operazione controversa con un settore del diritto privato, quello delle successioni, apparentemente privo di legami con il campo di applicazione del Trattato.

32. In ordine all'incidenza degli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri, noto, oltre al fatto che sarebbero inapplicabili nella fattispecie [26], che, a quanto risulta dalla vostra giurisprudenza, essi non potrebbero in alcun modo compromettere l'applicazione di principi comunitari così fondamentali come quello della libera prestazione dei servizi.

33. In una sentenza Frilli [27], mentre l'assenza di una convenzione di reciprocità tra il Belgio e l'Italia era stata addotta per escludere il riconoscimento del diritto ad una pensione minima, voi avete dichiarato:

«La concessione di una prestazione del genere ad un lavoratore straniero, che possegga i requisiti di cui sopra, non può essere subordinata all'esistenza di un accordo di reciprocità con lo Stato membro di cui il lavoratore è cittadino».

34. E nella sentenza Cowan già citata, rifacendovi alla soluzione in precedenza espressa, affermate che

«il diritto al pari trattamento sancito dal diritto comunitario non può essere subordinato all'esistenza di un accordo di reciprocità concluso fra lo Stato membro ed il paese di cui è cittadino il soggetto interessato» [28].

35. Di conseguenza, l'esercizio del diritto alla libera prestazione dei servizi, non può dipendere da accordi conclusi, in margine al Trattato, dagli Stati membri. Quand'anche fossero applicabili, tali accordi non potrebbero legittimare una qualsiasi limitazione agli scambi intracomunitari. Come voi avete già dichiarato nella vostra sentenza Conegate [29], l'art. 234 del Trattato va interpretato infatti nel senso che:

«Le convenzioni stipulate anteriormente all'entrata in vigore del Trattato non possono (...) essere fatte valere nei rapporti fra gli Stati membri per giustificare restrizioni negli scambi intracomunitari».

36. Sul secondo punto — l'incidenza del diritto comunitario su di una controversia rientrante nell'ambito del diritto successorio —, gli orientamenti della vostra giurisprudenza sono privi di ambiguità. Voi avete infatti più volte confutato l'argomento classico, addotto per escludere l'applicazione del diritto comunitario, secondo cui la normativa interna interessa una materia che non riguarda il Trattato.

37. Così nella vostra sentenza Casagrande [30] concernente il settore dell'istruzione e della preparazione professionale, avete evitato l'argomento consistente nel far dipendere

26 — Memoria della Commissione, pag. 3 della traduzione francese.

27 — Sentenza 22 giugno 1972, causa 1/72 (Racc. pag. 457).

28 — Punto 12 della motivazione.

29 — Sentenza 11 marzo 1986, causa 121/85 (Racc. pag. 1007).

30 — Sentenza 3 luglio 1974, causa 9/74 (Racc. pag. 773).

tale settore dalla competenza esclusiva degli Stati membri [31]. Nella sentenza Casati [32], voi avete ugualmente riconosciuto che la legislazione penale e le norme di procedura penale restavano di competenza degli Stati membri, ma avete dichiarato che

«dalla costante giurisprudenza della Corte risulta che (...) il diritto comunitario pone dei limiti per quel che concerne le misure di controllo che esso consente agli Stati membri di mantenere in vigore nell'ambito della libera circolazione delle merci e delle persone» [33].

38. Analogamente, in un settore non armonizzato come quello della fiscalità diretta, voi vegliate a che le normative nazionali rispettino il principio di parità di trattamento sancito dal diritto comunitario [34].

39. Infine, ed in modo generale, voi avete affermato che

«l'efficacia del diritto comunitario non può variare a seconda dei diversi settori del diritto nazionale nei quali esso può spiegare effetti» [35].

40. La natura successoria di una controversia non ha pertanto alcuna ripercussione nell'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi.

41. Concludo, di conseguenza, proponendo che vi pronunciate nel senso che:

«1) Gli artt. 59 e 60 del Trattato CEE ostano a che una normativa nazionale obblighi un cittadino comunitario che, in qualità di prestatore di servizi, abbia intentato un'azione dinanzi ad un giudice di uno Stato membro a sottoporsi, a richiesta del convenuto, all'obbligo di costituire, prima di ogni difesa nel merito e per il solo motivo della sua qualità di cittadino straniero, una cauzione destinata ad assicurare il rimborso delle spese processuali e degli onorari di avvocato.

2) L'applicazione da parte di uno Stato membro dei principi di non discriminazione e di libera prestazione dei servizi ad un cittadino comunitario che esercita la sua attività sul territorio di un altro Stato membro non può essere inficiata dall'esistenza di accordi internazionali di reciprocità conclusi con questo Stato né dipendere dai settori del diritto nazionale nei quali il prestatore di servizi si trova ad esercitare tale attività».

31 — Punto 6 della motivazione.

32 — Sentenza 11 novembre 1981, causa 203/80 (Racc. pag. 2595).

33 — Punto 27 della motivazione. V. nello stesso senso il punto 19 della sentenza Cowan.

34 — V. punto 24 della sentenza 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia (Racc. pag. 285).

35 — Sentenza 21 marzo 1972, causa 82/71, SAIL (Racc. pag. 119, punto 5 della motivazione).