

IN MEMORIAM

Stefano Ceccanti – In memoriam di Maurice Duverger

RECENSIONI

Maria Daniela Poli - Recensione. Marcel Fratzscher, Die Deutschland-Illusion. Warum wir unsere Wirtschaft überschätzen und Europa brauchen, München, Carl Hanser Verlag, 2014, pp. 277, € 19,90 (ISBN: 978-3-446-44034-0)

SAGGI

Mercedes de Prada Rodríguez, Roberto Muñoz Rojo – ADR mechanisms in the English legal system

Anjeza Sina – L'Avvocato del Popolo: l'Ombudsman albanese

Valentina Zangheri - La tutela dei dati sensibili in materia sanitaria in Italia e Gran Bretagna. Le implicazioni della nuova proposta di regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

NOTE E COMMENTI

Federica Cristani – Una nuova arma processuale per i “fondi avvoltoi”? L'Argentina rimane “imbrigliata” nelle morsa della discovery extraterritoriale dalla Corte Suprema degli Stati Uniti

Gabriele Marino – El Masri e oltre: la Polonia “colpevole per complicità” nelle extraordinary renditions

Nausica Palazzo – L'esclusione per violazione di obblighi contributivi: l'esito positivo del vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione

Ilaria Rivera – Caso Dhahbi c. Italia: lezioni di simposio europeo. Quando Strasburgo condanna per non essere passati da Lussemburgo

CRONACHE DAL MONDO

Svizzera. I cittadini bocciano l'acquisto di nuovi aerei militari



In *memoriam* di Maurice Duverger

di Stefano Ceccanti

Maurice Duverger amava molto l'Italia e non solo perché era stato eletto nel nostro Paese come deputato europeo nel 1989. Rivedeva nel nostro caso molte analogie con la situazione della Quarta Repubblica. L'Italia, aveva scritto nel 1988 ne "La nostalgie de l'impuissance", era ormai l'ultimo grande Paese dell'Unione collocato tra le "democrazie dell'impotenza" anche e soprattutto a causa di regole elettorali e costituzionali pensate in un altro orizzonte storico. Aveva quindi seguito da vicino la stagione dei referendum elettorali dei primi anni '90 e i tentativi di completare la transizione sul piano costituzionale. Nella fase di incubazione dei referendum, grazie ad Augusto Barbera, avevo in qualche caso anche frequentato, in qualche blitz parigino, la sua casa dietro la Sorbona (ben ristrutturata grazie alla vittoria nella causa civile contro i giornali scandalistici che lo avevano accusato di antisemitismo per uno scritto del 1941), cosa che mi valse in regalo una copia con dedica dell'ormai introvabile "La monarchie républicaine", che da allora conservo come una reliquia.

Per queste ragioni, avendo programmato Lucio Pegoraro e Angelo Rinella all'Università di Trieste nella primavera 1997 un bel convegno sui "Semipresidenzialismi", anche con l'aiuto degli ultimi due ricercatori lì arrivati, ossia Roberto Scarciglia ed il sottoscritto, ci venne l'idea di invitarlo, cogliendo l'occasione

del suo ottantesimo compleanno. Si era peraltro nella prima fase della Bicamerale D'Alema e il convegno aveva anche un suo impatto di indubbia attualità. Duverger e sua moglie Odile avevano accettato molto volentieri, cogliendo l'occasione per stare una decina di giorni in Veneto, facendo base a casa di Pegoraro a Vicenza, dove tenne una conferenza sulla storia costituzionale francese. Non potevamo sapere che quella sarebbe stata la sua ultima visita intensa in Italia perché la malattia lo prese in ostaggio credo già l'anno successivo fino allo scorso 17 dicembre. Anzi, allora mostrava una grande vitalità fisica ed intellettuale, non tanto facile da governare, diciamo la verità, perché essa si accoppiava a un carattere molto duro e a tratti problematico.

La sua eredità intellettuale è indubbiamente grande e lo dimostra, come esempio paradigmatico la sua categoria di 'semipresidenzialismo' che aveva modellato a partire dall'intuizione del suo amico direttore di "Le Monde" Beuve-Méry. Essa si può condividere o meno, si può declinare in varie direzioni, anche diversa dalla sua, ma è comunque imprescindibile, anche nel dissenso. Difficile prescindere, specie se ben compresa storicamente, anche dalla lezione di metodo, come ha ribadito qualche mese fa Dominique Rousseau negli scritti Colliard. Si tratta del metodo combinatorio che associa, senza confonderli, gli approcci del diritto costituzionale e lo studio dei fattori che ne condizionano l'applicazione, a cominciare dal sistema dei partiti. Perché si trovò a praticare ed elaborare quel metodo? Non per un approccio ideologico o politicistico, ma per dare ragione del fallimento della Quarta Repubblica. Come era infatti possibile che uno dei più perfezionati tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo avesse fallito? In fondo era stato ridotto in modo forte il potere di veto della seconda Camera, come in Germania il rapporto fiduciario con la Camera era stato riservato al solo Presidente del Consiglio ed era stata costituzionalizzata la questione di fiducia ed ancor più che in Germania era stato, a certe condizioni, attribuito al Presidente del Consiglio il deterrente del potere di scioglimento anticipato. Per dare una spiegazione convincente bisognava quindi passare allo studio del sistema dei partiti, non però come un elemento fine a se stesso, dando per scontato, per ragioni sociologiche o psicologiche, che fosse immutabile, ma viceversa per rielaborare poi nuove regole capaci di mantenere le promesse deluse. Una prospettiva, quindi, profondamente giuridico-costituzionale che intendeva essere consapevole del

contesto per meglio far valere il dato prescrittivo. Certo che in Francia, con la stabilizzazione del sistema, alcune specifiche conclusioni hanno poi perso di attualità. Tuttavia per non perdere memoria della sua lezione e per ricordare che al di là di vari aspetti transeunti siamo sempre dei nani sulle spalle di giganti come Duverger, vale forse la pena di leggere on line il numero monografico 17/2010 della “Revue internationale de politique comparée”, specialmente i testi di Jean-Claude Colliard e Bastien François. Tracciano un percorso di contenuto e di metodo che può esserci molto utile.



Recensione. Marcel Fratzscher, Die Deutschland-Illusion. Warum wir unsere Wirtschaft überschätzen und Europa brauchen, München, Carl Hanser Verlag, 2014, pp. 277, € 19,90 (ISBN: 978-3-446-44034-0)

di Maria Daniela Poli

Nell'attuale contesto della "Europa tedesca", come è stata efficacemente definita da Ulrich Beck (*Das deutsche Europa. Neue Machtlandschaften im Zeichen der Krise*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2012), il recente libro di Marcel Fratzscher, Presidente dell'Istituto tedesco per la ricerca economica di Berlino (*Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung – DIW Berlin*), costituisce un'importante riflessione critica sulla Germania, sul modello di stabilità che essa rappresenta (o ambisce a rappresentare) e sul suo ruolo all'interno dell'ordinamento comunitario. Trattasi di un'analisi lucida, disincantata e al contempo decisamente molto severa. Già di per sé interessante, oltre che di grande attualità, lo è ancora di più laddove si consideri che scaturisce dalla penna di un tedesco con il chiaro intento di incitare il proprio Paese a mutare atteggiamento per il bene dell'Europa e della stessa Germania.

Intitolato significativamente "L'illusione Germania" e sottotitolato "Perché sopravvalutiamo la nostra economia e abbiamo bisogno dell'Europa", il saggio si apre stigmatizzando negativamente l'euforia tedesca circa lo stato della propria economia, un'euforia che rende la popolazione arrogante, cieca ed indolente e, come tale, incapace di riconoscere le reali debolezze, di dare valutazioni oggettive, di scorgere le sfide del tempo e di trovare il coraggio e la determinazione necessari per assumere le decisioni più adeguate e opportune. La Germania presenta, in realtà, due

volti. L'uno, che suscita l'orgoglio nazionale, è quello di un Paese che ha raggiunto negli ultimi anni il *boom* economico e che ha attraversato brillantemente sia la crisi finanziaria globale sia la crisi europea dei debiti sovrani. L'altro, che lascia allibiti ed increduli, è quello di un Paese che dal 2000 è cresciuto meno della media della zona euro e che si trova in una situazione che non è poi tanto diversa da quella dei *Krisenländer*.

L'Autore cerca quindi di dissipare in maniera precisa e puntuale le tre illusioni dalle quali è pericolosamente dominata la Germania di oggi. La prima illusione è che ci troviamo al cospetto del secondo miracolo economico tedesco (*Die erste Illusion: Ein zweites deutsches Wirtschaftswunder*), la seconda che la Germania non ha bisogno dell'Europa e dell'euro (*Die zweite Illusion: Deutschland braucht Europa und den Euro nicht*) e la terza che l'Europa mira solo ai soldi tedeschi (*Die dritte Illusion: Europa will nur an Deutschlands Geld*). Ad ognuna di esse è dedicato uno specifico capitolo. L'indagine prende le mosse dalla trasformazione della Germania da "uomo malato d'Europa" (*the Sick Man of Europe* o, per usare la terminologia tedesca, *der kranke Mann Europas*), come era stata definita sulle pagine dell'*Economist* alla fine degli anni Novanta, a locomotiva economica. Ripercorre, dunque, i successi che essa ha ottenuto dal punto di vista dell'occupazione, delle esportazioni e del consolidamento del bilancio, mostrando come il quadro non sia così roseo come appare a primo acchito. Infatti, se è vero che la disoccupazione è calata da più di cinque milioni nel 2005 a meno di tre milioni nel 2014, il *Beschäftigungswunder* ovvero il miracolo occupazionale non è affatto privo di ombre. Ed infatti, le *chances* di ridurre ulteriormente nel prossimo futuro la disoccupazione sono per lo più scarse (per non dire nulle), si registra un aumento dei lavori *part-time* (con tutto ciò che ne deriva in termini di sottoccupazione), le condizioni di lavoro sono molto precarie e le retribuzioni basse. Tale assetto dovrebbe indurre ad essere più cauti nell'invocare il trapianto del modello tedesco, come è avvenuto in Italia con il *Jobs Act* del Governo Renzi. Inoltre, l'ineguaglianza nella distribuzione della ricchezza risulta particolarmente elevata: dall'applicazione del coefficiente di Gini emerge chiaramente come la disparità reddituale sia dagli anni Ottanta aumentata costantemente. A ciò si aggiunge che, se nel paragone con gli altri Stati europei la Germania gode sotto questo profilo comunque di buoni risultati, lo stesso non può dirsi ad uno sguardo più approfondito che tenga conto del patrimonio complessivo delle famiglie tedesche. L'Autore rammenta al riguardo che lo studio condotto nel 2013 dalla Banca centrale europea dimostra come i patrimoni privati tedeschi siano molto più bassi di quelli degli altri cittadini europei, il che è

quantomeno sorprendente se si considera che invece il reddito salariale è di regola più alto. La differenza giace nel fatto che pochi tedeschi possiedono un immobile di proprietà (secondo le stime solo il 38% a fronte del 70% di Spagna e Gran Bretagna). Anche in Germania esistono, poi, grossi divari tanto a livello territoriale tra Est ed Ovest tanto a livello sociale tra uomini e donne, tra lavoratori autonomi e dipendenti. Né l'introduzione nel 2013 da parte del Governo del salario minimo garantito pari ad 8,50 euro all'ora, sebbene sia di grande utilità, è in grado di mutare quest'assetto, perché da una parte non è di aiuto né per i disoccupati né per coloro che sono titolari dei cosiddetti *Minijobs* e dall'altra non riduce le diseguaglianze reddituali. Per quanto riguarda le esportazioni, esse costituiscono senza dubbio il più importante fattore dello sviluppo economico tedesco degli ultimi dieci anni, tant'è che la Germania può essere certamente definita *Exportweltmeister*. Dopo aver accennato brevemente alle critiche sollevate da parte degli altri Paesi della zona euro sul fatto che il successo delle esportazioni tedesche si sarebbe realizzato a loro svantaggio (critiche che mostrerà nel prosieguo di non condividere, non mancando tuttavia di sottolineare come il monitoraggio avviato dalla Commissione europea nel 2013 sul *surplus* commerciale tedesco debba essere tenuto in debita considerazione), l'Autore sottolinea come alla grande apertura dell'economia tedesca e all'eccellente reputazione dei prodotti *made in Germany*, che hanno consentito al sistema di approfittare della domanda proveniente dai mercati dell'Asia, dell'Europa orientale e del Sud America e di sopperire così al drastico calo del commercio nell'area europea, non faccia però da contraltare una maggiore produttività interna (soprattutto nel settore terziario), un aumento delle retribuzioni e dei consumi. Egli rammenta anche come un enorme tallone d'Achille della politica economica tedesca sia la mancanza di investimenti e come questa carenza non sia solo il frutto della crisi della finanza globale ma affondi le sue radici in un periodo anteriore: gli investimenti sono calati dal 23% all'inizio degli anni Novanta al 20% nel 2000 e ora si assestano su una quota pari al 17%, una quota inferiore alla media di tutti i Paesi facenti parte dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE). L'analisi si appunta, poi, sul carattere virtuoso dello Stato tedesco, del quale costituisce prova tangibile il suo bilancio. L'Autore evidenzia che – contrariamente a quanto spesso erroneamente si suppone – il consolidamento fiscale non è dipeso dalla riduzione della spesa pubblica. Ed infatti, il Governo tedesco nel 2009 ha messo in atto un vasto programma congiunturale per tutelare l'economia e un piano di salvataggio per le banche. Le ragioni vanno rinvenute piuttosto nella combinazione tra diversi fattori tra cui l'aumento

delle imposte e il miglioramento delle condizioni finanziarie in seguito alla riduzione del tasso di sconto da parte della Banca centrale europea e alla fuga dei capitali dai Paesi in crisi alla Germania. Ciò induce economisti e giuristi ad interrogarsi sul continuo ridimensionamento del *Welfare State* come misura ineluttabile per riportare il bilancio in pareggio. In ogni caso, se il *Bundesregierung* ha senz'altro il grande merito di aver realizzato e mantenuto un ponderato equilibrio tra l'esigenza di risanamento delle casse dello Stato e le misure di sostegno all'economia durante la crisi, la *Finanzpolitik* tedesca non è priva di punti deboli: il principale consiste nella notevole diminuzione degli investimenti pubblici. Inoltre, l'attuale saldezza del bilancio deve misurarsi con il cambiamento demografico che sta attraversando la società tedesca.

Smascherata la prima illusione, l'Autore, dopo aver riepilogato le motivazioni che furono alla base della creazione dell'euro e rievocato il dominio monetario della Germania e della *Bundesbank*, passa in rassegna i vantaggi che la moneta unica ha comportato, rimarcando come la Repubblica federale tedesca in virtù della forte dipendenza della sua economia dal commercio mondiale sia tra i Paesi che ne hanno fruito maggiormente («einer der größten Nutznießer des Euro»). L'utilità dell'Europa e dell'euro non è, tuttavia, un semplice ricordo del passato, ma è al contempo attuale e futura. Il marco non avrebbe, invero, alcuna *chance* di porsi come moneta globale accanto al dollaro e al renminbi cinese. Parimenti il peso che la Repubblica federale tedesca potrebbe avere da sola nel contesto internazionale sarebbe pressoché nullo come appare evidente se solo si pensa alle dimensioni di Paesi emergenti quali la Cina, l'India, il Brasile e l'Indonesia. Ne consegue che l'unico modo che la Germania ha per far sentire e pesare la propria voce nelle decisioni internazionali è attraverso la sua partecipazione ad un'Unione europea forte e comune. Peraltro, «Gerade für Deutschland, das wie kein zweites Land in Europa durch seine Offenheit auf die Weltwirtschaft angewiesen ist, ist ein gemeinsames, starkes Europa von existenzieller Bedeutung». Con riferimento al ruolo della Germania nell'Europa della crisi, l'Autore in primo luogo sgombra il campo dagli inutili preconcetti che regnano sovrani. La Repubblica federale tedesca non è responsabile né dei problemi economici degli altri Paesi dell'Unione europea né delle politiche di *austerity*. La tecnica del capro espiatorio è tipica dei periodi di crisi e facilita l'accettazione di riforme impopolari. C'è, tuttavia, qualcosa di vero nel biasimo che si leva nei confronti della Germania: la fallimentare politica europea per la crisi, contraddistintasi per l'adozione di provvedimenti minimali e per la mancanza di un piano di lungo periodo, è di impronta tedesca: è la «Strategie der kleinen Schritte». Tuttavia,

la convinzione che serpeggia tra i tedeschi è un'altra: la Germania avrebbe assunto più rischi degli altri e sostenuto i costi più pesanti di questa situazione. La realtà, però, è molto diversa: la Germania non è la vittima della politica europea della crisi, ma il suo più importante architetto e uno dei suoi maggiori beneficiari. Anche la politica della Banca centrale europea, osteggiata sia dalla *Bundesbank* sia dal *Bundesverfassungsgericht* nella sua recente discutibile decisione sull'*Outright Monetary Transactions* con la quale ha operato il suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, non è contraria agli interessi tedeschi. L'atteggiamento tedesco, al pari di quello speculare ma opposto dei Paesi colpiti dalla crisi, rischia di creare una spaccatura politica in Europa e rendere ancora più difficile il dialogo sul suo futuro. Nel discorso affiorano inevitabilmente alcune problematiche oggetto di intenso dibattito costituzionalistico: in particolare, la questione della neutralità ed indipendenza della Banca centrale europea e quella del rapporto tra Corti costituzionali interne e Corte di giustizia dell'Unione europea. Dissipate le illusioni, Marcel Fratzscher ammonisce che alla sua Nazione compete una particolare responsabilità per l'Europa per un triplice ordine di ragioni: la sua dimensione e il suo ruolo all'interno dell'ordinamento comunitario, la sua storia e la sua posizione centrale, la sua attuale forza e stabilità economico-politica. Essa è «das einzige Land, das Europa nachhaltig aus der wirtschaftlichen wie auch politische Krise ziehen kann». Partendo da questo presupposto, afferma che l'unica via per fronteggiare la difficile congiuntura che stiamo vivendo è operare un salto di qualità nel processo di integrazione europea. Quindi – richiamate le tesi del *Glienicker Gruppe*, un gruppo di intellettuali tedeschi uniti contro l'antieuropeismo dilagante (di cui egli stesso fa parte insieme ad Armin von Bogdandy, Christian Callies, Henrik Enderlein, Clemens Fuest, Franz C. Mayer, Daniela Schwarzer, Maximilian Steinbeis, Constanze Stelzenmüller, Jakob von Weizsäcker, Guntram Wolff), sul principio di autoresponsabilità e solidarietà nonché sul principio dello Stato di diritto democratico ai tempi della crisi – propone una «europapolitische Agenda für Deutschland», divisa in dieci punti, a loro volta raggruppabili in tre rami di azione politica: 1) la locomotiva economica tedesca dovrebbe essere di impulso e di sostegno per il superamento della crisi che affligge l'Europa; 2) la Germania dovrebbe predisporre insieme agli altri membri dell'Unione europea un piano di investimenti per creare le condizioni per una crescita e uno sviluppo duraturi; 3) il nuovo Governo della Repubblica federale dovrebbe perseguire una più attiva politica europea volta al rafforzamento del processo di integrazione attraverso un riordinamento delle sue strutture istituzionali e la costruzione di

più solide fondamenta. Passaggi indispensabili ed imprescindibili in tal senso sono il completamento dell'unione bancaria, la creazione di un'unione fiscale, l'istituzione di «eine europäische Wirtschaftsregierung» capace di assumere decisioni autonome e titolare di un proprio bilancio e il conferimento della necessaria legittimazione democratica al Parlamento europeo.

Insomma – conclude Marcel Fratzscher – l'Europa è ad un bivio. La Repubblica federale tedesca e il suo Governo hanno a causa della crisi, come raramente è avvenuto in passato, la *chance* storica ma anche l'enorme responsabilità di plasmare il futuro dell'Europa.



ISSN 2037-6677

2014/4

ADR mechanisms in the English legal system

El arbitraje en el ordenamiento inglés

Mercedes de Prada Rodríguez, Roberto Muñoz Rojo

Abstract

This article suggests a comprehensive analysis of ADR mechanisms in England and Wales, as it is based on a thorough study of the relevant case law, as well as the 1998 Civil Procedure Rules. In particular, after having discussed the juridical nature of ADR mechanisms (and their effects “*inter privatos*”), the Authors focus on the structural and procedural aspects of these mechanisms, underlining their main strengths. Furthermore, peculiar relevance is given to the legal nature, structure and enforcement of arbitrary awards, as well as to the possibility to challenge them.

ADR - arbitrary awards - enforcement - National Courts - *inter partes* validity



El arbitraje en el ordenamiento inglés

di Mercedes de Prada Rodríguez
Roberto Muñoz Rojo

SUMARIO: 1. – Introducción. 2. – El arbitraje como mecanismo privado y confidencial de resolución de conflictos. 3. – El convenio arbitral: 3.1 – Presupuestos del convenio. 3.2 – Los efectos del convenio. 4. – Los árbitros y su regulación: 1. Nombramiento y aceptación. 2. – La sustitución del árbitro. 5. – El procedimiento arbitral y la colaboración jurisdiccional: 1. – La regulación del proceso. 2. – La colaboración y supervisión de los tribunales nacionales. 6 – El laudo arbitral: 1. – Contenido y requisitos. 2. – Los efectos del laudo en la jurisdicción del tribunal arbitral. 7 – La impugnación del laudo. 1. La apelación del laudo. 2. La impugnación. 3. Los efectos de la apelación e impugnación del laudo. 8 – El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral: 1. El procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo. 2. La ejecución de los laudos nacionales. 3. La ejecución de los laudos extranjeros

1. – Introducción

En Inglaterra y Gales, la mayoría de los conflictos no llegan a resolverse en la jurisdicción ordinaria, sino que, en general, se resuelven en una fase previa o durante

el transcurso del procedimiento mediante la utilización de los denominados medios alternativos de resolución de disputas o ADR, *Alternative Dispute Resolution*¹. La importancia de los ADR se ve reconocida a través de las disposiciones del *Civil*

Procedure Rules 1998 (CPR), que regula el proceso civil inglés (en vigor desde el 26 de abril de 1999)². A través de estas normas se sistematiza y promueve específicamente la práctica de mecanismos de resolución de conflictos. También desde la jurisprudencia de los tribunales se ha fomentado su utilización en perjuicio de los medios tradicionales de resolución de disputas³.

La flexibilidad, confidencialidad y, en ocasiones, su mayor simplicidad, rapidez y menor coste, son las principales virtudes de los ADR, si bien estas notas características no responden a todos por igual. Los ADR son una adecuada solución para «evitar el trauma de un procedimiento judicial»⁴, razón por la se ha implementado su uso en el sistema judicial inglés y se ha fomentado por los tribunales como herramienta para evitar el litigio en la medida de lo posible. No obstante, los ADR también llevan asociados ciertos inconvenientes, tales como: el aumento de los honorarios causados por los terceros que intervienen en el conflicto (por ejemplo, los mediadores o los árbitros) o el tiempo que consumen estos medios de resolución, con la desventaja frente a la jurisdicción ordinaria al no siempre poner fin a la disputa.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, “Diez años de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (II): balance y propuestas de mejora de los procesos de ejecución y especiales”.

² El Comité de Normas Procesales Civiles, ‘*Civil Procedure Rule Committee*’, está facultado para crear normas reguladoras de la práctica del proceso vinculantes para los tribunales civiles. Esta atribución tiene por objeto crear normas que garanticen un sistema judicial civil accesible, justo y eficiente. El CPR regula las actuaciones ante el *County Court*, el *High Court* y la Sala de lo Civil de la *Court of Appeal*. Está disponible electrónicamente en: www.justice.gov.uk/civil/procrules

³ Lord Woolf afirma en “Mediation in Arbitration in the Pursuit of Justice”, *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays*, J.C. Betancourt & J.A. Crook (eds), Authorshouse, 2014, págs. 517-518, que la litigación es altamente destructiva, de manera que ninguna persona con la sensibilidad necesaria disfruta litigando; por lo tanto, las partes resultan beneficiadas si se evita el proceso judicial.

⁴ Según Lord Phillips, en “Alternative Dispute Resolution: An English viewpoin”, *Arbitration - The international journal of arbitration, mediation and dispute management*, Alternative Dispute Resolution: An English viewpoint”, *Arbitration - The international journal of arbitration, mediation and dispute management*, Vol. 74, no. 4, 2008, pág. 406, de no estar preparado para sufrir el trauma que conlleva la resolución judicial de un conflicto los ADR son, en efecto, la única alternativa.

Dentro de los diversos tipos de ADR se encuentran métodos muy heterogéneos cuya regulación, procedimiento y efectos difieren entre sí. En el ordenamiento inglés, existen dos categorías de ADR: los vinculantes, *adjudicative*, es decir, aquellos que tienen como resultado una decisión vinculante dictada por una tercera parte neutral, como es el arbitraje; y los no vinculantes, *non-adjudicative*, que sencillamente promueven el libre entendimiento de las partes con el afán de que éstas alcancen un acuerdo⁵, como: la conciliación o la mediación.

2. – El arbitraje como mecanismo privado y confidencial de resolución de conflictos.

El arbitraje, considerado como el máximo exponente de los métodos de ADR vinculantes y coercitivos, es un medio privado y confidencial de resolución de disputas elegido por las partes en conflicto. El arbitraje es una alternativa real y efectiva a la jurisdicción ordinaria⁶. Los litigantes podrán elegir entre un arbitraje *institucional*, con un reglamento que, a falta de acuerdo en contrario de las partes, regirá el procedimiento arbitral, regulado por la *lex arbitri*; o un arbitraje *ad hoc*, es decir, cuando deciden someter a arbitraje una disputa específica, sin estar sujeta al reglamento y protección de ninguna institución arbitral, siendo responsables las partes y, en su defecto, el árbitro, de la dirección y regulación del proceso.

Podemos definir el arbitraje como un procedimiento confidencial y privado de resolución de disputas, en el que la voluntad y autonomía de las partes adquieren su máximo reconocimiento. Así, por ejemplo, pueden elegir a los árbitros que, sin pertenecer a ninguna estructura estatal, resolverán las controversias existentes, emitiendo una sentencia arbitral o laudo, que será vinculante y definitiva. De hecho, el arbitraje está considerado como el foro idóneo y natural para la resolución de

⁵ J. D.M. Lew, H. Bor, G. Fullelove, & J. Greenaway, en *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, Wolters Kluwer, 2013, pág. 36, ponen de manifiesto las ventajas de los métodos de resolución de disputas no vinculantes, frente a los adjudicativos o vinculantes. A modo de ejemplo, los autores destacan la mayor flexibilidad del proceso, el mayor grado de cumplimiento voluntario sobre lo pactado y el incremento de la probabilidad de continuar amigablemente con las relaciones entre las partes.

⁶ J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, & S. M. Kröll, en *Comparative International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2003, pág.1.

disputas comerciales de carácter internacional⁷. Otra de las principales características del arbitraje es su finalidad porque el laudo que se dicte en el proceso arbitral se deberá considerar como firme, decisivo y vinculante para las partes. Así, quien haya resultado vencida en el proceso arbitral podrá optar exclusivamente por: cumplir con lo dispuesto en el laudo, intentar que no se ejecute o tratar de impugnarlo y anularlo en circunstancias muy limitadas y sin poder realizar una revisión sobre el fondo del mismo⁸.

Por otra parte, el arbitraje se podrá catalogar como nacional cuando todas las partes sean nacionales o tengan su residencia habitual en el Reino Unido, la sede del arbitraje sea el propio Reino Unido y el proceso arbitral y el objeto de la disputa estén regulados por ley inglesa; en otras palabras, cuando todos los elementos principales del arbitraje sean *nacionales*⁹. Por el contrario, cuando alguno de esos elementos principales se considere extranjero nos encontraremos ante un arbitraje internacional. En la práctica, sin embargo, no hay diferencias sustanciales entre la regulación de los dos tipos de arbitraje¹⁰.

Inglaterra, en lugar de adoptar la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) sobre arbitraje Comercial Internacional de 1985 –como así lo han hecho un gran número de jurisdicciones–, prefirió, apoyada por el Informe emitido por el Department Advisory Committee on Arbitration Law (DAC) sobre el proyecto de ley de arbitraje¹¹, modificar la normativa ya existente reguladora del proceso arbitral en

⁷ De entre todas las instituciones de arbitraje comercial, cabe destacar la Cámara de Comercio Internacional (ICC) o la London Court of International Arbitration (LCIA), cada una con su propio reglamento.

⁸ No obstante, en la gran mayoría de los casos, las partes optan por cumplir con el laudo dictado, tal y como recoge la encuesta conjunta realizada, en 2008, por el School of International Arbitration de la Universidad Queen Mary y por PwC, en un porcentaje de un 84% de los casos, las partes acatan voluntariamente lo dictado en el laudo.

⁹ En el caso de personas jurídicas, cuando estén incorporadas o tengan su centro de control y administración en el referido territorio.

¹⁰ Algo que no ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento francés porque los requisitos para la validez del convenio arbitral varían dependiendo de si se trata de un arbitraje nacional o internacional.

¹¹ The Departmental Advisory Committee on Arbitration (DAC) Report on Arbitration Bill 1996, febrero 1996, que en ocasiones utilizan los tribunales como guía para la interpretación de la EAA.

Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte¹² –excluyendo a Escocia, que tiene su propia ley de arbitraje– lo que dio origen a la English Arbitration Act 1996 (EAA).

La EAA es la normativa reguladora del arbitraje en Inglaterra, junto con la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, la Parte 62 del CPR y la Practice Direction 62¹³.

La Convención de Nueva York¹⁴, que regula los requisitos mínimos sobre la validez del convenio arbitral y sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, se considera como uno de los instrumentos legales más exitosos de nuestra era, al agrupar por el momento a 150 Estados signatarios bajo un mismo marco legal; con la finalidad principal de “evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales”. Ello, sin duda, ha sido una de las principales razones de la extensión en el uso del arbitraje como medio de resolución de disputas. El CPR solo será aplicable en aquellas ocasiones en que los litigantes soliciten auxilio judicial a los órganos jurisdiccionales ingleses en relación a un proceso arbitral, en los procesos de impugnación y apelación del laudo o cuando se pretenda su reconocimiento y ejecución. En este último caso, el reconocimiento y ejecución deberá cumplir con los requisitos expuestos en la Convención de Nueva York.

El ámbito de aplicación de la EAA se limita a aquellos supuestos en que la sede o lugar de arbitraje, *locus arbitri*, es Inglaterra y Gales o Irlanda del Norte (ss. 2(1) y 53 EAA)¹⁵. Por “sede” se entiende el lugar, generalmente, elegido por las partes,

¹² En opinión de J. Hill, en “Onward appeals under Arbitration Act 1996”, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 31, no. 2, 2012, pág. 212, la Ley de 1996 es un gran logro merecedora de reconocimiento, porque mejoró considerablemente el marco jurídico regulador del arbitraje en Inglaterra, en comparación con sus predecesoras.

¹³ Directriz Práctica, que desarrolla pormenorizadamente el contenido de cada Parte correspondiente del CPR.

¹⁴ El Reino Unido ratificó la Convención de Nueva York, en 1975, año en el que también se publicó la Arbitration Act 1975.

¹⁵ En suma, podemos afirmar que el arbitraje necesita de una jurisdicción. Frente a esta posición, se encuentran los promotores de la teoría de la deslocalización del arbitraje, con J. Paulsson, como referente, quien argumentó en “Arbitration Unbound: Award Detached From The Law Of Its

donde se desarrolla jurídicamente el arbitraje. A falta de acuerdo específico, se ocupará la institución arbitral o cualquier persona facultada o investida por las partes con poderes suficientes en ese sentido o por el tribunal arbitral, teniendo en consideración el acuerdo entre las partes y demás circunstancias (EAA s. 3). Por tanto, cabe diferenciar la sede del arbitraje del lugar donde, por ejemplo, se desarrollan las vistas, que podrá transcurrir en sitios diferentes; de ahí que se catalogue el *locus arbitri* como una ficción jurídica. De esta forma, podemos advertir la importancia que tiene la sede en el arbitraje, dado que puede conllevar derechos – posiblemente ignorados por las partes– como los recogidos en la EAA y, por ello, se debe prestar especial precaución y cautela en la redacción de este tipo de convenios o cláusulas en la práctica forense.

El factor más determinante a la hora de elegir el lugar del arbitraje es el marco legal de la jurisdicción que comprende la ley de arbitraje, la posición de los tribunales sobre la ejecución de los laudos y su imparcialidad e independencia¹⁶. Londres, junto con la ley inglesa, es una de las opciones preferidas por las partes¹⁷.

Para poder comenzar el proceso arbitral, el acuerdo de sumisión a arbitraje de disputas presentes o futuras deberá ser válido¹⁸, es decir, que las partes hayan sometido a arbitraje una materia susceptible de ser resuelta en un procedimiento arbitral¹⁹, que hubiese mediado capacidad y consentimiento suficiente y se hubieren cumplido con los requisitos del convenio arbitral recogidos en la s. 5 EAA²⁰.

Country Of Origin”, *30 International and Comparative Law Quarterly*, 1981, pág. 358 y en “Delocalization Of International Commercial Arbitration: When And Why It Matters”, *32 International and Comparative Law Quarterly*, 1983, págs. 53-61, que el arbitraje debería estar regulado por normas transnacionales, en lugar de meramente nacionales, sin que tuviera que estar afectado por la legislación nacional, por lo que la sede donde se desarrollase el arbitraje devendría irrelevante.

¹⁶ Queen Mary School of International Arbitration & White & Case “2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration”, 2010,

<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2010/index.html>, pág. 18.

¹⁷ Según la encuesta realizada por Queen Mary School of International Arbitration & White & Case “2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration”, *op. cit.*, págs. 14 y 19, Londres es la sede o lugar más habitual (30%), a diferencia de otras como: Ginebra (9%), París (7%) o Nueva York (6%). Igualmente, la encuesta refleja que la ley inglesa se erige como la ley aplicable preferida por las empresas (40%), frente a la ley de Nueva York (17%) o la francesa (6%).

¹⁸ Conviene destacar que, en aplicación de la doctrina de la separabilidad, recogida en EAA, s. 7, el acuerdo arbitral se considera autónomo e independiente del contrato principal, de manera que los vicios en que éste pudiera incurrir no afectan inmediatamente a la validez o existencia del acuerdo arbitral.

¹⁹ De esta forma, como destaca J. D. M Lew, H. Bor, et all en *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, Kluwer Law International, 2013, pág. 399: “No todas las disputas podrán

3 – El convenio arbitral

3.1 – Presupuestos del convenio arbitral

El inicio del proceso arbitral comienza con el acuerdo por escrito entre las partes de someter a arbitraje todas sus diferencias o determinadas disputas, contractuales o no contractuales, que hubieren surgido o pudieran surgir entre ellas. A este pacto contractual se le conoce como “convenio arbitral”²¹ (s. 6.1 EAA). El compromiso podrá adoptar la forma de una cláusula de sumisión a arbitraje incorporada a un contrato o de un acuerdo independiente (s. 6.2 EAA)²². La EAA no impone mayores restricciones, por lo que se consagra el principio de libertad de forma. En todo caso, se trata de un contrato por lo que quedará supeditado a las normas generales de los contratos en todo aquello no previsto expresamente por la EAA. Asimismo, como todo acuerdo contractual, su validez está sujeta al cumplimiento de requisitos formales y materiales. Lo anterior es de suma importancia, dado que la jurisdicción del tribunal arbitral dependerá de la validez del convenio.

De entre todos los requisitos formales, el más importante es la necesidad de que el convenio arbitral sea un “acuerdo por escrito”. La sección 5.1 EAA condiciona la aplicación de la ley al cumplimiento de este requisito, que se entenderá satisfecho siempre y cuando el compromiso se realice por escrito (siendo irrelevante que contenga la firma de las partes), conste en un intercambio de comunicaciones

someterse a arbitraje. En determinados casos, el principio de la autonomía de parte deberá dar paso a las normas de aplicación inmediata y al orden público nacional. En esas circunstancias, el tribunal arbitral carecerá de jurisdicción para resolver la disputa, independientemente de lo que las partes hayan acordado. En definitiva, la disputa no se considerará ‘arbitrable’”.

²⁰ El principal requisito formal que debe cumplirse es que el acuerdo o la cláusula contractual de sumisión a arbitraje deberá estar por escrito o evidenciada por escrito o, a falta de los anteriores, cuando las partes se hayan sometido a la jurisdicción arbitral, al no impugnar la validez del convenio arbitral (sumisión tácita). En este sentido, los requisitos de la EAA son más latos que los fijados en la Convención de Nueva York (artículo II).

²¹ En opinión de J. D. M., Lew, L. A. Mistelis, & S. M. Kröll, en *Comparative International Commercial Arbitration, op. cit.*, pág. 131, la función de los requisitos formales es asegurar que las partes se han sometido efectivamente a la jurisdicción del tribunal arbitral (función interna) y demostrar su consentimiento a arbitrar (función externa).

²² El artículo II.1 de la Convención de Nueva York establece que: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

escritas, o se deje constancia del mismo por escrito (s. 5.2 EAA). Igualmente, se cumple el requisito cuando las partes se hubieran comprometido de cualquier otra forma que no sea escrita, siempre que hiciesen referencia a términos que constan por escrito (s. 5.3 EAA)²³. El acuerdo será por escrito cuando el convenio arbitral haya sido documentado por las partes o por un tercero (s. 5.4 EAA). Finalmente, el requisito será satisfecho cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación, en un procedimiento arbitral o judicial, la existencia del compromiso – no formalizado por escrito– sea afirmada por una parte y no negada por la otra (s. 5.5 EAA).

Una vez satisfechos los requisitos formales, se deberá comprobar el cumplimiento de los requisitos materiales, esto es: que las partes tienen capacidad suficiente, la disputa (o disputas) comprendida en el acuerdo de sumisión es susceptible de ser resuelta por arbitraje y que, efectivamente, tuvo lugar el compromiso de sumisión a arbitraje –por el que se renunció a la competencia de los tribunales nacionales. En relación a este último, mención especial merece la reciente decisión del *Supreme Court*, en *Dallah*²⁴, en la que el Alto Tribunal se negó a ejecutar un laudo al concluir que no existió voluntad de las partes en someterse al convenio arbitral. El caso se remonta a 1995, cuando *Dallah* firmó un *memorandum of understanding* con el gobierno pakistaní para facilitar el alojamiento a los nacionales pakistaníes que peregrinaran a la Mecca. Con posterioridad, el gobierno de Pakistán fundó un *trust*, con el que *Dallah* firmó el acuerdo definitivo en 1996, en el que se contenían los términos que anteriormente habían sido negociados con Pakistán. En 1997, ya disuelto el *trust*, un representante del gobierno se puso en contacto con *Dallah* para dar por finalizado el contrato. En 1998, comenzó un arbitraje en Francia bajo los auspicios del ICC. El tribunal arbitral condenó al gobierno de Pakistán.

²³ El único requisito impuesto es que el convenio arbitral conste por escrito, de manera que de demostrarse que la cláusula de sumisión a arbitraje está inserta en un contrato por escrito, “el consentimiento oral de una parte al contrato es suficiente”: *Zambia Steel & Building Supplies Ltd c. James Clark & Eaton Ltd* [1986] 2 *Lloyd's Rep* 225. Los tribunales ingleses se han mostrado susceptibles ante la posibilidad de que una mera referencia genérica a las disposiciones de otro contrato, entre las cuales se encuentre el acuerdo de sumisión a arbitraje, se considere un “acuerdo por escrito”. En efecto, el tribunal falló en *Trygg Hansa c. Equitas* [1998] 2 *Lloyd's Rep* 439 que, a falta de una referencia específica a la cláusula arbitral del contrato principal, la referencia genérica a las disposiciones de un contrato no es suficiente.

²⁴ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46.

Dallah intentó la ejecución del laudo en Francia y en Inglaterra. Pakistán se opuso a la ejecución en Inglaterra e impugnó el laudo en Francia, al alegar que no se le podía considerar como parte del convenio arbitral. *Dallah* reconoció que Pakistán no era un signatario del convenio arbitral, sin embargo, argumentó que el *trust* con el que firmó el acuerdo definitivo se trataba del *alter ego* del gobierno pakistaní o, en todo caso, una vez disuelto éste, Pakistán se había subrogado en su posición. Sin embargo, el *Supreme Court* concluyó que Pakistán no había prestado su consentimiento a someterse a la jurisdicción del tribunal arbitral y, por lo tanto, denegó la ejecución del laudo. Si bien el contrato no especificaba la ley aplicable al convenio arbitral, el *Supreme Court* decidió que ésta sería la ley francesa, en la medida que Francia era el lugar del arbitraje. La ley francesa exige la existencia de una intención común de vincular a una de las partes al convenio arbitral, que será determinada en atención a la actitud de éstas durante la fase negocial, la ejecución del contrato y su terminación. No obstante, el hecho de que el contrato definitivo se firmase con el *trust* y no con el gobierno pakistaní fue determinante en la decisión. El caso generó un gran debate porque el tribunal de apelación en Francia ante la solicitud de impugnación del laudo falló en sentido opuesto, al concluir que el gobierno de Pakistán se trataba, efectivamente, de una parte del convenio arbitral²⁵.

Por último, el convenio arbitral deberá estar redactado de forma clara y precisa, de manera que no surjan dudas sobre las partes involucradas, la relación jurídica concreta sometida a arbitraje o sobre la institución arbitral encargada del proceso. En suma, de la redacción del convenio arbitral depende que éste pueda desplegar sus efectos jurídicos.

En la jurisdicción inglesa, los tribunales tienen una larga tradición de apoyo y respaldo a la institución arbitral. En general, los tribunales intentarán ejecutar los acuerdos de sumisión a arbitraje, siempre que sea posible. A modo de ejemplo, podemos señalar que en, *Arab-African Energy Corp*, el tribunal ejecutó una cláusula que rezaba escuetamente: «Ley inglesa – arbitraje de existir Londres, conforme al Reglamento del ICC»²⁶. Asimismo, en *Paul Smith*, en un caso en el que en el contrato

²⁵ El tribunal francés consideró la actitud e involucración del gobierno Pakistaní en la fase precontractual y su papel activo durante todo el contrato como muestras evidentes de que la creación del *trust* fue meramente instrumental y, por lo tanto, el gobierno era efectivamente una parte del convenio arbitral.

²⁶ *Arab-African Energy Corp c. Olieprodukten Nederland, B.V.*, (1983) 2 *Lloyd's L. Rep* 419.

recogía dos cláusulas de elección de foro contradictorias, una a favor de los tribunales ingleses y otra del ICC, el tribunal inglés concluyó que la disputa se debía resolver por arbitraje y que la mención al foro inglés era solo para designar la *lex arbitri*²⁷. Por último, en *Fiona Trust*, en opinión del *Supreme Court*, cuando se trate de empresarios se deberá presumir que han acordado someter cualquier controversia que pudiera surgir a un único tribunal²⁸.

3.2 – Los efectos del convenio arbitral

En cuanto a los efectos que produce el convenio arbitral, cabe diferenciar entre su efecto positivo y negativo. Gracias al efecto positivo, los tribunales arbitrales podrán decidir sobre su propia competencia, en aplicación de la doctrina conocida como *Kompetenz-Kompetenz*. Esta doctrina es la solución pragmática de la doctrina arbitral al problema relativo a la capacidad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia²⁹. De otro modo, si las partes fueran capaces de sortear la institución arbitral por la mera alegación de nulidad del convenio arbitral (por lo que el tribunal arbitral carecería de jurisdicción), la eficacia de este medio de resolución de disputas quedaría en entredicho. Por el contrario, en aquellas situaciones en las que se dude de la validez del convenio arbitral, que, a la sazón, sirve de apoyo a la jurisdicción del tribunal arbitral, podrá no obstante resolver si es competente o no. Esta es la razón por la que se ha catalogado a la doctrina como una “ficción jurídica”³⁰. En este sentido, la sección 9(4) EAA dispone que los tribunales ingleses deberán suspender el proceso a expensas de que concluyan que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. La doctrina de la separabilidad o autonomía del convenio arbitral potencia el referido efecto positivo. Según lo dispuesto por esta doctrina, la nulidad del contrato principal no afectará a la validez del convenio

²⁷ *Paul Smith Ltd c. H&S International Holding Inc* [1991] 2 *Lloyd's Rep* 127.

²⁸ *Fiona Trust and Holding Corporation and Others c. Yuri Privalov and Others under name of Premium Nafta Products Ltd (20th Defendant) & Others c. Fili Shipping Co Ltd (14th Claimant) & Others* [2007] UKHL 40.

²⁹ J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, & S. M. Kröll, en *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pág. 332.

³⁰ S. Brekoulakis, elocuentemente señala en “The Negative Effect of Compétence- Compétence: The Verdict has to be Negative”, disponible electrónicamente en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325, pág. 13, que, en sentido estricto, un convenio arbitral cuya validez esté en tela de juicio no debería bastar para otorgar competencia al tribunal arbitral. Sin embargo, existen razones de peso que ineludiblemente conllevan al reconocimiento de ese poder.

arbitral, del mismo modo que la nulidad de éste no conllevará la automática nulidad de aquél (s. 7 EAA). La autonomía del convenio arbitral afectará a la decisión que alcance el tribunal arbitral, en el ejercicio de la facultad otorgada en aplicación de la doctrina *Kompetenz-Kompetenz*. El efecto negativo del convenio arbitral limita la intervención de los tribunales nacionales, evitando así el inicio de demandas judiciales que pudieran obstaculizar el correcto funcionamiento del proceso arbitral.

La EAA reconoce la jurisdicción de los tribunales nacionales en diversas secciones. La sección 72 resulta de aplicación cuando una persona, en principio parte del convenio arbitral pero que no forme parte del proceso arbitral, solicita al tribunal inglés que se pronuncie sobre la validez del acuerdo de sumisión a arbitraje; la sección 32 surtirá sus efectos cuando haya comenzado el proceso arbitral y una de las partes desee impugnar la existencia o validez del convenio arbitral, que otorgue jurisdicción al tribunal arbitral.

No obstante, la jurisdicción del tribunal arbitral prevalece sobre la de los órganos jurisdiccionales nacionales. En efecto, el efecto negativo del convenio arbitral quedó refrendado por la jurisprudencia en el referido fallo de *Fiona Trust*³¹, el tribunal subrayó que: «Resulta acertado que los árbitros sean los primeros en considerar si tienen jurisdicción para resolver la disputa». En esas circunstancias, aunque la sección 72 [EAA] contempla que la parte que no intervenga en el proceso arbitral podrá plantear ante el tribunal nacional «si existe un convenio arbitral válido», el tribunal nacional debería, en virtud de la sección 1(1) de la Ley, actuar con suma cautela al aceptar utilizar ese proceso. Al dar prioridad al tribunal arbitral frente a los órganos jurisdiccionales nacionales, en *Fiona Trust*, el tribunal no sólo reconoció el efecto positivo, sino también el efecto negativo del convenio arbitral³².

4 . – Los árbitros: regulación

4.1 – Nombramiento y aceptación

³¹ *Fiona Trust and Holding Corporation and Others c. Yuri Privalov and Others under name of Premium Nafta Products Ltd (20th Defendant) & Others c. Fili Shipping Co Ltd (14th Claimant) & Others* [2007] UKHL 40.

³² En opinión de S. Brekoulakis, en “The Negative Effect of Competence- Competence: The Verdict has to be Negative”, *op. cit.*, págs. 12 - 13, mientras que el efecto positivo de la doctrina se acepta como una teoría esencial que garantiza la autonomía del proceso arbitral, el efecto negativo debe rechazarse, en la medida en que se trate de un esfuerzo injustificado de expandir la esfera de actuación del arbitraje en perjuicio de los tribunales nacionales.

Una de las principales ventajas que presenta el arbitraje frente a otros medios de resolución de conflictos es el conocimiento técnico y experiencia que ostentan los árbitros en relación a la materia sobre la que versa la controversia. El conocimiento técnico del árbitro, por lo tanto, se erige como un factor clave en su nombramiento, pero también, su reputación, experiencia previa en otros arbitrajes, disponibilidad para viajar, imparcialidad e independencia o el conocimiento de idiomas podrán ser igualmente decisivos. A modo ilustrativo, algunos de los principales factores que las partes tendrán en consideración a la hora de nombrar a “su” árbitro son: la actitud abierta y comprensiva del árbitro (66%), la experiencia previa en otros arbitrajes (58%), la calidad de sus laudos (56%), la disponibilidad del árbitro (55%), su reputación (52%), el conocimiento de la ley aplicable al contrato o al proceso arbitral (51%) o la experiencia en la industria o negocio (42%)³³.

La elección del árbitro podrá depender de la institución arbitral o de las partes del convenio arbitral, que gozan de total libertad en su nombramiento, siempre y cuando, el candidato no presente incompatibilidades con el ejercicio de su cargo³⁴. El árbitro no deberá ser necesariamente un jurista o profesional jurídico³⁵, sino que otros profesionales cualificados también podrán ser nombrados en calidad de árbitro³⁶.

El tribunal arbitral estará generalmente compuesto por uno o tres árbitros. Las partes son libres para acordar el número de árbitros que compondrán el tribunal

³³ El estudio de Queen Mary School of International Arbitration & White&Case, “2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration”, *op. cit.*, pág. 26.

³⁴ Queen Mary School of Law & White&Case, “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”, págs. 5-6, disponible electrónicamente en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2012/index.html>, recoge que, en el caso de un único árbitro, la práctica habitual consiste en que éste sea elegido por un acuerdo entre las partes (54%), frente a la posibilidad de que sea la institución quien lo lleve a cabo (27%). Por el contrario, los casos de un tribunal arbitral formado por tres miembros, las partes prefieren elegir a “su” árbitro unilateralmente (76%). Para ello, las reuniones previas al nombramiento del árbitro están consideradas convenientes en todas o la mayoría de las situaciones (86%).

³⁵ Los jueces podrán aceptar el nombramiento como árbitro, sujeto a ciertas condiciones (s. 93 EAA).

³⁶ La decisión dependerá exclusivamente de las partes. Como recoge M. Rubino-Sammartano, en *International Arbitration. Law and Practice*, Kluwer Law International, 2001, pág. 321, aquellos que, careciendo del conocimiento jurídico, sean expertos en el negocio, presentan la ventaja de poder identificar los problemas con mayor rapidez, sin que la complejidad de los argumentos jurídicos le puedan llevar a equívoco. Por el contrario, el arbitraje como medio de resolución de disputas requiere de un conocimiento legal y jurídico que ayude a los árbitros a desempeñar su función judicial, por lo que no se debería renunciar a él.

arbitral³⁷. Sin embargo, si no hubiese ningún acuerdo a este respecto, se entenderá que el tribunal estará formado por un único árbitro. Salvo que las partes dispongan lo contrario, del acuerdo por el que se nombren a dos árbitros (o cualquier otro número par) se deducirá la intención de las partes de nombrar a otro árbitro que actuará como presidente (s. 15 EAA). La EAA consagra también la libertad de las partes para acordar el procedimiento para el nombramiento. No obstante, a falta de acuerdo, la ley fija un procedimiento por defecto. De constituirse el tribunal con un único árbitro, las partes deberán nombrarlo conjuntamente en el plazo de 28 días desde la notificación de la solicitud por escrito de una de las partes. Si se compusiese de dos árbitros, cada parte nombrará a un árbitro en el plazo de 14 días desde la notificación de la solicitud por escrito de una de las partes. Finalmente, si la disputa se fuera a decidir por un tribunal de tres árbitros, cada parte deberá nombrar a un árbitro en el plazo de 14 días desde la notificación de la solicitud por escrito de una de las partes, y los dos árbitros nombrarán al tercero como presidente del tribunal (s. 16 EAA). Sin embargo, en algunas ocasiones, nos podremos encontrar con una parte que no muestre intención de participar en el proceso. En esos casos, si el proceso fracasase o el juez anulase el nombramiento de un árbitro, las partes podrán nuevamente acordar el procedimiento a seguir. A falta de acuerdo, cualquiera de las partes del convenio arbitral podrá solicitar al juez que decida sobre la cuestión (s. 18 EAA).

La aceptación del árbitro se recogerá en un contrato y puede concluirse expresamente, como ocurre con los arbitrajes *ad hoc*, en el que las partes y el árbitro se comprometen en un documento por separado, en el que se recogerán sus derechos y obligaciones. Con la aceptación, se podrá considerar que el árbitro se ha incorporado al contrato arbitral o que, por el contrario, se ha concluido un contrato independiente³⁸. La jurisprudencia inglesa ha reconocido que, al aceptar el

³⁷ La Convención de Nueva York también recoge la libertad de las partes en la elección del tribunal arbitral en su artículo V.1 (d), por el que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución del laudo si: «la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han adjuntado al acuerdo celebrado entre las partes».

³⁸ Afirma J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, & S. M. Kröll, en *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pág. 277, que la existencia de un contrato único e independiente tiene ciertas ventajas, dado que al separar las diferentes funciones del contrato arbitral y el nombramiento del árbitro presenta una mayor claridad.

nombramiento, el árbitro se compromete contractualmente a desempeñar sus funciones con la diligencia debida, pasando a formar parte del contrato arbitral³⁹.

4.2 – La sustitución del árbitro

La elección del árbitro no siempre es definitiva. La EAA recoge los supuestos que pueden derivar en el relevo del árbitro inicialmente nombrado por las partes. La sustitución puede producirse porque el candidato se abstuviese, el árbitro fuera recusado, las partes acordasen su remoción o fuese éste quien presentase su renuncia.

La abstención y recusación dependerán, en gran medida, del cumplimiento de los deberes recogidos en la sección 33 EAA, por la que el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente, dando a cada parte la oportunidad de presentar su caso y contra-argumentar lo expuesto por la otra parte. De este modo, la independencia e imparcialidad resultan cruciales para el árbitro en el ejercicio de su cargo. Por lo tanto, es de suma importancia que el árbitro informe a las partes e institución arbitral de todas las circunstancias que pudieran efectivamente dar lugar a dudas justificadas sobre su ecuanimidad. En cualquier caso, no significa una obligación absoluta de revelar todas las circunstancias que pudieran dar lugar a cualquier tipo de duda, por mínima que resultase, sobre su imparcialidad o independencia, sino exclusivamente aquellas que originasen dudas justificables⁴⁰.

La ley establece que cualquiera de las partes del proceso arbitral podrá solicitar al tribunal nacional, previa notificación al resto de partes, al árbitro afectado y al resto de árbitros, la revocación del árbitro, cuando surjan dudas justificables sobre su imparcialidad, carezca de la cualificación requerida en el convenio arbitral o esté física o psicológicamente incapacitado para dirigir el procedimiento o existiesen dudas justificables de que así fuera. La imparcialidad suele ser el argumento más común en las recusaciones. Uno de los motivos que pueden dar origen a una

³⁹ *Compagnie Européenne de Cereals SA c. Tradax Export* [1986] 2 *Lloyd's Rep* 524. Asimismo, en *K/S Norjarl A/S c. Hyundai Heavy industries Co Ltd* [1991] 1 *Lloyd's Rep* 524, el tribunal falló que “con motivo del nombramiento, el árbitro se convierte en la tercera parte del convenio arbitral, que deviene un contrato trilateral”.

⁴⁰ En este sentido, resulta de gran ayuda las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, disponibles electrónicamente en: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

recusación, por las dudas sobre la imparcialidad del árbitro, son las relaciones que pudiera tener con alguno de los letrados. La probabilidad de que tal argumento prospere es reducida. Por ejemplo, en *Laker Airways*⁴¹, el tribunal concluyó que no se pueden plantear dudas justificadas sobre la posible independencia o imparcialidad de un *barrister* nombrado como árbitro cuando comparta despacho (*chambers*) con el letrado de una de las partes. La división de funciones entre *solicitors* y *barristers* pudo ser determinante. Cabe recordar que los *barristers*, aun cuando se suelen agrupar bajo un mismo despacho o *chambers* actúan de manera independiente, por lo que la relación de éstos con el *chambers* no se puede equiparar con la de los *solicitors* y la firma de abogados en la que presenten sus servicios⁴².

Igualmente, procederá la recusación cuando se hubiere causado o pudiera causar una injusticia sustancial al solicitante, consecuencia de la negativa o incapacidad del árbitro para dirigir el proceso adecuadamente o de utilizar cuantos medios estuviesen a su alcance para conducir el procedimiento o dictar el laudo en un tiempo razonable (s. 24.1 EAA)⁴³. La decisión corresponde en primera instancia al propio árbitro o, de no renunciar, a la institución arbitral, si la hubiese (s. 24.2 EAA). Finalizado el procedimiento, el tribunal nacional será competente y no afectará al tribunal arbitral, que podrá continuar con el proceso y dictar el laudo mientras la solicitud de revocación está pendiente (s. 24.3 EAA). Cuando el órgano jurisdiccional nacional revoque a un árbitro, podrá igualmente acordar cuanto estime necesario en relación a sus honorarios y gastos (s. 24.4 EAA).

La ley regula expresamente otras situaciones en las que será procedente la sustitución del árbitro, como la renuncia del propio árbitro o su remoción por acuerdo entre las partes. Las partes podrán libremente acordar las circunstancias que darán lugar a la remoción del árbitro de su cargo (s. 23 EAA), a falta de acuerdo, la autoridad del árbitro no quedará revocada. El acuerdo de remoción de las partes

⁴¹ *Laker Airways*⁴¹ Inc c. *FLS Aerospace Ltd* [1999] 2 *Lloyd's Rep* 45.

⁴² En *Rustal Trading Ltd c. Gill & Duffus* [2000] 1 *Lloyd's Rep* 14 el tribunal fallo que “el hecho de que el árbitro hubiera tenido relaciones comerciales previas con una o ambas partes nunca se ha entendido como suficiente por sí mismo para plantear dudas sobre su habilidad de actuar de un modo imparcial”. Asimismo, como apuntan FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, en *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pág. 566, “la comunidad arbitral internacional es un mundo pequeño, donde no es raro que los árbitros, que suelen ser abogados, conozcan a los letrados de las partes”.

⁴³ El procedimiento para la recusación se regula en la sección 24 EAA.

deberá constar por escrito, excepto cuando se acordara, por escrito o no, la terminación del convenio arbitral. En todo caso, el tribunal nacional podrá acordar la recusación de un árbitro conforme a lo expuesto en la sección 24 o anular un nombramiento a tenor de lo dispuesto en la sección 18 (s. 23 EAA). Las partes podrán acordar con el árbitro las consecuencias de su renuncia, en relación a los honorarios o gastos a que pudiera tener derecho o sobre cualquier responsabilidad en que pudiera incurrir el árbitro. De no existir acuerdo, el árbitro, previa notificación a las partes, podrá solicitar al tribunal nacional que le dispense de cualquier responsabilidad en la que pudiera haber incurrido y que ordene cuanto estime conveniente sobre el derecho a sus honorarios y gastos. La decisión del tribunal nacional dependerá de si entiende razonable la renuncia del árbitro (s. 25 EAA). La modificación del árbitro inicialmente nombrado podrá ser consecuencia igualmente de su fallecimiento, en cuyo caso habrá de estar a lo dispuesto en la sección 26 EAA.

Por último, la sustitución del árbitro, cualquiera que hubiera sido la causa, se regula en la sección 27 EAA. Las partes serán libres de acordar el proceso a seguir para reemplazar al árbitro sustituido. A falta de acuerdo, se nombrará al sustituto de la misma forma que al sustituido y el tribunal arbitral decidirá sobre la repetición o no de las actuaciones previamente practicadas, sin perjuicio del derecho que le asiste a las partes del proceso arbitral de cuestionar la validez de aquél.

5. – El procedimiento arbitral y la colaboración jurisdiccional

5.1 – La regulación del proceso

Los principios rectores del procedimiento están regulados por la EAA, siempre que no resulten de aplicación el reglamento de alguna institución u otro reglamento arbitral. Como ha quedado apuntado, el arbitraje podrá ser *ad hoc* o bajo los auspicios de una institución arbitral. En el primero de los casos, el Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL se suele adoptar por las partes para complementar la EAA en relación a las normas reguladoras del procedimiento. Alternativamente, una institución como la London Court of International Arbitration (LCIA) o la Cámara Internacional de Comercio o ICC, serán los que “administren” el procedimiento

arbitral, conforme a su propio reglamento. Igualmente, en materia probatoria las guías facilitadas por el IBA (International Bar Association) podrán ser utilizadas.

En una fase preliminar, deberá prestarse especial atención a la cláusula o convenio de sumisión a arbitraje porque el inicio del proceso arbitral podrá estar supeditado a algún ADR. Como veremos, de no respetar la obligación de acudir a alguno de los medios de resolución alternativas de conflictos requeridos los tribunales ingleses (o el tribunal arbitral, si ya hubiese sido nombrado) suspenderán el procedimiento, a expensas del cumplimiento de cuanto se hubiere acordado contractualmente. Las partes, por lo tanto, son las dueñas y protagonistas del proceso. Por norma, la institución arbitral o el reglamento elegido por las partes determinarán el procedimiento en relación al inicio del proceso arbitral. En general, el demandante que decida optar por el arbitraje deberá comunicar a las otras partes su notificación, aportar una copia a la institución arbitral (de ser un arbitraje institucional) junto con el pago de una tasa administrativa. La contraparte, en plazo determinado por el reglamento, deberá comunicar al demandante su respuesta a la notificación del arbitraje⁴⁴.

La sección 34 EAA dispone que el tribunal arbitral será competente para decidir todos los asuntos relativos al procedimiento y a la materia probatoria, salvo que las partes ya hubieren decidido algo al respecto. En el ejercicio de su función, el tribunal arbitral goza de una amplia flexibilidad para dirigir el procedimiento y adoptar cuantas decisiones estime oportunas dependiendo de las circunstancias del caso, con el objetivo de evitar incurrir en gastos innecesarios o retrasos. Ello no obsta para que deba cumplir con los deberes que le impone la sección 33 EAA, de actuar justa e imparcialmente, dando a cada parte la oportunidad de presentar su caso.

El marco procesal en el que se desarrollará el arbitraje se decidirá al poco tiempo de haber nombrado al tribunal arbitral, en los casos más sencillos o en aquellas situaciones más complejas el tribunal se reunirá con las partes⁴⁵. Las

⁴⁴ Conforme a lo dispuesto en el artículo 4(1) del Reglamento UNCITRAL, el demandado dispondrá de un plazo de 30 días desde la fecha de recepción de la notificación del arbitraje para contestar. El plazo se podrá extender por el tribunal arbitral, siempre que estime justificada la prórroga (artículo 25). El mismo plazo y la posibilidad de su prórroga están provistos en el Reglamento ICC (artículo 5(1) y (2)) y en el de la LCIA (artículos 2.1 y 4.7).

⁴⁵ La reunión también se podrá realizar por vía telefónica.

decisiones sobre el proceso quedarán recogidas en una orden procesal que dictará el tribunal, en la que, por ejemplo, se confirmará la identidad de las partes y sus representantes legales, se fijarán la localización en la que se practicarán las vistas, se establecerá el calendario procesal que se pretenda seguir en la conducción del arbitraje y se decidirá el idioma a utilizar en el procedimiento. Asimismo, el tribunal podrá solicitar a las partes que realicen las aclaraciones necesarias sobre el fondo de la disputa⁴⁶.

Una vez constituido el tribunal, fijado el calendario procesal y resueltas las cuestiones preliminares, las partes deberán proceder a la presentación de sus escritos, junto con la prueba en que fundamenten su postura. Ni los principales reglamentos ni la EAA imponen una forma determinada, si bien, en esta última (sección 34.2(c) EAA) se dispone que el tribunal arbitral podrá exigir a las partes que respeten determinados requisitos formales. La fase de alegaciones escritas se compone del escrito de demanda, la contestación que podrá acompañarse de una demanda reconvenicional, la réplica del demandante a la contestación del demandado y, en su caso, la contestación a la demanda reconvenicional y la dúplica del demandado junto con la réplica a la contestación de la demanda reconvenicional.

La regla general, en los procedimientos iniciados ante el *High Court*, que establece que las partes involucradas en el proceso deberán presentar todos aquellos documentos en los que fundamenten su demanda, junto con aquellos que le sea desfavorables (r. 31.6 CPR), no resulta de aplicación en la práctica arbitral en Inglaterra⁴⁷. Por el contrario, es el tribunal arbitral quien deberá decidir cuáles serán los documentos a entregar por las partes (s. 34(2)(d) EAA). Por último, finalizada la fase probatoria, comenzará el trámite de conclusiones, en el que las partes procederán a la valoración de la prueba practicada y pronunciarán sus alegatos finales.

5.2 – La colaboración y supervisión de los tribunales nacionales

⁴⁶ En los arbitrajes regulados por el Reglamento ICC, se realiza a través del Acta de Misión (*vid.*, artículo 23).

⁴⁷ Como señalan J. D. M. Lew, H. Bor, G. Fullelove, & J. Greenaway, *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland, op. cit.*, pág. 379, en la práctica los tribunales arbitrales en Inglaterra evitan embarcarse en la producción de documentos a gran escala del *discovery* americano o el ejercicio del *disclosure* inglés.

En la mayoría de los casos, el proceso arbitral suele transcurrir sin necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, las partes o el tribunal arbitral podrán necesitar de los tribunales nacionales para asegurar los efectos del proceso arbitral. La EAA reconoce y regula tales supuestos, entre los que se encuentran: la facultad del tribunal de suspender el procedimiento judicial que haya comenzado ante la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de emitir una *anti-suit injunction* que restrinja a una parte del convenio arbitral comenzar o proseguir con un procedimiento en un tribunal extranjero no miembro de la Unión Europea y la facultad de acordar medidas cautelares.

Los tribunales ingleses sólo podrán ejercer su competencia una vez se haya presentado una solicitud por una de las partes del convenio arbitral⁴⁸. La mayoría de las solicitudes de arbitraje internacional se interpondrán en el *Commercial Court*, según lo dispuesto en la Parte 62 CPR y su Practice Directive, se deberá cumplir con los requisitos recogidos en la Parte 58 y su Practice Directive, amén de lo dispuesto en la Admiralty and Commercial Courts Guide, que regulará el procedimiento conjuntamente con el CPR.

Una de las principales formas en que los tribunales ingleses muestran su apoyo a la institución arbitral es mediante la suspensión de los procedimientos que tuvieran lugar en la jurisdicción inglesa, sobre las disputas cuyo objeto se haya sometido a arbitraje en aplicación del convenio arbitral⁴⁹. La suspensión se regula en la sección 9 de la EAA⁵⁰, cuya redacción es similar al artículo 8 de la Ley Modelo, y el

⁴⁸ La solicitud está regulada por el CPR Part 62 y su Practice Directive.

⁴⁹ Acertadamente apuntan J. D. M. Lew, H. Bor, G. Fullelove & J. Greenaway, *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland, op. cit.*, pág. 31, que el ámbito de aplicación del acuerdo de sumisión a arbitraje dependerá de su interpretación, según lo dispuesto en la ley reguladora del convenio arbitral. Cuando la ley aplicable no fuera inglesa, las partes deberán demostrar la ley aplicable. De no demostrarse la ley aplicable extranjera, los tribunales interpretarán el convenio arbitral conforme a la ley inglesa, tal y como falló el tribunal en *Bumper Development Corporation c. Commissioner of Police of the Metropolis* [1991] 1 WLR 1362.

De esta forma, como señalan C. Esplugues, J.L. Iglesias, & G. Palao, en *Application for foreign law*, Sellier, 2011, pág. 395, el principio de *iura novit curia* no resulta de aplicación en el Reino Unido en el caso de ley extranjera.

⁵⁰ La sección 9 EAA da efecto al artículo II (3) de la Convención de Nueva York a tenor del cual, con independencia de cuál sea el *locus arbitri*: “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

procedimiento queda recogido en la Parte 62 CPR⁵¹. Previa solicitud de suspensión por una de las partes del convenio arbitral⁵², en relación a un asunto sometido a arbitraje (s. 9(1) EAA)⁵³, el demandado en el procedimiento que se esté incoando, en Inglaterra, deberá haber presentado el *acknowledgment of service* (s. 9(3) EAA). La solicitud se registrará por lo regulado en la Parte 23 CPR, en la que se hará referencia a su objeto, los fundamentos en que se sustenta dicha petición y se notificará al demandante en el procedimiento judicial (r. 62.8 CPR). El demandante podrá oponerse presentando la prueba que estime necesaria siguiendo las directrices recogidas en la PD 62.6. Asimismo, cuando en la solicitud de suspensión surgiese una controversia sobre la validez del convenio arbitral, el tribunal podrá decidir sobre el asunto (en aplicación de la doctrina *Kompetenz-Kompetenz*) o remitirlo al tribunal arbitral (r. 62.8 CPR). De solicitarse la suspensión, el tribunal nacional deberá concederla, salvo que compruebe que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable (s. 9(4) EAA). Los motivos son idénticos a los recogidos en el artículo II.(3) de la Convención de Nueva York y el artículo 8 de la Ley Modelo. Además de la suspensión del procedimiento, los tribunales ingleses podrá acordar la concesión de *anti-suit injunctions*, en apoyo de un procedimiento arbitral, frente al demandado que hubiere comenzado (o amenazar con comenzar) un procedimiento judicial en un Estado no miembro de la Unión Europea en incumplimiento del acuerdo previo de sumisión a arbitraje.

La sección 44 distingue entre casos urgentes, que podrán decidirse previa constitución del tribunal arbitral, y los casos que no gozan de tal calificativo, en cuyo caso se exige la aprobación del tribunal arbitral o el acuerdo escrito de las partes para poder presentar la solicitud. En todo caso, el órgano jurisdiccional solo podrá conceder la orden judicial solicitada, siempre y cuando, el tribunal arbitral, o

⁵¹ Sin embargo, como afirman J. D. M. Lew, H. Bor, G. Fullelove & J. Greenaway, *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland, op. cit.*, pág. 424, el tribunal también podrá acordar la suspensión en el ejercicio de su jurisdicción inherente (r. 3.2(2)(f) CPR).

⁵² Aunque la sección 9(1) solo hace referencia a la parte frente a la cual se insta el procedimiento, la jurisprudencia ha constatado que será igualmente necesario que el demandante, al igual que el demandado solicitante, sean signatarios del convenio arbitral. En este sentido, se ha pronunciado el *Court of Appeal* en *The Mayor and commonalty & Citizens of the City of London c. Asbok Sancheti* [2008] EWCA Civ 1238.

⁵³ Lightman concluyó, en *Albon (t/a NA Carriage Co) c. Naza Motor Trading Sdn Bhd* [2007] EWHC 665 (Ch), que la sección 9(1) EAA impone dos requisitos mínimos: que exista un convenio arbitral y que el objeto de la reclamación ante los tribunales nacionales se encuentre comprendido dentro del ámbito del convenio arbitral.

la persona o institución investida por las partes, no tenga la facultad suficiente o sea incapaz en ese momento de actuar eficazmente (s. 44(5) EAA). Con ello se pretende que, en la medida de lo posible, sea el tribunal arbitral quien ostente la competencia en estas materias. La misma filosofía se repite en el apartado 6, donde expresamente se recoge la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, de haber adoptado cualquiera de las medidas enumeradas en la sección 44 EAA, podrá facultar al tribunal arbitral para que sea éste quien decida cuándo dejar sin efecto la medida adoptada. Por último, según lo expuesto en la sección 44 EAA los órganos jurisdiccionales ingleses están igualmente facultados a adoptar otras medidas cautelares, entre las que se encuentran los embargos preventivos o *freezing injunctions* y las *search orders*.

6. – El laudo arbitral

6.1 – Contenido y requisitos del laudo

La función principal del árbitro es resolver la disputa sometida a arbitraje dictando un laudo o sentencia arbitral que, llegado el momento, pueda ser ejecutada en una jurisdicción nacional. Esta función cuasi-judicial le diferencia del resto de sujetos involucrados en el proceso arbitral⁵⁴.

La decisión del tribunal se realizará conforme a las normas sustantivas aplicables al fondo de la controversia (s. 46.1 EAA). Al contrario de lo que ocurre en los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria, las partes en el proceso arbitral podrán decidir que el árbitro resuelva la disputa en aplicación de una ley no estatal, esto es, en aplicación de la denominada *lex mercatoria*, principios de equidad, *ex aequo et bono*, o principios generales del derecho.

En caso del arbitraje de Derecho, serán las partes las que deban elegir la ley aplicable, en referencia al derecho sustantivo de un Estado porque la EAA excluye el denominado *renvoi*, es decir, las normas de conflicto de leyes del Estado (s. 46.2

⁵⁴ El Tribunal de Justicia Europeo hizo referencia expresamente a estas diferencias en *Bernd von Hoffmann c. Finanzamt Trier* [1997] C-145/96: «En efecto, si bien es cierto que los árbitros son a menudo elegidos entre los abogados, debido a sus conocimientos jurídicos, no es menos cierto que el objeto principal y habitual de los servicios prestados por un abogado es la representación y defensa de los intereses de una persona, mientras que el objeto principal y habitual de las prestaciones de un árbitro es dirimir una controversia entre dos o más partes, aunque sea *ex aequo et bono*».

EAA). A falta de acuerdo, será el tribunal arbitral el encargado de la elección, en aplicación de las normas de conflicto que entienda más apropiadas (s. 46.3 EAA).

La decisión del tribunal se recogerá en la sentencia arbitral o laudo. El tribunal podrá elegir entre dictar un único laudo o varios parciales, en los que se decida sobre parte de la controversia (s. 46.2 EAA)⁵⁵. El laudo podrá ser firme o provisional (s. 39 EAA). El laudo final deberá resolver todos los aspectos controvertidos de la disputa, poniendo fin a la controversia. La EAA no exige que la decisión se tome de forma unánime y, nada obsta, a que el árbitro que discrepe pueda expresar su opinión en un voto particular.

El contenido de la sentencia arbitral depende de lo acordado por las partes (s. 48.1 EAA). En todo caso, salvo que las partes hubieran provisto de otro modo (s. 48.2 EAA), el laudo podrá dictar una fallo declaratorio o condenatorio (s. 48.3 EAA), por el que se obligue a una de las partes al pago de una cuantía económica (s. 48.4 EAA). El tribunal arbitral, al igual que los órganos jurisdiccionales nacionales, podrá obligar a hacer o no hacer un determinado acto, ordenar el cumplimiento específico de una obligación contractual u ordenar la rectificación, anulación o cancelación de una escritura pública u otro documento (s. 48.5 EAA). Igualmente, a falta de acuerdo, el laudo podrá contener un fallo en relación a los intereses (s. 49 EAA).

La EAA no impone una limitación de plazo en el que se deba dictar el laudo; sin embargo, cuando el convenio arbitral contenga un plazo específicamente previsto el tribunal deberá cumplirlo. Este plazo podrá prorrogarse por el órgano jurisdiccional nacional a solicitud de cualquiera de las partes o del propio tribunal, siempre y cuando entienda que, de otro modo, se incurriría en una grave injusticia (s. 50 EAA).

La sección 52 EAA impone, a falta de acuerdo de las partes, ciertos requisitos formales que ha de cumplir el laudo: escrito, firmado por todos los componentes del tribunal arbitral y deberá contener los motivos y razonamientos en los que ha fundamentado su decisión el tribunal. El laudo deberá especificar el lugar del arbitraje y la fecha en que se dictó. Cuando el lugar del arbitraje sea Inglaterra, Gales

⁵⁵ Un claro ejemplo de laudo parcial es el que resuelva sobre la competencia del tribunal arbitral (s. 31.4(a) EAA).

o Irlanda del Norte, se presumirá que el laudo se ha dictado en esos lugares, con independencia de donde fue firmado o notificado a las partes (s. 53 EAA). El tribunal podrá decidir cuál es la fecha en que se dictó el laudo que, de otro modo, se entenderá cuando se hubiere firmado por el árbitro y, en caso de existir más de uno, en el momento de la firma del último de ellos (s. 54 EAA). Finalmente, el laudo podrá contener un pronunciamiento en materia de costas de acuerdo con lo establecido por las partes (s. 61 EAA)⁵⁶. El pronunciamiento en costas incluirá los honorarios del árbitro (o árbitros), los gastos de la institución arbitral y los honorarios y costes de la defensa o representación letrada de las partes (s. 59 EAA). Dictado el laudo se procederá a su notificación, según la forma y plazo que hubiesen pactado. De no existir acuerdo, se notificará una copia del laudo tanto pronto como fuese posible, según lo previsto en la sección 55 EAA. El tribunal arbitral podrá negarse a emitir el laudo si las partes no hubiesen abonado completamente los honorarios y gastos del árbitro o árbitros (s. 56 EAA).

6.2 – Los efectos del laudo en la jurisdicción del tribunal arbitral

En principio, una vez se haya dictado el laudo, el tribunal carecerá de competencia. La EAA ofrece poca información sobre cuándo y cómo el árbitro deviene *functus officio*, esto es, desprovisto de jurisdicción⁵⁷.

No obstante, la ley recoge ciertas competencias residuales, encaminadas a la corrección o modificación del laudo, que se regirá por lo dispuesto por las partes, y a falta de acuerdo, por lo regulado en la sección 57 EAA. Así, salvo pacto en contrario, el tribunal podrá: (i) corregir errores de cualquier tipo (ss. 57.1 y 57.3(a) EAA), (ii) aclarar cualquier ambigüedad en el laudo, cuando su razonamiento o fallo carezca de la claridad deseada (s. 57.3(a) EAA), o (iii) emitir un laudo adicional en relación a toda reclamación que, habiéndose presentado ante el tribunal arbitral, éste no hubiese resuelto (s. 57.3(a) EAA). La solicitud se deberá presentar en el plazo de 28 días desde la fecha del laudo y cualquier corrección se deberá realizar en los 28 días desde la recepción de la solicitud. Si el tribunal actuase a iniciativa propia, podrá

⁵⁶ El acuerdo de las partes por el que se obligase a una de ellas a hacer frente a las costas del litigio solamente será válido si se hubiere efectuado una vez hubiese surgido la controversia (s. 60 EAA).

⁵⁷ J. D. M. Lew, H. Bor, G. Fullelove & J. Greenaway, *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland op. cit.*, pág. 395.

corregir el laudo dentro de los 28 días desde que hubiera dictado la sentencia arbitral.

En el arbitraje, al igual que ocurre con la jurisdicción ordinaria, las partes podrán disponer del objeto de la controversia. De este modo, si las partes alcanzasen un acuerdo antes de que el tribunal emita el laudo definitivo podrán optar por concluir con el proceso arbitral a través de un acuerdo transaccional que resuelva el litigio. Esta posibilidad queda expresamente regulada por la sección 51 EAA, que será de aplicación a la transacción salvo que las partes hubiesen decidido lo contrario.

De este modo, si las partes alcanzasen un acuerdo, el tribunal deberá concluir el procedimiento y, si así lo solicitan las partes y el tribunal no se opone, deberá recoger los términos y condiciones del contrato transaccional en un laudo, denominado laudo de mutuo acuerdo o por acuerdo entre las partes. (s. 51.2 EAA). Hay que tener en cuenta que aun siendo una posibilidad meramente facultativa, en la práctica es ciertamente recomendable.

Cuando se opte por el laudo por acuerdo entre las partes, la jurisprudencia establece que la jurisdicción del tribunal cesará en el momento de la emisión del laudo final. A estos efectos es especialmente relevante la decisión en *Martin Daves*. En ese caso, las partes alcanzaron un acuerdo una vez comenzado el proceso arbitral, pero con anterioridad a que el tribunal arbitral dictase el laudo definitivo; sin embargo, el contenido de la transacción no quedó registrado en un laudo. Con el paso del tiempo, surgió una disputa sobre el ámbito del contrato transaccional y una de las partes inició un nuevo procedimiento arbitral, nombrando un árbitro diferente. El demandado, por el contrario, remitió la cuestión al árbitro inicial. El árbitro juzgó que tenía competencia para conocer del litigio y falló a su favor. La otra parte apeló el laudo ante el *High Court* que resolvió a favor del demandado. Según el tribunal, el término *functus officio* describe o implica el momento en el cual el árbitro ha agotado o terminado todos los asuntos sobre los que fue competente. De hecho, como argumentó el tribunal, la sección 51 EAA indica que, incluso, cuando nos encontremos ante un acuerdo transaccional, el tribunal mantendrá su jurisdicción para poder concluir el procedimiento y resolver asuntos en materia de costas o cualquier otro asunto que quedase pendiente de resolución en ese

momento⁵⁸. En consecuencia, la transacción no significa necesariamente la extinción de la jurisdicción del tribunal arbitral. Por último, la sentencia arbitral que resulta de un acuerdo entre las partes deberá especificar que se trata de un laudo y su ejecución y efectos serán idénticos a la de cualquier otra sentencia arbitral dictada sobre el fondo del litigio (s. 51.3 EAA). Del mismo modo, el laudo deberá cumplir con los requisitos, ya examinados, de aplicación al resto de los laudos en relación a la forma (s. 52 EAA), el lugar del arbitraje (s. 53 EAA), la fecha del laudo (s. 54 EAA), su notificación (s. 55 EAA), la facultad del árbitro de retener el laudo en caso de impago (s. 56 EAA) y sobre la corrección del laudo o emisión de un laudo adicional (s. 57 EAA).

7. – La impugnación del laudo arbitral

7.1 – La apelación del laudo

Una de las principales ventajas del arbitraje es la ausencia de un proceso de apelación que prolongue la disputa en el tiempo y consuma recursos de las partes, lo que fomenta la finalidad del laudo arbitral dictado. Sin embargo, a pesar de esta nota definitiva, reconocida en la gran mayoría de las legislaciones modernas, en Inglaterra, existe una larga tradición histórica de permitir la apelación de los laudos sobre cuestiones de derecho; tradición que tiene su reflejo en la actual normativa.

La EAA 1996 recoge dos situaciones en las que se podrá impugnar el laudo arbitral ante los órganos jurisdiccionales ingleses: cuando el tribunal carece de jurisdicción para decidir sobre el fondo del asunto (sección 67) y de existir serias irregularidades que afectasen al tribunal, el procedimiento arbitral o el laudo (sección 68). A lo anterior cabe añadir la posibilidad de apelar el laudo arbitral sobre una cuestión de derecho (sección 69). En este sentido, la impugnación y la apelación en caso de ser estimadas tienen el mismo resultado: la anulación total o parcial de la sentencia arbitral y los problemas en relación a su ejecución conforme a lo dispuesto en la Convención de Nueva York⁵⁹. No obstante, la principal diferencia estriba en

⁵⁸ *Martin Dawes c. Treasure and Son Limited* [2010] EWHC 3218 (TCC).

⁵⁹ El artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York prevé que sólo “se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución” del laudo cuando éste haya sido anulado por la autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. De esta forma, la redacción del artículo no impone una prohibición absoluta, si bien en la práctica se suele denegar su reconocimiento y ejecución. Frente a la norma general que impide la ejecución de un laudo declarado nulo, existen excepciones en otras jurisdicciones. Por ejemplo, en los Estados Unidos, en

que la apelación conlleva su revisión sustantiva⁶⁰. Ésta es una de las principales notas características del proceso arbitral inglés, en comparación con el resto de jurisdicciones⁶¹, cuyo desarrollo, a nuestro juicio, merece un tratamiento diferenciado.

Así pues, de ser Inglaterra la sede para el desarrollo del procedimiento arbitral y de encontrarnos con una sumisión a arbitraje válida, la EAA, no sin controversia⁶² y en casos muy excepcionales, ha permitido la apelación de los laudos sobre cuestiones de derecho⁶³. Este derecho está recogido en la sección 69 EAA, al igual que lo estuvo con su predecesora, la Ley de arbitraje de 1976⁶⁴. La EAA impone un límite temporal para su ejercicio de modo que su interposición habrá de realizarse dentro de los 28 días siguientes a la fecha del laudo o, si éste hubiera sido sometido a un proceso de de revisión o apelación intra-arbitral, una vez se hubiese obtenido la decisión a este respecto (s. 70 (3) EAA)⁶⁵.

el caso de *Chromalloy Gas Turbine Corp c. Arab Republic of Egypt*, 939 F Supp 907 (DDC 1996); o en Francia, a tenor de la sentencia del Cour de cassation, de 10 de junio de 1997, en *Omnium de Traitement et de Valorisation c. Hilmarton*, XXII YBCA 696 (1997).

⁶⁰ De hecho, hasta la entrada en vigor de la Arbitration Act 1979, se consideraba nulo por contrario al orden público, el pacto previo entre las partes que dispusiera que la decisión del tribunal arbitral fuese final e inapelable (*Czarnikow Ltd c. Roth, Schmidt and Co* [1922] 2 KB 478 CA).

⁶¹ En efecto, por el contrario, la Ley Modelo –que ha sido utilizada como base por una variada amalgama de jurisdicciones para el desarrollo de sus propios textos legales– no recoge la posibilidad de una apelación sobre cuestiones de Derecho, aunque permite la impugnación del laudo dictado cuando no hubiese mediado capacidad suficiente en el acuerdo arbitral o si éste no fuese válido, en aquellos casos que el tribunal arbitral no tuviere jurisdicción suficiente o cuando mediasen otros errores *in procedendo* que vulneren el debido proceso, en relación al derecho a ser oído, al nombramiento de los árbitros o sobre el propio procedimiento arbitral.

⁶² De entre los argumentos del sector contrario destaca que este particular sistema de apelación puede comprometer algunas de las principales notas definitorias del proceso arbitral, como la finalidad, el coste, rapidez y privacidad del proceso arbitral. Por el contrario, los partidarios alegan que las partes, salvo cuando lo hayan excluido expresamente, deben tener la posibilidad de apelar frente a los errores en la interpretación del Derecho del tribunal arbitral, lo que a su vez ayuda a la creación de precedentes.

⁶³ El derecho a apelar, en ocasiones excepcionales, se limita a los laudos arbitrales, de manera que el resto de resoluciones que emita el árbitro o el tribunal arbitral quedan excluidas.

⁶⁴ Sin embargo, como acertadamente señalan J. Leabeter, L. McCafferty, S. O’Sullivan, & J. Purchas, en *Civil Appeals: Principle and Procedure*, *op. cit.*, pág. 486, el anterior régimen no estaba exento de controversia. En especial, por la distinción que realizaba entre arbitrajes nacionales (esto es, cuando todas las partes del arbitraje eran del Reino Unido y la sede del arbitraje era el Reino Unido) e internacionales. En los primeros, el acuerdo de exclusión debía producirse con una vez surgida la disputa, no así en los arbitrajes catalogados como internacionales.

⁶⁵ Como ocurre en la jurisdicción ordinaria, el tribunal podrá acordar la extensión del plazo (s. 80(5) EAA), siempre que el solicitante demuestre que cumple con todos los requisitos para proceder con la apelación y que el incumplimiento del plazo está suficientemente justificado.

En todo caso, baste recordar de nuevo, que las partes son dueñas del proceso y, como consecuencia, podrán excluir el citado derecho⁶⁶, ya que no se trata de una norma de aplicación inmediata, ‘*mandatory law*’,⁶⁷, siempre y cuando lo hagan por escrito y expresen de manera suficientemente clara su intención⁶⁸. De igual forma, el mismo resultado se alcanza si dispensan al árbitro de su deber de razonar el laudo, someten el arbitraje a un derecho extranjero⁶⁹ o deciden que su disputa se resuelva conforme a criterios de equidad⁷⁰, o sin sujeción a ninguna legislación nacional en particular.

Por consiguiente, dado que la cuestión de Derecho sobre la que se fundamenta la apelación deberá versar sobre una materia de derecho sustantivo inglés, ello excluye las cuestiones procesales y de hecho⁷¹. La EAA impone sustanciales limitaciones a este derecho. De esta forma, para poder proceder con la apelación se deben haber cumplido una serie de requisitos previos y las partes han tenido que alcanzar un acuerdo en este sentido⁷² o la parte que pretenda apelar ha debido obtener el permiso del tribunal. La autorización se concederá exclusivamente cuando la decisión del tribunal arbitral se considerase manifiesta y palmariamente errónea en relación a una cuestión de Derecho inglés que se le hubiere solicitado valorar, a condición de que dicha resolución afectase sustancialmente al derecho de

⁶⁶ Por ejemplo, si las partes eligen el Reglamento del ICC (artículo 34.6) o de la LCIA (artículo 26.9), automáticamente renuncian al ejercicio de su derecho a apelar.

⁶⁷ La Ley de Arbitraje recoge las secciones que considera de aplicación inmediata en su Anexo 1, al cual se remite la sección 4.

⁶⁸ En este sentido, la jurisprudencia se ha mantenido vacilante, lo que aboga por una redacción clara y precisa del clausulado que evite interpretaciones que las partes, en el momento de alcanzar el acuerdo, pretendían evitar. Así, en *Italmare Shipping Co c. Ocean Tanker Co Incorporated (The Rio Sun)* [1982] 1 WLR 158 CA, el tribunal concluyó que la intención de las partes de que el laudo fuese “final” era suficiente para excluir la apelación; por el contrario, en *Shell Egypt West Manzala GmbH and Shell Egypt West Qantara GmbH c. Dana Gas Egypt Limited (formerly Centurion Petroleum Corporation)* [2009] EWHC 2097, el tribunal sorprendentemente sostuvo que las palabras “final, concluyente y vinculante” no excluían el derecho a la apelación recogido en la sección 69 EAA.

⁶⁹ Por ejemplo, en *Reliance Industries Ltd c. Enron Oil & Gas Ltd* [2002] 1 All ER, no se permitió la apelación, dado que la disputa estaba regulada por ley india, que no inglesa.

⁷⁰ El artículo 82(1) English Arbitration Act define cuestión de derecho como una “cuestión de Derecho de Inglaterra y Gales”; por tanto, excluye expresamente toda apelación que no verse sobre la aplicación del derecho nacional.

⁷¹ J. Leabeter, L. McCafferty, S. O’Sullivan., & J. Purchas, en *Civil Appeals: Principle and Procedure*, *op. cit.*, pág. 487.

⁷² Las partes podrán alcanzar un acuerdo en cualquier momento, incluso, antes de que surja la disputa, en el acuerdo de sumisión a arbitraje. No obstante, por razones obvias, este supuesto es extraordinario.

las partes⁷³, o en aquellos casos en que la decisión del tribunal arbitral sea de suma importancia para el interés público y el laudo origine dudas razonables, siempre y cuando, el tribunal considere justo y adecuado conocer de la apelación⁷⁴. Del mismo modo, a tenor de la sección 70(2) EAA, de aplicación obligatoria⁷⁵, la apelación ante los tribunales ingleses se considera como la última *ratio*, de forma que el apelante debe agotar previamente todas las posibilidades existentes dentro del procedimiento arbitral. Por ejemplo, en ocasiones, la propia institución arbitral recoge la posibilidad de una apelación intra-arbitral⁷⁶. De la misma manera que las partes, previa interposición del recurso de apelación ante los tribunales ingleses, deberán, en la medida de lo posible, solicitar la corrección del laudo (s. 57 EAA)⁷⁷.

Una vez cumplidos los anteriores requisitos, el apelante deberá presentar su escrito solicitando la autorización del tribunal, que deberá contener la petición de recurrir el laudo, especificar la cuestión de derecho que utiliza como fundamento y la normativa que entiende se ha vulnerado, al igual que identificar el laudo y los fundamentos del mismo que entiende son susceptibles de apelación (r. 62.4 CPR). De la solicitud conocerá exclusivamente el *High Court*⁷⁸, excluyendo de esta manera al *Court of Appeal*, excepto en circunstancias excepcionales en que se podrá apelar la decisión de primera instancia y se procederá a practicar la notificación a la parte contraria en el plazo de un mes desde la interposición de la solicitud (r. 63.4 (2) CPR). Conforme a lo dispuesto en la s.69 (7) EAA, una vez otorgado el permiso para apelar, el tribunal podrá confirmar, modificar, remitir al tribunal arbitral o anular el laudo.

⁷³ En *CMA CGM S.A. c. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft MS 'Northern Pioneer' & Ors [2002] EWCA Civ 1878*, se consideró que por “derechos de las partes” se debe entender aquellos que se discuten y están presentes en el proceso arbitral.

⁷⁴ EAA, s. 69(3)(d).

⁷⁵ EAA s.4 y Anexo 1.

⁷⁶ Ejemplo de ello, el Reglamento de Arbitraje de *The Grain and Feed Trade Association (GAFTA)*.

⁷⁷ Mediante este tipo de revisiones, por ejemplo, el tribunal arbitral podrá corregir evidentes errores matemáticos en la cuantificación de los daños.

⁷⁸ Dependiendo del objeto del litigio conocerá el *Admiralty* y *Commercial Registry* del *Royal Court of Justice*, el *Technology* y *Construction Court Registry* o el *District Registry del High Court* (Practice Direction 62.2.3).

7.2 – La impugnación del laudo

Además del recurso de apelación, la parte que no ha visto satisfechas sus pretensiones con el resultado del arbitraje podrá optar, en determinadas situaciones, por impugnar el laudo. La impugnación se puede producir como consecuencia de la falta de competencia material o jurisdicción para conocer del fondo del asunto del tribunal arbitral (s. 67 EAA) o debido a serias irregularidades que afecten al tribunal arbitral, al procedimiento o al laudo (s. 68 EAA). La posibilidad de impugnar el laudo inspira la confianza de las partes en el proceso arbitral⁷⁹, hasta el punto que esta garantía se ha catalogado como el “baluarte contra la corrupción, la arbitrariedad y los perjuicios”⁸⁰.

La impugnación deberá presentarse dentro de los 28 días siguientes a la fecha del laudo o, si éste hubiera sido sometido a un proceso de de revisión o apelación intra-arbitral, una vez se hubiese obtenido la decisión a este respecto (s. 70 (3) EAA)⁸¹.

Estas impugnaciones, al contrario de lo que ocurre con la apelación sobre una cuestión de Derecho (s. 69 EAA), no son disponibles, sino que se tratan de normas de aplicación inmediata, por lo que las partes no podrán disponer de ellas ni excluir su aplicación mediante acuerdo. Al igual que ocurre con la apelación, el procedimiento se regulará por la Parte 62 del CPR y la Practice Direction 62, del mismo modo que la impugnación estará sujeta a ciertas limitaciones (ss. 70(2) y(3) EAA). Incluso se podrá perder el derecho a impugnar de no respetar los plazos previstos para ello (s. 73 EAA).

Cualquiera de las partes podrá impugnar el laudo por falta de competencia material, cuando el tribunal arbitral hubiere resuelto sobre cuestiones no sometidas a

⁷⁹ J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, & S. M. Kröll, , en *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pág. 665.

⁸⁰ En este sentido, M. Kerr, , “Arbitration and the Court: The UNCITRAL MODEL Law”, *34 International and Comparative Law Quarterly*, 1985, pág. 15.

⁸¹ El órgano jurisdiccional, sin embargo, podrá acordar la extensión del plazo (s. 80(5) EAA), siempre que el solicitante demuestre que cumple con todos los requisitos para proceder con la impugnación y que el incumplimiento del plazo está suficientemente justificado.

su decisión (s. 67 EAA)⁸². La sección 67 opera cuando se hubiere emitido previamente un laudo sobre la competencia material del tribunal (s. 67 (1)(a) EAA) o sobre el fondo del asunto, abordando igualmente las alegaciones sobre la competencia material del tribunal (s. 67 (1)(b) EAA). En definitiva, las partes podrán impugnar la competencia del tribunal una vez éste hubiere resuelto sobre su propia competencia, fiel reflejo de lo expresado en la sección 31(4) EAA, que recoge el principio internacionalmente aceptado de que el tribunal arbitral, de surgir alguna objeción sobre su propia competencia podrá decidir sobre ese asunto; bien en un laudo preliminar que aborde exclusivamente esa cuestión, o bien en el laudo definitivo (*Kompetenz-Kompetenz*). Un efecto importante es que si la parte decidiese impugnar el laudo preliminar, la impugnación carece de efectos suspensivos, por lo que el procedimiento arbitral podrá proseguir a expensas de lo que decida la jurisdicción ordinaria.

La sección 30 EAA dispone que dentro del concepto de “competencia material” se encuentra la validez y el alcance del convenio arbitral (es decir, qué materias se han sometido efectivamente a arbitraje) y la correcta constitución del tribunal arbitral.

La validez del convenio arbitral se puede dirimir de diversas formas como, por ejemplo, por la falta de uno de sus requisitos esenciales, o debido a que forma parte de un contrato cuya nulidad se alega. Sin embargo, como consecuencia del principio de separabilidad del convenio arbitral (s. 7 EAA), la nulidad del contrato principal no conlleva la automática nulidad del acuerdo de sumisión a arbitraje, aun cuando, en ocasiones, la falta de los requisitos esenciales para la validez del contrato principal -como por ejemplo la falta de capacidad- podrán invalidar asimismo el convenio arbitral. Igualmente, cuando se pretenda la impugnación regulada en la sección 67, con base en el alcance del convenio arbitral, se habrá de atender al criterio fijado por el House of Lords en *Fiona Trust*⁸³. En opinión del Alto Tribunal, al interpretar una cláusula de sumisión a arbitraje inserta en un contrato se debe partir de la presunción de que las partes, como hombres de negocios, probablemente hayan

⁸² Hay que diferenciar entre la sección 67 y la 32 EAA. Ésta última permite la impugnación de la competencia material del tribunal arbitral con anterioridad a que se dicte el laudo y requiere del acuerdo de todas las partes o de la autorización del tribunal estatal.

⁸³ *Fiona Trust and Holding Corporation and Others c. Yuri Privalov and Others under name of Premium Nafta Products Ltd (20th Defendant) & Others c. Fili Shipping Co Ltd (14th Claimant) & Others* [2007] UKHL 40.

tenido la intención de someter al mismo tribunal todas las disputas que pudieran surgir de la relación que hubieren iniciado o tuvieran la intención de iniciar. Ésta deberá ser la interpretación que realice el tribunal, salvo que el lenguaje de la cláusula dejase claro que se pretendía excluir determinadas cuestiones de la jurisdicción arbitral, en la medida en que si cualquier empresario hubiere querido excluir cualquier disputa sobre la validez de un contrato le resulta relativamente sencillo.

El tribunal inglés podrá confirmar, modificar o anular en todo o en parte el laudo impugnado (s. 67(3) EAA). De pretender apelar la decisión del tribunal, se deberá obtener la autorización judicial (s. 67(4) EAA). Finalmente, el laudo podrá impugnarse cuando concurren serias irregularidades, que afecten al tribunal arbitral, el procedimiento o el laudo (s. 68 EAA). Dentro del amplio concepto de “serias irregularidades” se incluyen un conjunto de actuaciones enumeradas en el apartado segundo de la sección 68⁸⁴, siempre que sean susceptibles de causar un perjuicio e injusticia de carácter sustancial a cualquiera de las partes⁸⁵.

De conformidad con lo dispuesto en la sección 68 EAA⁸⁶, una de las situaciones que pueden dar lugar a una seria irregularidad sucede cuando el árbitro no haya cumplido con los deberes inherentes a su función (s. 33 EAA); es decir, que haya actuado injusta o parcialmente, sin dar a cada parte la oportunidad de representarse, o en aquellas situaciones en que sus actividades no estuvieren destinadas a evitar retrasos o costes innecesarios. Igualmente, si el tribunal se excede en el ejercicio de sus poderes o, en aquellas ocasiones, en que no respete las normas reguladoras del procedimiento conforme a lo acordado por las partes o no resuelva todas las cuestiones que se hubieren sometido a arbitraje, se podrá proceder con la impugnación. También se consideran como una seria irregularidad los casos en que

⁸⁴ The Departmental Advisory Committee on Arbitration (DAC), “Report on Arbitration Bill 1996”, párrafo 280, matiza que “injusticia sustancial” deberá utilizar como apoyo al proceso arbitral, que no como una injerencia al mismo. Por tanto, sólo en las ocasiones específicamente descritas el tribunal nacional podrá intervenir.

⁸⁵ Como consecuencia, sostiene M. Kay, , *Blackstone’s Civil Practice 2014. The Commentary*, *op. cit.*, pág. 1187, para que se pueda estimar la solicitud se deben cumplir con los dos requisitos cumulativamente, esto es, que haya tenido lugar una seria irregularidad que a su vez ésta hubiera causado o fuera a causar una injusticia grave a la parte que este impugnando.

⁸⁶ Esta exhaustiva enumeración de todas las situaciones en que pueda surgir una “seria irregularidad”, como indican J. Leabeter, L. McCafferty, S. O’Sullivan., & J. Purchas, en *Civil Appeals: Principle and Procedure*, *op. cit.*, pág. 522, es la primera ocasión en que el legislador inglés limita el ámbito de intervención judicial.

el laudo esté viciado por oscuro o ambiguo, no cumpla con los requisitos de forma, se haya obtenido por mediación de fraude o de manera contraria al interés público, o se aprecie cualquier irregularidad en la dirección del proceso o en el propio laudo, admitida por el tribunal o por la institución o persona investida por las partes con poderes en relación al procedimiento o el laudo.

El tribunal inglés, de haberse demostrado la existencia de una seria irregularidad, podrá remitir el laudo al tribunal arbitral para su reconsideración, anular el laudo o declararlo sin efecto en todo o en parte (s. 68(3) EAA). De pretender apelar la decisión del tribunal, deberá obtenerse la autorización judicial (s. 68(4) EAA).

7.3 – Los efectos de la apelación e impugnación del laudo

Salvo en aquellas situaciones en las que el tribunal declare la inexistencia del convenio arbitral⁸⁷, una vez se ha impugnado o apelado satisfactoriamente un laudo se plantea la duda sobre las consecuencias que esta decisión tiene sobre la jurisdicción del tribunal arbitral. La EAA regula específicamente los efectos de la apelación e impugnación del laudo (conforme a lo dispuesto en las secciones 67 a 69) en su sección 71. Así, cuando se hubiera variado el laudo, la modificación quedará incorporada automáticamente a éste último. En los casos en que se le hubiere remitido al tribunal arbitral el laudo para su reconsideración total o parcial, éste deberá dictar una nueva sentencia arbitral en relación a los asuntos que se le hubieren remitido. En ambos casos, seguiríamos encontrándonos bajo los auspicios del procedimiento arbitral. Sin embargo, de anular o dejar sin efecto todo o parte del laudo el tribunal nacional podrá anular asimismo cualquier provisión que requiriese de un laudo antes de poder comenzar un procedimiento judicial ante la jurisdicción ordinaria.

⁸⁷ En cuyo caso, como fehacientemente afirman J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, & S. M. Kröll, en *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pág. 680, “las partes dejan de estar vinculadas por el [convenio arbitral]”.

8. – El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral

8.1. – El procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo

En la mayoría de las ocasiones, una vez obtenido el laudo, la parte frente a la que se haya dictado suele cumplir con lo estipulado en la sentencia arbitral. Sin embargo, cuando la parte perdedora se negase o simplemente no pudiese cumplir con el fallo, la parte beneficiada por el laudo deberá proceder a su reconocimiento y ejecución⁸⁸, dado que de otro modo el laudo meramente constituiría una “pírrica victoria”⁸⁹.

El proceso de ejecución y reconocimiento se encuentra regulado en la Parte 62 CPR, que establece la necesidad de obtener el permiso del tribunal, que se podrá solicitar previa notificación a la contraparte o *inaudita parte*. El tribunal competente será el *High Court* o el *County Court*, utilizando los mismos criterios ya analizados para la asignación de asuntos en la jurisdicción ordinaria, siendo especialmente relevante, a estos efectos, la cuantía del laudo y la naturaleza de la disputa⁹⁰. De concederse la autorización, el demandado, dentro del plazo de 14 días desde su notificación, podrá solicitar su anulación; en este caso, el laudo no podrá ser ejecutado sino hasta que se resuelva la impugnación (r. 62.18(9) CPR). La EAA diferencia entre laudos “nacionales”, es decir, aquellos que se hayan dictado en el Reino Unido y “extranjeros”, esto es, aquellos otros que se hayan dictado en cualquier otra jurisdicción, regulados en la Parte II y I respectivamente. La sección 100 (2)(b) concluye que, a estos efectos, se entenderá que el laudo se ha dictado en el lugar del arbitraje, sin importar donde fuese firmado o notificado. De este modo, el laudo

⁸⁸ Cuando se ejecuta un laudo se suele reconocer igualmente. No obstante los términos no son idénticos. Como señalan J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, & S. M. Kröll, en *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, págs. 690-691, en el reconocimiento, la parte interesada solicita a los tribunales de un Estado que reconozcan lo acontecido en el proceso arbitral y lo dispuesto en el laudo; mientras que la ejecución conlleva un proceso judicial que resulta simultáneo o subsecuente al de reconocimiento, por el que se da efecto al fallo contenido en el laudo.

⁸⁹ J. D.M. Lew, H. Bor, G. Fullelove, & J. Greenaway, en *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, *op. cit.*, pág. 563.

⁹⁰ De conformidad con lo expuesto en la sección 7 Limitation Act 1980, de pretender la ejecución del laudo, el plazo de prescripción en la generalidad de los casos es de 6 años desde la fecha en que se debiese haber cumplido con lo dispuesto en el laudo.

dictado en un Estado que se pretenda reconocer y ejecutar en otro Estado, adquirirá la naturaleza de “extranjero” para éste último⁹¹.

8.2 – La ejecución de los laudos nacionales

La ejecución de los laudos nacionales queda regulada por la sección 66 EAA, que establece que un laudo dictado por el tribunal conforme al convenio arbitral podrá, una vez obtenido el permiso del tribunal nacional, ser ejecutado de la misma manera que una sentencia o una orden del órgano jurisdiccional (s. 66(1) EAA); y cuando se hubiere otorgado la autorización, se podrá dictar una sentencia que contenga los términos del laudo (s. 66(2) EAA). De este modo, la sección 66 EAA reconoce dos métodos. El primero de ellos permite que la parte que solicita la ejecución se beneficie de cuantos mecanismos existen para ejecutar una sentencia. Por otro lado, el resultado práctico de la segunda opción es que la parte ejecutante, además, del laudo obtendrá una sentencia que recogerá lo dispuesto en aquél. Ahora bien, el permiso del tribunal es un requisito ineludible, en ambos casos, y uno de los alicientes de éste último método es que el incumplidor podrá incurrir en desacato al tribunal, posibilidad inexistente en el primer supuesto.

Sin embargo, el tribunal denegará la ejecución si la persona frente a la que se pretendiese ejecutar el laudo demostrase que el tribunal arbitral carecía de competencia material para dictar la sentencia arbitral. La carga de la prueba recae sobre la parte que se oponga a la ejecución. La sección 82(1) define la “competencia material” como: el acuerdo de sumisión a arbitraje, la constitución del tribunal arbitral y el alcance del acuerdo de arbitraje, en relación al convenio arbitral. Todas ellas son situaciones expresamente recogidas en la sección 30 (1)(a) a (c).

El derecho de oposición a la ejecución podrá perderse a tenor de lo dispuesto en la sección 73, si la parte hubiera formado parte del procedimiento arbitral y no hubiere realizado ninguna objeción a la competencia del tribunal arbitral en su debido tiempo (s. 63(3) EAA). El tribunal podrá denegar la ejecución en el ejercicio de su facultad discrecional⁹² y, en aquellas situaciones, en que el laudo aborde

⁹¹ Artículo I(1) Convención de Nueva York.

⁹² Destacan J. D.M. Lew, H., G. Bor, Fullelove & J. Greenaway, , en *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland, op. cit.*, pág. 567, que el propio lenguaje de los apartados (1) y (2) de la sección 66 EAA permiten tal posibilidad.

cuestiones no susceptibles de ser resueltas en un procedimiento arbitral o cuando así lo requiera el orden público (s. 81 (1)(a) EAA) y (s. 81 (1)(b) EAA).

8.3 – La ejecución de los laudos extranjeros

El reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros⁹³ está regulado por la Parte II EAA y por la Convención de Nueva York que, como su propio título indica, se redactó con el objetivo primordial de facilitar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros. La Convención, por lo tanto, regula exclusivamente la ejecución de laudos, por lo que quedan excluidas las demás resoluciones dictadas en el transcurso del proceso arbitral. Sin embargo, curiosamente, no se proporciona ninguna definición de “laudo”. En cualquier caso, deberá tratarse de una decisión, dictada por el tribunal arbitral, que resuelva definitivamente y con efecto de *res iudicata* todo o parte de la disputa sometida a arbitraje⁹⁴.

En Inglaterra impera la presunción de que el laudo será vinculante entre las partes sobre las que recayó la sentencia arbitral. De este modo, al igual que ocurre con los laudos “nacionales”, los “extranjeros” podrán ejecutarse, previa autorización del tribunal inglés, de la misma forma que una sentencia o una orden judicial; o bien se podrá dictar una sentencia judicial que recoja los términos contenidos en el laudo (s. 101 EAA)⁹⁵. Igualmente, la parte que solicite el reconocimiento y ejecución deberá presentar el laudo original autenticado o una copia compulsada, junto con el original o la copia compulsada del convenio arbitral. Igualmente, si el laudo está redactado en lengua no inglesa, se deberá presentar una traducción (s. 102 EAA).

⁹³ En este sentido, a los efectos de la presente obra, se entiende que el Estado donde se dictó el laudo extranjero es un Estado signatario de la Convención de Nueva York, según lo dispuesto en la sección 100(1) EAA. En caso contrario, el laudo podrá ser igualmente ejecutado conforme al *common law*, siempre que la parte que pretendiese su ejecución demostrase que el laudo se hubiere dictado de conformidad con un convenio arbitral válido, en aplicación de su ley aplicable, y que el laudo fuera válido y definitivo, conforme a la ley aplicable al procedimiento arbitral.

⁹⁴ J. D. M. Lew, L. A. Mistelis & S. M. Kröll, en *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pág. 699. En opinión de G. Born, en *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2012, pág. 369, la definición de laudo comprende tres condiciones básicas: (i) que el laudo sea resultado de un acuerdo de sumisión a arbitraje, (ii) que la sentencia arbitral cumpla con ciertas características que son inherentes al propio concepto de laudo, y (iii) que el laudo resuelva sobre el fondo del asunto, que no una cuestión procesal o del procedimiento.

⁹⁵ La ejecución podrá ser de la totalidad o parte del laudo: *IPCO (Nigeria) Ltd c. Nigerian National Petroleum Corporation* [2008] EWHC 797 (Comm).

El procedimiento de reconocimiento y ejecución quedó resumido en *Yukos Oil Company c. Dardana* de la siguiente manera: «La parte victoriosa de un laudo dictado bajo los auspicios de la Convención de Nueva York, como define la sección 100(1), tiene un derecho *prima facie* al reconocimiento y ejecución. En una primera etapa, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá, a tenor de la sección 102(1), presentar el laudo debidamente autenticado o una copia compulsada y el original del convenio arbitral o una copia compulsada. El convenio arbitral significa un convenio arbitral por escrito, como define la sección 5. Una vez se hayan presentado esos documentos, el reconocimiento y ejecución podrá denegarse en una segunda etapa exclusivamente si la contraparte prueba que la situación se encuentra dentro del ámbito de alguno de los supuestos recogidos en la sección 103(2)»⁹⁶.

La sección 103 enumera los supuestos en los que el tribunal, sin realizar una revisión del fondo del asunto, podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo, que son un reflejo de lo dispuesto en el artículo V de la Convención de Nueva York. Se trata de un *numerus clausus*, de manera que el tribunal no podrá denegar el reconocimiento y ejecución en ningún otro fundamento, excepto cuando se den alguna de las circunstancias especialmente previstas; esto es, si la parte que se opone a la ejecución del laudo demostrase que: que una de las partes del convenio arbitral (conforme a la ley que le resulte aplicable) estaba sujeta a alguna incapacidad; que el convenio arbitral no es válido, en virtud de la ley a que las partes lo hubieren sometido o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; que no se le hubiere notificado debidamente la designación del árbitro o del procedimiento arbitral o no hubiera podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; que el laudo se refiera a una diferencia no prevista en el convenio arbitral o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contenga decisiones que exceden de los términos del convenio arbitral o de la cláusula compromisoria; sin embargo, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras (s. 103(4) EAA); que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado

⁹⁶ *Yukos Oil Company c. Dardana Ltd* [2002] EWCA Civ 543.

entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo.

En la práctica, la efectividad de los citados argumentos es ciertamente reducida; los tribunales ingleses históricamente han ejecutado los laudos y solo en raras y contadas ocasiones han denegado su ejecución⁹⁷.

Por añadidura, el reconocimiento y la ejecución del laudo también se podrán negar si: (i) el objeto de la disputa no es susceptible de solución por vía de arbitraje o (ii) cuando resultase contrario al orden público (s. 103(2) EAA). La EAA no prevé una definición de orden público. En la práctica inglesa, una referencia recurrente es el fallo *Richardson c. Mellish*, que catalogó al orden público como un “caballo desbocado” que no sabes a dónde te llevará⁹⁸. Desde entonces, la jurisprudencia ha tratado de aportar mayor claridad al ambiguo concepto de orden público, de manera que éste deberá interpretarse restrictivamente conforme a la ley inglesa, al ser ésta la jurisdicción donde se pretende la ejecución⁹⁹.

⁹⁷ De hecho, como resaltan J. D.M. Lew, H. Bor, G. Fullelove & J. Greenaway en *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland, op. cit.*, págs. 575 a 579, hasta la fecha solo son tres los casos en los que se ha reconocido la ejecución de un laudo con base en alguno de los argumentos recogidos en el apartado 2 de la sección 103 EAA; dos en relación al subapartado (c): *Irvani c. Irvani* [2000] 1 *Lloyd's Rep* 412 y *Kanoria and others c. Guinness* [2006] *EWCA Civ* 222; y uno referente al subapartado (b): la controvertida decisión del Supreme Court en *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] *UKSC* 46.

⁹⁸ *Richardson c. Mellish* [1824] 2 *Bing* 229.

⁹⁹ *IPCO (Nigeria) Ltd c. Nigerian National Petroleum Corporation* [2005] *EWHC* 726 (*Comm*). Un claro ejemplo en el que los tribunales ingleses denegaron la ejecución de un laudo por resultar contrario al orden público inglés fue *Soleimany c. Soleimany* [1998] *EWCA Civ* 285. En *Westacre Investments Inc. c. Jugoimport-SPDR Holding Co Ltd* [2000] *QB* 288, el tribunal concluyó que el orden público inglés debería tener exclusivamente en consideración (en disputas contractuales en las que el contrato se hubiese ejecutado en el extranjero) actividades que provoquen una condena universal como: el terrorismo, tráfico de drogas, la prostitución, la pedofilia o cualquier tipo de corrupción o fraude en el comercio internacional. Por último, en *Omnium de Traitement et de Valorisation SA c. Hilmarton Ltd* [1999] 2 *All ER (Comm)* 146, se solicitó la ejecución de un laudo dictado en Suiza, sobre un contrato regulado por ley suiza cuya ejecución en Algeria resultó ilegal en aplicación de la ley argelina, pero no conforme a la ley suiza (aplicable al contrato). El tribunal inglés consideró que, en definitiva, se trataba de ejecutar un laudo arbitral que no el contrato subliminal. De esta forma, el tribunal concluyó que no resulta contrario al orden público inglés ejecutar un laudo que no resulte contrario al orden público de la ley aplicable al contrato o de la ley del lugar del arbitraje.

Resumen: En el ordenamiento civil inglés, los conflictos no suelen finalizar en la jurisdicción ordinaria, en muchas ocasiones, se resuelven a través de los ADR. Tanto la legislación como la jurisprudencia regulan y promueven la utilización de mecanismos de resolución extrajudiciales. El presente artículo recoge un estudio de las principales características del arbitraje en Inglaterra y Gales y analiza cuáles son los presupuestos fundamentales y cómo se tramita el procedimiento en el sistema anglosajón. Analizando cómo se desarrolla la colaboración y supervisión jurisdiccional; los elementos y efectos del laudo; así como su impugnación, reconocimiento y ejecución, tanto de los laudos nacionales como extranjeros.

Palabras claves: ADR, resolución de conflictos, arbitraje, convenio arbitral, laudo, árbitro, impugnación, reconocimiento, ejecución.



ISSN 2037-6677

2014/4

People's Advocate: the Albanian Ombudsman
L'Avvocato del Popolo: l'Ombudsman albanese

Anjeza Sina

Abstract

This article analyses the institution and the role of the Albanian Ombudsman. The importance of People's Advocate in a democratic society, and especially in a post communist country in transition as Albania is essential. In fact, the most important development of the new constitutional provision in the field of human rights protection is the regulation for the first time of the institution of the Ombudsman. The purpose of this essay is to investigate the implementation and the potentialities of the Office.

Albania - human rights protection - freedoms - Advocate - check and balances



L'Avvocato del Popolo: l'Ombudam albanese

di Anjeza Sina

Sommario: 1 – Premessa: breve storia costituzionale. 2 – Fondamento costituzionale e disciplina legislativa. 3 – I criteri e i procedimenti di nomina. 4. – I rapporti con gli altri poteri dello Stato. 5. – Accesso, poteri, funzioni e atti. 6. – I settori di intervento. 7 – La collocazione del modello albanese nel diritto comparato.

1. – La storia dello Stato albanese coincide con la separazione dall'Impero ottomano avvenuta nel 1912. Successivamente, l'Albania, a partire dal 1944, subì il dominio del comunismo sovietico, il quale fu notoriamente tanto cruento al punto da ridurre, molto più che altrove, il Paese ad un totale isolamento. L'Albania si legò strettamente all'URSS, partecipando alle organizzazioni internazionali da essa dirette sino a scontrarsi con la stessa URSS nel 1961 e successivamente ad uscire dagli organismi collegati col riavvicinamento di Mosca alla Jugoslavia e con l'instaurazione di legami più stretti di Tirana con la Cina maoista¹. L'Albania si staccò anche dalla Cina in conseguenza dello sviluppo di relazioni tra Cina e USA dal 1972 e soprattutto dopo la morte di Mao Zedong nel 1976.

¹ Si veda in tal proposito M. Ganino, *La Costituzione albanese del 1998: alla ricerca dell'Europa*, in questa *Rivista*, 1999, 23-24.

In quel lasso temporale furono emanati dal Parlamento due atti di valore costituzionale, l'uno nel 1946² l'altro nel 1976, entrambi con il nome di “Statuti fondamentali”³. Quando la contrapposizione fra blocco occidentale e orientale venne meno e dopo la dissoluzione dell'URSS, la ricomposizione degli assetti costituzionali di numerosi Paesi dell'Est europeo riguardò anche lo Stato albanese. L'Albania, infatti, ultimo Paese del blocco comunista sopravvissuto in Europa, transitò da un regime totalitario ad uno democratico, abbandonando il precedente modello socialista per passare ad un modello rientrante nel costituzionalismo liberale.

Solo dopo la Costituzione provvisoria del 1991 entrò in vigore, nel 1998, una Costituzione democratica⁴ all'interno della quale fu introdotto l'Avvocato del Popolo⁵. “*Avokati i Popullit*”, più precisamente, indica, nella lingua albanese, la pregnante tutela offerta ai cittadini da tale organo⁶; trattasi di una vera e propria autorità nazionale⁷ che persegue la difesa del cittadino nei confronti della Pubblica

² Il 2 dicembre 1945 le elezioni furono vinte con il 90% dal Partito Comunista e venne eletta l'Assemblea nazionale, la quale assunse il nome di Assemblea popolare (Kuvendi Popullor), si insediò quindi il governo comunista di Enver Hoxha il quale abolì la Monarchia ed approvò una nuova Costituzione il 4 marzo 1946. Tale Costituzione è quella jugoslava del 31 gennaio 1946, le prime ad essere adottate nei Paesi sottoposti all'influenza sovietica, costituiscono un'imitazione della Costituzione dell'URSS del 1936.

³ Si tratta degli statuti albanesi degli anni 1920, 1922, 1925, 1928, i quali per il loro contenuto rappresentano le Costituzioni dello Stato albanese ma nella prassi presero il nome di “Statuto”. Cfr. L. Omari, A. Anastasi, *E drejta kushtetuese* (Diritto costituzionale), Tirana, ABC, 2010, 10.

⁴ Dopo aver superato momenti critici per l'adozione di una Costituzione democratica, come l'episodio della bocciatura di un primo progetto costituzionale nella consultazione referendaria del 1994, – in un clima di aspri contrasti e di profonde divisioni tra le principali forze politiche –, l'Albania, grazie anche alla consulenza e l'intensa collaborazione con la Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, ha una nuova Costituzione adottata dal Parlamento il 21 ottobre 1998 e approvata con referendum popolare il successivo 22 novembre. Si rammenta che l'Albania ha aderito al Consiglio d'Europa nel 1995. Una delle condizioni imposte da questa organizzazione dopo l'adesione è stata l'istituzione di un istituto garante della tutela dei diritti umani. Proprio da queste considerazioni nasce l'opportunità non solo di riflettere sull'esperienza del passato, ma soprattutto di valutare le prospettive e gli scenari ipotizzabili che la nuova Costituzione offre al compimento del processo di democratizzazione del Paese.

⁵ Per la costituzione dell'istituzione dell'Avvocato del Popolo hanno contribuito diverse organizzazioni internazionali, in particolare il Consiglio d'Europa e l'OSCE; anche il Regno di Danimarca attraverso il progetto DANIDA ha garantito un notevole sostegno economico.

⁶ Non è casuale la denominazione “Avokati i Popullit”, è un modo per circoscrivere la categoria dei soggetti protetti da parte di questa istituzione. Non i (soli) cittadini albanesi; ma chiunque, inclusi gli stranieri, i rifugiati e gli apolidi. Nella Costituzione albanese si usa il termine “chiunque” e “nessuno” quando si parla di diritti umani e solo in tre disposizioni si usa il termine “cittadino albanese” in riferimento all'art. 39 c. 1, art. 45 e art. 55 c. 1. Al riguardo restano fondamentali le riflessioni di E. Bushati, *Leksione të së Drejtës Administrative* (Lezioni di Diritto Amministrativo), Tiranë, Universiteti Kristal, Fakulteti i Drejtësisë, 2009, 257; e N. Shehu, *Dall'Högste Ombudsman all'Avvocato del Popolo albanese*, in A. Loiodice, S. Tafaro, (cur.), *L'Avvocato del popolo albanese*, Torino, Giappichelli - ISPROM, 2008, 52.

⁷ È utile ricordare che in Albania al momento della configurazione dell'Avvocato del popolo, sia nella Costituzione, sia nella l. 8454/99, si pose in modo chiaro un quesito sulla convenienza di nominare un solo Avvocato del Popolo oppure più avvocati. Si optò per una figura monocratica, più consona alla realtà di un piccolo Paese. È evidente che tale scelta conferma la necessità di un adattamento dell'istituto alle

amministrazione ed è garante della democrazia attraverso la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, diritti che erano stati sistematicamente violati dallo Stato albanese⁸.

2. – Il modello storico di “Ombudsman”, nato e sviluppatosi in Svezia, è stato successivamente accolto in numerosi ordinamenti. Tuttavia, nonostante diversi tentativi di configurazione di una tipologia unitaria, tale istituto stenta ancora ad essere riconducibile in un unico modello⁹ anche perché il diverso substrato sociale, politico, culturale all'interno del quale si inserisce la figura dell'Ombudsman genera tipologie variegata difficilmente omologabili¹⁰. Nelle giovani democrazie fondate sulle ceneri del comunismo, l'Ombudsman ha assunto un ruolo di primaria importanza, proprio erigendosi a tutela e salvaguardia di quei diritti fondamentali violati impunemente nell'epoca comunista. In questo senso, tale istituto è deputato a cooperare con le deboli istituzioni democratiche. In tali esperienze l'Ombudsman diviene un vero e proprio punto di riferimento per i cittadini anche se la sua concreta funzionalità-utilità dipende dal tipo e dal grado di ricettività delle sue funzioni da parte del sistema politico-amministrativo¹¹. Proprio per dare forza e rilievo a tale figura, in molte Repubbliche dell'Est europeo, l'Ombudsman tende ad essere inserito e regolato nel Testo costituzionale. E' il caso della Lituania art. 73 Cost. (Seimas Ombudsman), della Polonia artt. 208-212 Cost. (Commissario per i diritti dei cittadini), della Slovenia art. 159 Cost. (Organo per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), della Slovacchia art. 151 a Cost. (Difensore pubblico dei diritti), dell'Estonia artt. 139-145 Cost. (Cancelliere di Giustizia) e della Romania artt. 58-60 Cost. (Avvocato del Popolo)¹².

Le Costituzioni di questi Paesi, configurano un difensore dei diritti fondamentali dalle funzioni di vero e proprio avvocato del popolo il cui compito è

caratteristiche del proprio ordinamento e al contesto sociale, a maggior ragione vista l'attitudine dell'Avvocato del Popolo a fungere da regolatore dei rapporti giuridici di diritto pubblico, cioè tra l'amministrazione e gli individui.

⁸ Cfr. *Prezenga e OSBE-së në Shqipëri, Debati Kushtetues* (La presenza dell'OSCE in Albania, Dibattito Costituzionale) I, Tiranë, Shtëpia Botuese P.S.H., 2006.

⁹ Cfr. G. de Vergottini, *Ombudsman*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 879.

¹⁰ Si veda in proposito, *ex multis*, il testo di M. Mariani, A. di Bernardo, A. L. Doria, *Il Difensore civico: Esperienze comparate di tutela dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2000.

¹¹ Cfr. A. Papisca, *Difensore civico, ovvero magistratura naturale dei diritti umani*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 2, 1990, 4^a, 10.

¹² Cfr. A. Celotto (cur.), *Il “ruolo” del Difensore civico, Aspetti evolutivi e comparativi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

esattamente quello di rafforzare le garanzie costituzionali previste a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali¹³.

Una menzione particolare merita il modello accolto in Romania¹⁴, il cui ordinamento qualifica l'Ombudsman come *Avocatul Poporului*¹⁵ regolandone le funzioni sia nel capitolo IV della Costituzione del 1991 che nella legge 13-3-1997 n. 35. L'Ombudsman rumeno è un'istituzione indipendente, responsabile del trattamento delle denunce presentate dai cittadini contro le altre istituzioni dello Stato. È interessante notare la somiglianza della denominazione dell'Ombudsman albanese, *Avokati i Popullit* con il sopracitato *Avocatul Poporului*, infatti entrambi si qualificano come "Avvocato del Popolo". Il richiamo al caso rumeno è evidente.

Venendo ora al modello accolto in Albania¹⁶, si osserva come tale organo sia inserito nella Costituzione dall'art. 60 ai sensi del quale, «L'Avvocato del Popolo difende i diritti, le libertà e gli interessi legittimi dell'individuo dalle azioni ed omissioni illecite ed illegittime della Pubblica amministrazione». L'art. 2, legge 8454/99, inoltre, prevede che: «L'Avvocato del Popolo cura la salvaguarda dei diritti, delle libertà e degli interessi legittimi dell'individuo nei confronti delle azioni illegittime ed irregolari della Pubblica amministrazione e dei privati che agiscono per suo conto». L'idea, dunque, di inserire questa figura nella nuova Costituzione albanese sorse già nel dibattito per la stesura del Testo costituzionale: l'Avvocato del Popolo, infatti, fu pensato come completamento del sistema delle garanzie dei diritti umani e quale difensore del cittadino contro gli abusi della Pubblica amministrazione¹⁷.

¹³ Cfr. L. Omari, A. Anastasi, *E drejta kushtetuese* (Diritto costituzionale), cit., 105-116.

¹⁴ Inoltre l'istituto dell'Ombudsman è molto diffuso nelle Costituzioni dei Paesi dell'America Latina. Ad esempio Argentina (artt. 43 e 86 Cost.), Bolivia (artt. 127-131 Cost.), Colombia (artt. 118, 178, 197, 235, 277, 281-284 Cost.), Ecuador (artt. 96, 130, 145, 278 Cost.), Messico (art. 102 b Cost.), Paraguay (artt. 276-280 Cost.), Perù (artt. 91, 161-162, 203 Cost.), Venezuela (artt. 273, 283 Cost.).

¹⁵ L'Ombudsman rumeno è stato istituito nel 1991 dopo la ratifica della prima costituzione post comunista del Paese. Inizialmente, l'Ombudsman è stato nominato dal Senato per un mandato di quattro anni. Dopo la modifica costituzionale del 2003, l'Ombudsman è nominato per un periodo di cinque anni, da entrambe le camere del Parlamento.

¹⁶ Non difformemente da altri Paesi ad ordinamento democratico, l'Albania appare essere ancora lontana dalle sue enunciazioni costituzionali. Si veda in tal proposito A.L. Valvo, *Alcune riflessioni sui diritti e libertà fondamentali nella nuova Costituzione albanese* in Riv. coop. giur. internaz., Nagard, III, 1999, 53-59.

¹⁷ Cfr. L. Omari, *Shteti i së Drejtës* (Lo stato di diritto), Tiranë Shtypshkronja LILLO, 2002, 307.

Questa immagine, consegnata dai Costituenti all'opinione pubblica della giovane democrazia albanese ed agli stessi osservatori internazionali¹⁸, rispondeva alla comune convinzione che un processo di democratizzazione richiede anzitutto precondizioni strutturali, posto che Paesi economicamente in difficoltà come quello albanese non potevano per definizione compiere un repentino balzo verso una democrazia compiuta¹⁹.

In questa prospettiva, l'Avvocato del Popolo è definito dalla Costituzione un organo costituzionale²⁰, indipendente, con poteri di istruttoria, di informazione e sollecitazione dei provvedimenti della Pubblica amministrazione. Tale organo, collocato nella parte II della Costituzione dedicata ai diritti e alle libertà fondamentali dell'uomo, assume per ciò una significativa importanza la quale è accentuata dal fatto che lo stesso Testo costituzionale regola al proprio interno sia parte delle funzioni che il procedimento di nomina (artt. 60, 63 e 134).

L'Avvocato del Popolo è un organo monocratico ed è politicamente responsabile della propria attività nei riguardi del Parlamento²¹. Accanto alle previsioni costituzionali esistono diverse leggi ordinarie che hanno rafforzato la figura dell'Avvocato del Popolo ad ulteriore conferma dell'importanza attribuita all'istituto dal Parlamento albanese. Oltre alla legge 4 febbraio 1999 n. 8454 sull'Avvocato del Popolo²² sono diverse le leggi che attribuiscono poteri e funzioni a tale organo. La legge del 1999 indica con chiarezza i valori ed i principi cui esso si

¹⁸ Tra i tanti che sottolineano l'importanza di questo fattore importante per la creazione dell'istituto cfr. soltanto E. Dobjani, *Do not hesitate to knock on Peope's Advocate door ... – I adress to you, I respond to you, I write to you –*, Tiranë, OMBRA GVG, 2009, 19. Assicurare i diritti democratici per iscritto, nelle leggi, o persino in una carta costituzionale non basta, non è sufficiente; come sostiene Dahl, quei diritti devono essere effettivamente applicati e fruibili dai cittadini nella pratica. Sul punto cfr. R.A. Dahl, *Sulla democrazia*, Bari, Laterza, 2000, 53.

¹⁹ Per alcune riflessioni generali sul tema si veda M. Calamo Specchia, M. Carli, G. di Plinto, R. Toniatti (cur.), *I Balcani occidentali, Le costituzioni della transizione*, Torino, Giappichelli, 2008.

²⁰ L'Avvocato del Popolo rientra nella categoria degli organi previsti dalla Costituzione. Si ricorda che la Corte costituzionale con sent. 5-12-2008, n. 25 in *Fletore Zyrare*, afferma: “La dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno distinto tra le istituzioni costituzionali da un lato, e le istituzioni di rilevanza costituzionale o previste dalla Costituzione, dall'altra.” La Costituzione regola diversi organi indipendenti, oltre all'Avvocato del Popolo, come ad esempio: il Consiglio superiore di giustizia, il Procuratore Generale, l'Istituzione Superiore di controllo. Questi organi riflettono il principio di controllo e di bilanciamento tra i poteri previsto nell'art. 7 della Cost. Albanese. Per una disamina più attenta si rimanda a XH. Zaganjori, A. Anastasi, E. Methasani Çani, *Shteti i së Drejtës në Kushtetutën e Republikës së Shqipërisë* (Lo stato di diritto nella Costituzione della Repubblica albanese), Tirane, Shtepia Botuese Adelprint, 2011.

²¹ Per un'analisi più approfondita sulla figura dell'Avvocato del Popolo si rinvia al Regolamento sull'Organizzazione e il funzionamento dell'Avvocato del Popolo art. 3, approvato con l'Ordine interno dell'Avvocato del Popolo 28-5-2008 n. 64.

²² Pub. nella G. U. 15-2-1999, n. 5.

ispira, ossia neutralità, imparzialità, professionalità ed indipendenza (art. 2, c. 2 l. 8454/99)²³. In attuazione di tale legge, la legge 04-10-2000, n. 8600 e la legge 12-5-2005, n. 9398 hanno rafforzato la vigilanza sugli organi di amministrazione, sulle procedure di controllo giudiziario; hanno migliorato il controllo sulle prigioni e centri di detenzione; hanno previsto la partecipazione alle riunioni degli organi collegiali, dove si discutono le decisioni assunte grazie alle raccomandazioni dell'Avvocato del Popolo. Inoltre, la legge 8485 sempre del 1999, contenente il Codice di procedura amministrativa della Repubblica di Albania, attribuisce specifiche competenze all'organo – in particolare include l'Avvocato del Popolo tra i soggetti legittimati all'azione nel processo amministrativo (all'art. 45 lett. c)) – e la legge 30-3-1999, n. 8503 rafforza il diritto di informazione dei cittadini sui documenti detenuti dalla Pubblica amministrazione, attribuendo un ruolo di vigilanza al Difensore del Popolo²⁴.

Da ultimo, la legge 22-5-2003, n. 9017 di riforma della legge 16-4-1998, n. 8328 sui diritti ed il trattamento dei condannati all'art. 1 apporta modifiche all'art. 43 della precedente l. 8328/98, attraverso un comma 8, il quale prevede: «Tutte le istituzioni, in attuazione di sentenze finali di condanna, comprese le istituzioni per la protezione delle persone malate ed incapaci, possono essere visitate dall'Avvocato del popolo e dai suoi commissari, di propria iniziativa, in qualunque momento e senza autorizzazione». Inoltre, la legge 11-9-2003, n. 9135 ha attribuito specifiche competenze a tale organo in materia di tutela dei consumatori, infatti all'art. 55 stabilisce: «I consumatori e le loro associazioni, che lamentano la violazione dei loro diritti da azione illegali o improprie della Pubblica amministrazione, presentano reclamo per mezzo dell'Avvocato del popolo, in conformità alla legge n. 8454, del 04-2-1999 sull'Avvocato del popolo».

3. – La nomina di un Ombudsman rappresenta, in qualsiasi contesto territoriale, e con maggior forza nelle aree dove è più intenso il bisogno di tutela dei diritti

²³Cfr. E. Dobjani, *E drejta administrative 1* (Diritto amministrativo 1), Tirane, Perlat Voshtina, 2007. Inoltre, i principi/valori a cui si ispira l'Ombudsman albanese sono ribaditi dal Codice Etico dell'Ufficio dell'Avvocato del Popolo entrato in vigore il 15 giugno 2000, il giorno in cui l'Ufficio ha iniziato la sua attività. Nel rispetto della l. 11-11-1999 n. 452 “Sullo status di dipendenti pubblici” i dipendenti dell'Ufficio devono attenersi a tutti gli obblighi derivanti dallo status di dipendente pubblico.

²⁴ L. 30-3-1999, n. 8503 all'art. 18 ribadisce il diritto all'informazione già riconosciuto all'Avvocato del popolo dalla l. 8454/99.

primari, un segnale della volontà di migliorare i rapporti tra amministrazione e cittadino, attraverso una modulazione dei rapporti della prima in funzione servente rispetto al secondo²⁵. In merito ai criteri e procedimenti di nomina dell'Avvocato del Popolo albanese è anzitutto opportuno esaminare sia l'art. 61 della Costituzione che la legge 8454/99 di disciplina dell'istituto ed in particolare l'art. 3 e l'intero Capo II riguardante l'Elezione, la Revoca e i Diritti dell'Avvocato del Popolo. Da un'analisi parallela del dato costituzionale e della legge sopracitata colpisce, in primo luogo, la rigidità dei criteri per la selezione dei candidati. Proprio per garantire lo svolgimento dell'attività in piena indipendenza dal governo, dai partiti politici e da tutte quelle situazioni che possono ostacolare il lavoro dell'Avvocato del Popolo, il legislatore è stato dettagliato nel definire i criteri di nomina. Ai sensi dell'art. 3 della legge 8453/99, la carica può essere acquisita da chi abbia i seguenti requisiti: sia cittadino albanese; si sia distinto nel campo della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo; sia noto per capacità professionale e per statura etico-morale; sia incensurato e non sia componente dell'Assemblea Legislativa nella legislatura in cui viene proposta la sua candidatura. Tali criteri mirano dunque allo scopo di far sì che l'Avvocato del Popolo abbia una statura intellettuale e morale indiscutibilmente apprezzata dal popolo; l'Avvocato del Popolo, in altre parole, deve essere ed apparire del tutto imparziale e deve godere della fiducia generale, oltre a vantare una comprovata esperienza in materia di diritti umani ed essere un apprezzato giurista²⁶. E' dunque la preparazione professionale del candidato a garantirne l'indipendenza ed autonomia da chi lo nomina. La carica dell'Avvocato del Popolo ha una durata quinquennale con possibilità di rielezione ed il mandato può estinguersi per le seguenti ragioni: dimissioni, termine, morte e revoca (art. 7 l. 8454/99).

Più specificatamente, l'Avvocato del Popolo può essere revocato dal proprio incarico previa richiesta di 1/3 dei deputati, approvata da una maggioranza di 3/5 dell'Assemblea, quando venga condannato con sentenza passata in giudicato, per incapacità mentale e fisica, qualora eserciti attività in contrasto con quanto previsto dall'art. 10 della presente legge e qualora sia assente dalle sue funzioni per più di 3 mesi (art. 8 l. 8454/99).

²⁵ Cfr. M. Mariani, A. di Bernardo, A. L. Doria, *Il Difensore civico: Esperienze comparate di tutela dei diritti*, cit. XII (introduzione).

²⁶ Cfr. A. Loiodice, S. Tafaro, N. Shehu (cur.), *L'Avvocato del popolo albanese*, cit. 55.

E' infine opportuno specificare che l'Avvocato del Popolo, anche se eletto da 3/5 del Parlamento (art. 4 l. 8454/99), non è da considerarsi un organo parlamentare²⁷. L'importanza attribuita a tale organo si evince dunque anche dall'elevato quorum prescritto per la sua elezione, posto che analoga maggioranza è richiesta per l'elezione del Presidente della Repubblica. Maggiore è il numero di voti richiesto per l'elezione dell'Avvocato del Popolo, maggiore è l'indipendenza e la sua autorità pubblica. La scelta dell'Avvocato del Popolo a maggioranza qualificata è una garanzia del suo gradimento da parte di una vasta maggioranza popolare capace di giustificare la sua indipendenza e imparzialità²⁸.

L'Avvocato del Popolo si avvale dell'immunità a tutela dell'esercizio delle proprie funzioni. Infatti, gode delle stesse immunità previste per i giudici della Corte Suprema (art. 6 l. 8454/99) in materia penale²⁹. Essendo un organo indipendente esercita la sua attività scevra dall'influenza della maggioranza di governo; essendo non-politico non deve subire pressioni politiche nell'esercizio della sua attività; essendo un organo monocratico agisce più speditamente nell'esercizio delle proprie funzioni e deve rendere conto, ad ulteriore garanzia della propria indipendenza, al solo potere legislativo³⁰.

Analogamente all'Ombudsman svedese (con cui condivide la provenienza parlamentare) l'Avvocato del Popolo albanese non deve subire alcun condizionamento dal potere esecutivo, anche perché è fondamentale che tale organo possa svolgere con piena autonomia ed indipendenza le proprie indagini nei confronti della Pubblica amministrazione³¹. La carica di Avvocato del Popolo, inoltre, è assolutamente incompatibile con l'appartenenza a qualsiasi partito politico e, più in generale, ad organizzazioni politiche, così come deve astenersi dall'esercizio di qualsiasi attività professionale e non può partecipare o dirigere organizzazioni statali, economiche e commerciali (art. 10 l. 8454/99). Tali norme, in definitiva,

²⁷ Cfr. XH. Zaganjori, A. Anastasi, E. Methasani Çani, *Shteti i së Drejtës në Kushtetutën e Republikës së Shqipërisë* (Lo stato di diritto nella Costituzione della Repubblica albanese), cit., 227.

²⁸ Cfr. E. Toska, *Avokati i Popullit - Istitucion Kushtetues* (L'Avvocato del Popolo – Istituto Costituzionale), Tiranë, Inter Grafika, 2012, 30.

²⁹ V. Corte cost. albanese sent. 29-10-2002, n. 212, in *Fletore Zyrtare*.

³⁰ Gli elementi indicatori dell'indipendenza dell'istituto della difesa civica riguardano la nomina, la revoca, il mandato, l'aspetto finanziario e la rendicontazione. L'indipendenza di questa istituzione si riflette nel fatto che gli elementi caratterizzanti l'Avvocato del Popolo non sono associati all'esecutivo, ma solo all'organo legislativo. Si v. XH. Zaganjori, A. Anastasi, E. Methasani Çani, *Shteti i së Drejtës në Kushtetutën e Republikës së Shqipërisë* (Lo stato di diritto nella Costituzione della Repubblica albanese), cit., 222.

³¹ Cfr. G. de Vergottini, *Ombudsman*, cit., 881.

hanno il precipuo scopo di collocare l'Avvocato del Popolo in una posizione super-partes allo scopo di permettergli di intervenire nei confronti di qualsiasi istituzione³².

Ulteriore sintomo della sua indipendenza deriva dalla potestà di autorganizzarsi e quindi di determinare la struttura e il numero del personale dei suoi uffici, le qualità specifiche e la retribuzione dei suoi dipendenti, nel rispetto del budget approvato dal Parlamento. A titolo esemplificativo può richiamarsi l'art. 31 della legge 8454/99 che prevede la creazione di tre sezioni specializzate, mentre la legge 10-4-2000, n. 8600 stabilisce che «L'Avvocato del Popolo determina il resto della struttura organizzativa e il numero dei dipendenti della sua Istituzione»³³.

L'Ufficio dell'Avvocato del Popolo³⁴ è articolato in tre sezioni specializzate ed è diretto da commissari che seguono le richieste e le denunce presentate all'Ufficio. Tali commissari sono nominati dal Parlamento su proposta dell'Avvocato del Popolo per un mandato rinnovabile di tre anni, tra coloro che abbiano elevata competenza professionale nel campo del diritto, e sono soggetti alle stesse incompatibilità previste per l'Avvocato del Popolo, derivanti dagli art. 3 e 10 della legge 8454/99 (art. 33 l. 8454/99). Le sezioni si articolano nel modo seguente: una per gli atti degli organi dell'amministrazione centrale, delle autorità locali e dei terzi che agiscono per loro conto; una per gli atti della polizia, dei servizi segreti, degli istituti penitenziari, delle forze armate e delle autorità giudiziarie; infine una sezione generale per le questioni (diverse da quelle competenti alle precedenti sezioni) concernenti la collaborazione con le organizzazioni non statali e lo studio dell'attività riguardante le libertà dell'uomo. Per garantire una più penetrante presenza sul territorio, l'Avvocato del Popolo ha la facoltà di nominare suoi rappresentanti locali per casi specifici e per il periodo che ritenga opportuno.

4. – Come sostenuto dalla dottrina, il rapporto dell'Avvocato del Popolo con le altre istituzioni dovrebbe configurarsi non solo come un rapporto di controllo

³² Cfr. A. Loiodice, S. Tafaro, N. Shehu (cur.), *L'Avvocato del popolo albanese*, cit., 54.

³³ Si ricorda che la l. 10-4-2000, n. 8600 è un emendamento alla l. 4-2-1999, n. 8454 su "L'Avvocato del Popolo".

³⁴ L'attività dell'Ufficio dell'Avvocato del Popolo è supervisionato dalle Commissioni parlamentari per gli Affari Costituzionali e Legali, per i Diritti umani e le Minoranze e dell'Economia e delle Finanze.

sull'amministrazione, ma anche come rapporto di cooperazione istituzionale³⁵. L'Avvocato del Popolo in Albania è un Ombudsman parlamentare e come tale gode di garanzie di autonomia ed indipendenza anche dall'organo parlamentare³⁶, rispetto al quale, al limite, può ricevere istruzioni di principio nel contesto di un generale rapporto fiduciario. In base all'art. 6, primo comma, legge 8454/99, «*L'Avvocato del Popolo presenta all'Assemblea Legislativa un rapporto annuale e riferisce ogniqualvolta venga richiesta da Essa. Può lui stesso domandare di riferire all'Assemblea su casi che egli ritiene particolarmente gravi e per i quali ritiene opportuno sollecitare l'Assemblea*». L'obbligo di riferire al Parlamento è sancito dagli art. 25-27 della legge 8454/99. In generale, l'Avvocato del Popolo albanese si rapporta con il Parlamento al quale riferisce annualmente o quando lo ritenga opportuno o, comunque, quando venga richiesto dalla stessa Assemblea. Oltre che al Parlamento i Rapporti dell'Avvocato del Popolo sono inviati contestualmente al Capo dello Stato, al Capo del Governo ed altri organi costituzionali e di essi ne viene data la massima diffusione attraverso i media³⁷. Venendo al merito delle Relazioni, si osserva che esse sono suddivise in Rapporti annuali e speciali. I primi, obbligatori, contengono i diversi casi di violazione dei diritti e delle libertà dell'uomo e si spingono a descrivere le modalità mediante le quali si è intervenuti a tutela, ivi comprese le raccomandazioni indirizzate alle amministrazioni da parte dell'Ufficio dell'Avvocato del Popolo. I secondi, i Rapporti speciali³⁸, di iniziativa dell'Avvocato del Popolo o su richiesta del Presidente dell'Assemblea o di un gruppo di parlamentari, vertono su questioni specifiche considerate particolarmente rilevanti. Entrambe le tipologie di rapporto sono rese pubbliche entro e non oltre un mese dalla data della discussione in Parlamento. Appare evidente che la funzione di informazione, variamente esplicata tramite i Rapporti, permette di offrire all'organo di controllo politico (il Parlamento) ogni strumento utile sia sull'operato dell'Avvocato del Popolo, che soprattutto sulla Pubblica amministrazione da esso sottoposta a verifica. Il Rapporto, in definitiva,

³⁵ Cfr. E. Toska, *Avokati i Popullit - Istitucion Kushtetues* (L'Avvocato del Popolo – Istituto Costituzionale), cit., 134. Si rimanda anche a D. Christopoulos, D. Hormovitis, *The Ombudsman in South - Eastern Europe Strengthening the rule of law as a step towards European integration*, Proceedings - Papers of the Workshop, Athens, 22 e 23-5-2003.

³⁶ Si veda in merito H. Fix Zamundo, *Ombudsman*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, 1990, 5.

³⁷ Cfr. A. Loiodice, S. Tafaro, N. Shehu (cur.), *L'Avvocato del popolo albanese*, cit. 98.

³⁸ Secondo l'art. 27, l. 8454/99 il Presidente dell'Assemblea valuta il tempo e le forme di esame del Rapporto (speciale), che può avvenire: a) in seduta plenaria; b) tramite distribuzione ai parlamentari del Rapporto; c) nelle Commissioni permanenti del Parlamento.

assolve al duplice compito di verifica del lavoro svolto dall'Avvocato del Popolo e di indirizzo ed orientamento della sua azione da parte dell'organo parlamentare, così come di controllo/verifica nei riguardi della Pubblica Amministrazione³⁹.

Un ulteriore aspetto meritevole di approfondimento riguarda il diverso ambito di competenza tra l'Avvocato del Popolo ed il potere giudiziario ed in particolare la Corte costituzionale. In questo senso la tutela offerta dall'Avvocato del Popolo si esplica solo quando sono stati esperiti gli altri rimedi giurisdizionali e quando residuino situazioni di sostanziale iniquità⁴⁰. Ovviamente, le indagini dell'Ombudsman non influiscono sulle inchieste giudiziarie, potendo al limite favorire una forma di cooperazione tra i due organi essendo l'Avvocato del Popolo – per definizione – un *Amicus Curiae*. Analogamente, l'indagine dell'Avvocato del Popolo non può avere ad oggetto l'operato della Corte costituzionale e della magistratura in genere. Infine, in base all'art. 25 legge 8454/99, il controllo dell'Avvocato del Popolo non è esercitabile anche nei riguardi del Presidente della Repubblica⁴¹ e del Capo del Governo ed è esclusa sui seguenti atti: a) le leggi e gli altri atti aventi forza di legge; b) gli ordini di carattere militare delle Forze Armate; c) le sentenze dei Tribunali⁴². Esistono tuttavia alcune eccezioni: in particolare alcuni decreti amministrativi emanati dal Presidente della Repubblica possono essere sottoposti a controllo limitatamente al solo iter procedurale così come non sfuggono al controllo gli ordini del Primo Ministro i quali hanno natura di atti amministrativi.

Rilevante è inoltre il potere dell'Avvocato del Popolo di adire la Corte costituzionale. Infatti, tra i soggetti annoverati dall'art. 134 Cost. ai fini della

³⁹ Cfr. XH. Zaganjori, A. Anastasi, E. Methasani Çani, *Shteti i së Drejtës në Kushtetutën e Republikës së Shqipërisë* (Lo stato di diritto nella Costituzione della Repubblica albanese), cit., 228.

⁴⁰ Cfr. G. de Vergottini, *Ombudsman*, cit., 884.

⁴¹ L'Avvocato del Popolo non ha alcuna giurisdizione sugli atti e la persona del Presidente della Repubblica. Gli atti del Presidente in virtù della Costituzione sono decreti. Secondo una interpretazione della Corte costituzionale (Corte cost. albanese sent. 13-2-2002, n. 25, in *Fletore Zyrare*), alcuni decreti del Presidente hanno carattere amministrativo. Infatti su questi ultimi, l'Avvocato del Popolo può ricevere denunce e può indagare: a) decreti per la concessione della cittadinanza; b) decreti sulla nomina e revoca dei pubblici ministeri; c) decreti sulla nomina dei rettori; d) decreti di rilasciare diplomi. Sul punto si rinvia a E. Toska, *Avokati i Popullit – Istitucion Kushtetues* (L'Avvocato del Popolo – Istituto Costituzionale), cit., 150-153.

⁴² Al secondo c. l'art. 25 l. 8454/99 afferma: “Pur nel rispetto della lett. c), l'Avvocato del Popolo può accettare esposti per violazione dei diritti dell'uomo che sorgano da parte dell'amministrazione dell'attività giudiziaria e dalle procedure giudiziali. Le indagini dell'Avvocato del Popolo non possono interferire con l'autonomia dei Tribunali nell'emanazione della sentenza”. In base alle modifiche apportate dalla l. 12-5-2005, n. 9398 l'Avvocato del Popolo può ricevere ricorsi contro le decisioni dei tribunali. Ma la realizzazione in pratica di questo compito richiede dei cambiamenti nel codice di proc. civile e codice di proc. penale, che non sono stato ancora fatti.

legittimazione ad adire la Corte rientra proprio l'Avvocato del Popolo⁴³. Tale disposizione è dunque di primaria importanza, anche se è stata da sempre molto controversa. Alla luce delle disposizioni costituzionali⁴⁴, il diritto d'iniziativa a promuovere il ricorso si distingue a seconda che i legittimati abbiano diritto a ricorrere senza riserve, oppure «solo per le questioni che li concernono»⁴⁵. Ebbene, l'Avvocato del Popolo, in base al secondo comma dell'art. 134 Cost., può adire la Corte costituzionale limitatamente ad una legge che si presume incostituzionale in relazione alle sue competenze. Questo principio è stato affermato con la sentenza della Corte costituzionale del 31-7-2000, n. 49. In una successiva pronuncia⁴⁶, la Corte ha opportunamente distinto, rispettivamente, il diritto dell'Avvocato del Popolo di adire la Corte costituzionale ed il diritto di formulare raccomandazioni al Parlamento per l'abrogazione delle leggi e degli altri atti legislativi. La Corte albanese ha dichiarato che esiste una differenza netta tra queste due competenze in quanto sono diversi i profili applicativi. Venendo ora al merito ed all'importanza delle funzioni dell'organo, la Corte ha sottolineato che l'istituto della difesa civica rappresenta un «meccanismo effettivo per la tutela dei diritti costituzionali dei cittadini, diritti che costituiscono la base dello stato di diritto»⁴⁷.

5. – Ai sensi dell'art. 16 l. 8454/99, i procedimenti davanti all'Ufficio dell'Avvocato del Popolo sono essenti da oneri fiscali, e sono prevalentemente rivolti ai soggetti deboli ed ai ceti meno abbienti i quali, per definizione, sono privi

⁴³ L'art. 134 Cost. albanese stabilisce: «La Corte costituzionale esercita le sue competenze solo a richiesta: a) del Presidente della Repubblica; b) del Primo Ministro; c) di non meno di 1/5 dei deputati; d) del presidente della Corte dei Conti; e) di ogni Corte ai sensi dell'art. 145 c. 2 della Costituzione; f) dell'Avvocato del Popolo; g) degli Enti locali; h) degli organi delle comunità religiose; i) dei partiti politici e altre organizzazioni; j) dalle persone fisiche. I soggetti previsti dalle lettere f, g, h, i, j del c. 1 di questo articolo, possono adire la Corte solo per le questioni che li concernono.» V. anche l'art. 49 l. 10-2-2000, n. 8577 sull'organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale della Repubblica di Albania.

⁴⁴ La Corte costituzionale valuta tutti i casi presentati tenendo in considerazione soprattutto la legittimità del richiedente, analizzando i seguenti elementi: *Ratione personae*: se è il soggetto che può adire la Corte costituzionale, anche nel caso dell'Avvocato del Popolo, e se è la questione per cui questo soggetto attiva la Corte costituzionale nell'interesse di questo soggetto; *ratione tempore*: se il soggetto ha presentato tempestivamente la questione, cioè entro il termine di 3 anni previsti dalla legge; *ratione materiae*: se la questione è una questione per la quale può essere attivato la Corte costituzionale.

⁴⁵ V. Corte cost. albanese sent. 31-7-2000, n. 49. in *Fletore Zyrare*.

⁴⁶ Si v. in merito Corte cost. albanese sent. 3-2-2004, n. 2, in *Fletore Zyrare*, in occasione alla richiesta dell'Avvocato del Popolo per l'abrogazione di un articolo del Codice Doganale. La Corte costituzionale ha respinto la richiesta in quanto le disposizioni di legge che si chiede di abrogare trattano questioni relative al campo delle doganale, perciò l'Avvocato del Popolo non è legittimato a presentare la richiesta, perché la questione non è legato ai suoi interessi.

⁴⁷ V. Corte cost. albanese sent. 16-11-2007, n. 40, in *Fletore Zyrare*.

di adeguata protezione giurisdizionale. Diviene quindi cruciale che l'organo sia il più possibile conosciuto dai suoi "clienti". E difatti, lo staff dell'Avvocato del Popolo organizza periodicamente dei veri e propri "Open day"⁴⁸ sulla falsariga dell'assunto secondo il quale «un Ombudsman sconosciuto dal pubblico e dai funzionari pubblici non può essere un vero Ombudsman». Insieme al suo staff, il Difensore del Popolo organizza appositi incontri anche nei vari distretti del Paese al fine di decentrare⁴⁹ la propria attività e di rendere accessibile ovunque i servizi dell'Ufficio.

Questo tipo di attività viene svolta anche per correttamente implementare quanto previsto dalla legge 8454/99, la quale, al Capo III dedicato alle denunce, alle procedure di esame ed alle competenze dell'Avvocato del Popolo stabilisce che «Ogni persona, ogni gruppo di persone o le organizzazioni non governative, che lamentino la violazione dei propri diritti e libertà ovvero i propri interessi a causa di azioni od omissioni illegittime e comunque irregolari degli organi della P. A., hanno diritto di presentare un esposto per evidenziare l'irregolarità all'Avvocato del Popolo e chiedere il suo intervento per il ripristino del diritto violato» (art. 12 l. 8454/99).

Il panorama degli aventi diritto a presentare esposti è dunque vastissimo ricomprendendo le persone in stato di detenzione o arresto; unica eccezione le denunce presentate in modo anonimo. Una particolare forma di tutela è quella riconosciuta ad un'intera comunità che potrebbe essere lesa da un atto amministrativo. Il Difensore del Popolo, infatti, può essere adito per apprestare tutela intervenendo a nome e per conto della comunità.

A grandi linee, le funzioni dell'Ombudsman si riassumono nella vigilanza e nel controllo sull'attività amministrativa in senso stretto (restandovi invece normalmente

⁴⁸ Cfr. Rapporto Annuale 2002, sull'attività dell'Avvocato del Popolo. L'Ufficio dell'Avvocato del Popolo, nell'ambito della politica divulgativa e dell'informazione al pubblico, ha realizzato una nuova iniziativa chiamata "Open day", grazie alla quale i membri dell'ufficio dell'Avvocato del popolo hanno potuto incontrare i cittadini di molte città albanesi, spiegare loro i poteri di tale istituzione e aiutarli nella ricerca della soluzione dei problemi da essi lamentati.

⁴⁹ La Costituzione albanese definisce due livelli di governo locale: le Regioni e i Comuni/Municipalità, oltre agli uffici decentrati del governo centrale. Le specifiche competenze sono assegnate in modo da promuovere un sistema di *governance bottom up*, dal basso verso l'alto, ispirato al principio della sussidiarietà verticale. In questo modo i cittadini possono rivolgersi al livello di governo a loro più vicino (Municipalità/Comune) e solo in seconda istanza – ove la municipalità/comune non abbia la competenza o non sia nelle condizioni di poter efficacemente rispondere alla necessità del cittadino utente – dovranno rivolgersi al livello di governo superiore (Regione o Stato).

estranei gli atti di carattere politico)⁵⁰ con l'ulteriore fine di dettare alle Amministrazioni albanesi alcune regole di buona amministrazione. In questa ottica, l'attività del difensore civico si realizza anche attraverso forme di cooperazione con le autorità amministrative finalizzate a delineare le migliori prassi e le linee comportamentali da adottare con i cittadini. Quanto precede conferma che la funzione principale dell'Avvocato del Popolo è di tutelare i diritti individuali e le posizioni giuridiche soggettive violati da azioni o omissioni illegittime compiute dagli organi della Pubblica amministrazione. L'Avvocato del Popolo, in tali prospettive, assiste i cittadini nelle difficoltà incontrate nei rapporti con le autorità pubbliche, agendo, sia in via di mediazione, sia istruendo i reclami presentati dai cittadini. In tale cornice, il ruolo dell'Avvocato del popolo non si esaurisce al mero esame delle segnalazioni pervenute⁵¹, ma si caratterizza anche per iniziative d'ufficio e per la proposta di nuove soluzioni normative trasmesse al Parlamento. Riassuntivamente, le funzioni dell'Avvocato del Popolo sono esercitate sia d'ufficio (su iniziativa propria dello stesso Avvocato quando si tratti di casi di pubblica notorietà e comunque con il consenso delle persone interessate), sia in seguito a ricorsi o richieste direttamente proposti dai cittadini (art. 13 l. 8454/99)⁵².

Ciò premesso e venendo ora ai poteri istruttori dell'Avvocato del Popolo, si osserva che sebbene non possa iniziare o proseguire un'inchiesta già oggetto di procedimento da parte della Procura o del Tribunale, tuttavia può chiedere informazioni presso tali organi e può spingersi a verificare che durante il procedimento siano stati rispettati i diritti e le libertà fondamentali dell'uomo che attengono al giusto processo.

In linea generale, i poteri istruttori dell'Avvocato del Popolo consistono nel diritto di chiedere agli organi della Pubblica amministrazione qualsiasi informazione o documento relativo al caso in esame, di effettuare indagini indipendenti, di entrare in qualsiasi ufficio e richiedere qualsiasi fascicolo o materiale connesso con la sua indagine e di interrogare qualsiasi persona, che a suo parere possa fornire

⁵⁰ Cfr. A. Anselmo, *Il ruolo dell'Ombudsman nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, IX, GIURETA, 2011, 36.

⁵¹ I procedimenti si aprono o d'ufficio o su istanza di interessati, sono sottratti alle formalità proprie dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali.

⁵² Vanno ricordati quegli ordinamenti, come ad esempio quello francese sino al 2000 e quello britannico, nei quali i reclami giungono all'Ombudsman con la mediazione e il filtro di un membro dell'organo legislativo e previo un giudizio di convenienza da parte di quest'ultimo.

informazioni utili sulla questione oggetto di indagine⁵³. Pur rimanendo vincolato al segreto professionale, egli ha diritto di richiedere informazioni o documenti classificati come “segreti” dal governo (art. 20 l. 8454/99). Nello svolgimento delle sue funzioni, il difensore civico albanese collabora strettamente con le organizzazioni non governative, soprattutto per quanto concerne la situazione dei diritti e delle libertà dell'uomo⁵⁴.

Da quanto illustrato più sopra emerge dunque che l'Avvocato del Popolo albanese svolge un ruolo di estrema utilità. Infatti, nonostante non abbia il potere di modificare, annullare o revocare gli atti amministrativi emanati dalle Pubbliche Amministrazioni, è grazie agli ampi poteri di *moral suasion* di cui è titolare che riesce ad ottenere molti risultati. In questo senso, calza perfettamente all'Avvocato del popolo la definizione «magistratura di influenza» posto che tale organo, effettivamente, risolve molte questioni grazie alla “influenza” derivante dai poteri di *moral suasion*. Il fatto stesso che possa avviare inchieste anche su atti della Pubblica amministrazione, unitamente al potere di formulare apposite raccomandazioni, suggerendo azioni correttive e, più in generale, i rimedi per migliorare le regole e la prassi dell'amministrazione, rende tale organo egualmente incisivo, anche se privo dei poteri di annullamento. Ovviamente molto dipende dall'autorevolezza della persona che ricopre la funzione.

In questo senso è illuminante l'art. 21 legge 8454/99, il quale, nel prevedere gli atti conseguenti all'inchiesta fatta dall'Avvocato del Popolo, stabilisce: «A conclusione delle indagini [l'Avvocato del Popolo] adotta uno dei seguenti provvedimenti: a) informa l'interessato che i suoi diritti non sono stati violati e gli chiarisce i motivi; b) raccomanda, agli organi della Pubblica amministrazione che a suo parere hanno violato i diritti o le libertà, il ripristino del diritto violato; c) propone, all'organo gerarchicamente superiore a quello che ha causato la violazione, di adottare i provvedimenti necessari per il ripristino del diritto violato; d) raccomanda alla Procura di aprire un'inchiesta qualora ravvisi gli estremi di una violazione di natura penale; e) per gravi violazioni propone all'organo competente ed all'Assemblea l'esonero dei funzionari responsabili; f) in caso di violazioni da parte

⁵³ Cfr. E. Dobjani, *E drejta administrative 1* (Diritto amministrativo I), cit., 406.

⁵⁴ In collaborazione con le organizzazioni non governative, l'Avvocato del Popolo organizza, almeno una volta l'anno, un incontro nazionale sulla situazione dei diritti umani e delle libertà nella Repubblica di Albania.

dell'Autorità giudiziaria, l'Avvocato del Popolo, senza intervenire nel merito della relativa procedura, denuncia la violazione agli organi competenti; g) suggerisce e raccomanda alle persone offese la procedura giudiziaria per la salvaguardia delle ragioni conseguenti alla violazione subita».

Se l'Avvocato del Popolo non ritiene sufficienti le risposte o le misure adottate dall'organo responsabile della violazione, ha il potere di sottoporre il caso all'organo gerarchicamente sovraordinato. In caso di ulteriore inerzia, l'Avvocato del Popolo può presentare al Parlamento una relazione proponendo misure concrete per porre rimedio alle violazioni ed ai comportamenti accertati. Il potere di proporre raccomandazioni legislative è uno strumento molto importante ed efficace per prevenire le violazioni dei diritti umani⁵⁵. In base all'art. 24 legge 8454/99, se nel corso della sua indagine l'Avvocato del Popolo rileva che la lesione di un diritto fondamentale è l'effetto di illegittimità legislative o di atti normativi⁵⁶ e non, quindi, di comportamenti specifici della Pubblica amministrazione, può: a) inoltrare una proposta di modifica della legge direttamente al Parlamento, oppure, a seconda dei casi, agli organi della Pubblica amministrazione qualora ad essere lesivi dei diritti fondamentali siano gli atti esecutivi di una legge (*aktet nënligjore*⁵⁷); b) invitare la Corte costituzionale ad annullare la legge. Molto incisivi sono inoltre i poteri ispettivi grazie ai quali, l'Avvocato del Popolo svolge normalmente ispezioni in diversi luoghi pubblici, quali centri di detenzione, prigioni, ospedali psichiatrici, centri residenziali per bambini e ricoveri per anziani.

⁵⁵ Cfr. E. Dobjani, *E drejta administrative 1* (Diritto amministrativo I), cit. 407.

⁵⁶ Lo schema della gerarchia delle fonti del diritto viene dato dall'art. 116 Cost. albanese che afferma: «1. Gli atti normativi che hanno vigenza su tutto il territorio della Repubblica albanese sono: a) la Costituzione; b) gli accordi internazionali ratificati; c) le leggi; d) gli atti normativi del Consiglio dei Ministri. 2. Gli atti emanati dagli enti locali hanno forza di legge solo entro l'ambito territoriale dove i rispettivi organi esercitano le loro funzioni. 3. Gli atti normativi dei Ministri e degli organi dirigenti di altre istituzioni centrali hanno forza su tutto il territorio della Repubblica albanese entro la sfera delle loro attribuzioni». Autori come L. Omari e A. Anastasi sostengono che per avere una visione completa della gerarchia delle fonti bisogna fare riferimento anche ad altri articoli della Costituzione. Infatti nel primo livello vi sono: la Costituzione, leggi costituzionali (art. 177 Cost.), CEDU; al secondo livello: trattati internazionali ratificati; al terzo livello: leggi, decisioni della Corte costituzionale, referendum abrogativi; al quarto livello: atti del Consiglio dei Ministri, atti dei Ministri, regolamenti e decreti degli Istituti centrali e del Primo Ministro.

⁵⁷ Art. 118 Cost. albanese stabilisce: «1. Gli atti subordinati alla legge sono emanati, secondo le leggi, dagli organi previsti nella Costituzione. 2. La legge deve autorizzare l'emanazione degli atti ad essa subordinati, determinare l'organo competente, le materie che essi possono disciplinare, nonché i principi in base ai quali devono essere adottati. 3. L'organo autorizzato ad emanare atti subordinati alla legge, ai sensi del secondo comma, non può delegare tale competenza ad altro organo».

6.

Le attività dei primi anni svolte dall'Avvocato del Popolo hanno fondamentalmente riguardato le vicende connesse al recupero dei beni immobili confiscati dal regime e le indagini di polizia poco trasparenti; solo in seconda battuta le decisioni amministrative prive di motivazione o oscure nell'iter logico – procedimentale. Con una media di oltre 3.000 denunce l'anno, l'Avvocato del Popolo ha risolto positivamente molte questioni prospettategli andando incontro alle aspettative dei cittadini con una media del 22-25% delle denunce presentate.

L'efficacia degli interventi è testimoniata dal numero crescente di richieste recapitate all'Ufficio, il quale è passato da 830 nel 2000 a 5165 nel 2012⁵⁸. Dal confronto dei reclami degli anni 2000-2012 risolti all'interno della giurisdizione dell'Avvocato del Popolo, si nota che da 150 casi risolti nel 2000, si arriva a 1266 nel 2012.

Dall'ultimo Rapporto presentato al Parlamento si rinviene che nel 2012 sono stati accolti favorevolmente 1368 reclami di cittadini pari al 76% dei reclami trattati durante l'anno.

In uno studio sul «Monitoraggio dell'efficacia dell'Avvocato del Popolo nel 2012», svolto dal Centro per lo sviluppo e la democratizzazione delle istituzioni, è emerso che l'Avvocato del Popolo ha un elevato indice di gradimento nel popolo albanese e viene percepito come un'istituzione costantemente impegnata nella tutela dei diritti umani. Proprio per tali ragioni, lo studio di cui sopra raccomanda alle istituzioni albanesi di rafforzare l'organo in termini di risorse umane e finanziarie le quali si rivelano indispensabili per attuare pienamente i suoi compiti fondamentali.

Non solo, ma tale studio evidenzia anche che le raccomandazioni dell'Avvocato del Popolo sono generalmente accolte dalle pubbliche amministrazioni tenuto conto che esse danno piena attuazione ai reclami presentati dall'Ufficio nel 58% dei casi e l'attuazione è solo parziale nel 2% dei casi⁵⁹.

⁵⁸ V. i Rapporti annuali 2000 e 2012 sono consultabili in www.avokatipopullit.gov.al/Raporte/Raporti_2000.pdf e www.avokatipopullit.gov.al/Raporte/Raporti_2012.pdf

⁵⁹ V. il Rapporto annuale 2012 è consultabile in www.avokatipopullit.gov.al/Raporte/Raporti_2012.pdf

In relazione poi alle raccomandazioni finalizzate alla modificazione di leggi o alla creazione di leggi o regolamenti *ad hoc*, lo studio dimostra che nel periodo che decorre dall'inizio dell'attività (mese di giugno del 2000) sino al 2009, si è verificato un sostanziale recepimento da parte degli organi legislativi ad ulteriore dimostrazione, quindi, dell'efficienza ed importanza dell'organo⁶⁰.

Pur tenendo conto che i Rapporti dell'Avvocato del Popolo tendono ad essere, come tutti i rapporti degli Ombudsman, «presentazioni autoriflessive della difesa civica»⁶¹, non può negarsi che le Relazioni annuali dell'Ombudsman albanese siano ricche di dati e di analisi e si rivelano quindi una fonte preziosissima per una ricognizione analitica. Suddividendo le Relazioni per settori di intervento dell'organo, si osserva che molti interventi sono rivolti alla lotta contro la corruzione⁶², altri sono finalizzati al miglioramento dell'efficienza dell'amministrazione della giustizia, altri al miglioramento delle condizioni di vita nelle carceri, altri ancora alla salvaguardia della salute mentale, alla promozione della trasparenza nella Pubblica amministrazione, alla lotta contro la tratta degli esseri umani, alla tutela dei diritti del fanciullo, all'eliminazione ed alla prevenzione di tutte le forme di tortura e di altri comportamenti disumani adottati dalle istituzioni dello Stato.

La diffusione dei risultati dell'attività dell'organo è realizzata annualmente, ai sensi dell'art. 30 legge 8454/99 e si realizza tramite una conferenza organizzata dall'Avvocato del Popolo in collaborazione con le ONG albanesi più importanti. Questo appuntamento ha oramai assunto una risonanza nazionale su tutto il territorio albanese, costituendo uno degli eventi più importanti del Paese in materia di diritti umani. Si ricordano, per fare solo alcuni esempi la Relazione «Stato e società civile in difesa del diritto alla vita» del 2001; quella sul «Diritto di informazione, un diritto umano fondamentale» del 2002; «L'esecuzione delle decisioni giudiziarie definitive in difesa dei diritti delle persone» del 2003; «I diritti dei lavoratori dipendenti» del 2004; «Tutti insieme per tutelare i diritti dei minori»

⁶⁰ V. il Rapporto "10 anni di attività" è consultabile in www.avokatipopullit.gov.al/Raporte/AP2009.pdf

⁶¹ Sul punto, v. utilmente: M. Ampola, L. Corchia, *Dialogo su Jürgen Habermas. Le trasformazioni della modernità*, Edizioni ETS, Pisa, 2007.

⁶² Come evidenza nei suoi Rapporti annuali, L'Avvocato del Popolo si è inserito nell'attività dell'Unità permanente contro la corruzione, cooperando con essa e contribuendo ad individuare gli strumenti (legislazioni, istituzioni, ecc.) necessari a combattere la corruzione.

del 2005. Nel 2006, infine, si è tenuta la conferenza «Pari diritti e dignità per le persone con disabilità»; nel 2007, «Verso un Albania senza tortura» e nel 2008, «Tutela dei diritti dei consumatori».

Merita una particolare menzione il Rapporto speciale n. 4, del 2009, intitolato «Tutela e rispetto dei diritti della comunità Rom in Albania» in cui si riferisce che l'Avvocato del Popolo, nello stesso anno, ha preso l'iniziativa di organizzare un "Open day" in tutte le città dove la comunità rom aveva presenze significative, avviando così alla scarsa informazione riguardo tale istituto presso questa comunità.

Volendo offrire al lettore un giudizio complessivo sullo stato dei diritti umani in Albania, può sottolinearsi come il quadro giuridico sulla protezione dei diritti fondamentali sia notevolmente migliorato negli ultimi anni, fatta eccezione per alcune categorie di soggetti deboli, quali i rom ed i diversamente abili i quali sono vittime di profonde discriminazioni. Tuttavia, grazie all'attività dell'Avvocato del Popolo si sono registrati progressi in ordine alla prevenzione della tortura e dei maltrattamenti soprattutto quelli perpetrati dagli organi di polizia, tanto è vero che sono numerose le raccomandazioni che l'Avvocato del Popolo ha indirizzato ai vertici della Polizia di Stato. A seguito di tali moniti, la Direzione Generale della Polizia di Stato ha istituito un gruppo di lavoro per affrontare i reclami dell'Avvocato del Popolo e soprattutto per curare la formazione del personale di polizia al fine di prevenire le violenze e gli atti discriminatori. In particolare sono state modificate le disposizioni vigenti in materia di trattamento degli arrestati e dei detenuti nelle stazioni di polizia ed è stata introdotta una nuova banca dati elettronica, denominato ADAM, funzionale alla compilazione di dati relativi a persone arrestate e fermate sotto scorta⁶³.

7.

⁶³ Cfr. *Albania 2012 Progress Report* che accompagna il documento *Communication from the commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges, 2012-2013* Brussels, 10-10-2012.

Venendo ora ad alcune conclusioni di diritto comparato, preme osservare che l'Avvocato del Popolo albanese rientra tra i modelli di difesa civica razionalizzati rispetto al modello storico istituito in Svezia nel 1809⁶⁴.

Prendendo proprio le mosse dall'Ombudsman svedese, si rammenta che tale organo, oltre ad essere un vero e proprio fiduciario del Parlamento, aveva poteri di inchiesta, di messa in stato d'accusa dei funzionari ritenuti colpevoli e di segnalazione all'autorità competente di eventuali vizi formali degli atti amministrativi⁶⁵. In epoca successiva, l'Ombudsman si era trasformato in uno strumento di controllo del Parlamento sul Governo potenziando le forme di tutela già esistenti a favore dei cittadini e nei confronti della P. a. . Già nel modello storico svedese, pertanto, la funzione di controllo del Parlamento sul Governo in senso stretto si era ridotta a vantaggio di una figura di vero e proprio riferimento per i cittadini nei riguardi dell'Amministrazione.

L'unico residuo della funzione di controllo parlamentare rimase la presentazione delle relazioni annuali di fronte al Parlamento le quali hanno tradizionalmente ad oggetto le disfunzioni, gli abusi e le inerzie della Pubblica amministrazione commessi nell'anno precedente.

Molto simili rispetto al modello svedese razionalizzato sono alcune altre esperienze.

a) Germania

Merita anzitutto di essere menzionato il modello tedesco, nel cui ordinamento sono contemplate diverse figure di difesa civica⁶⁶.

⁶⁴ L'Ombudsman fa la sua prima comparsa in Svezia con la «legge costituzionale sulla forma di governo» (Regerisform) del 6 giugno 1809 con la denominazione di *Justitieombudsman* (JO) e con il compito di operare un controllo sull'Amministrazione da parte del Parlamento.

⁶⁵ L'istituto è giustamente considerato una soluzione originale del costituzionalismo scandinavo – e tale origine ancora oggi ha profondamente influenzato le esperienze degli ordinamenti più disparati – ma nel tempo ha avuto progressiva attuazione in tutti i continenti. Gli ordinamenti che accolgono l'istituto sono accomunati da caratteristiche comuni quanto ai tratti identificanti della forma di governo che li caratterizza. Presupposto necessario è il principio organizzativo della separazione dei poteri, almeno nella elementare contrapposizione fra organo rappresentativo assembleare e governo, col relativo meccanismo di controlli equilibrati. Si rinvia a G. de Vergottini, *Ombudsman*, cit., 880.

⁶⁶ Cfr. F. Palermo e J. Woelk, *L'Ombudsman in Germania e Austria: tra competenze generali e settoriali, una discrasia tra forma e sostanza?*, in questa Rivista, 2006, 1733-1745.

In Germania, infatti, è stato accolto e plasmato l'istituto storico dell'Ombudsman opportunamente adattato ad alcune esigenze di settore. L'ordinamento tedesco non prevede un Ombudsman dotato di funzioni generali, ma, piuttosto, più Ombudsman con competenze settoriali e quindi in possesso di funzioni maggiormente specifiche settore per settore. Questa caratteristica si manifesta anche a livello di articolazione territoriale posto che gli Ombudsman sono presenti sia a livello federale che a livello degli Stati membri.

A livello federale, opera la Commissione del Bundestag per le petizioni idonea a ricevere le petizioni dei cittadini.

Nel versante prettamente militare opera invece il Commissario del Bundestag per la difesa (l'Ombudsman militare, il *Wehrbeauftragter*) il quale è strutturato in modo molto simile al militie-ombudsman svedese. Più precisamente, tale organo, svolge una doppia funzione, operando sia come strumento di controllo parlamentare delle Forze armate, sia come istituzione per le petizioni del personale militare. A tal fine sono specificatamente previste delle apposite procedure per il coordinamento tra l'Ombudsman e la Commissione per le petizioni del Bundestag così da evitare duplicazioni funzionali assicurando al contempo maggiore coerenza decisionale⁶⁷.

Il modello tedesco prevede infine un Commissario federale per la protezione dei dati e per la libertà di informazione⁶⁸ al quale è demandato il compito di gestire il registro federale dei dati personali, esaminare i reclami e le segnalazioni degli interessati, fornire raccomandazioni al Parlamento e agli organi governativi⁶⁹.

A livello di Länder, le rispettive disposizioni costituzionali, ricalcando l'art. 17 LF, prevedono il diritto dei cittadini di rivolgersi, con petizioni e ricorsi, alle autorità competenti oppure al Parlamento statale. Esiste, pertanto, a livello di Länder, una Commissione per le petizioni ed i Commissari eletti dai rispettivi Landtag (*Bürgerbeauftragten*), i quali operano su determinate materie e problematiche, sono dotati di poteri di informazione del cittadino, di risposta alle petizioni e ricorsi e,

⁶⁷ Il personale militare, infatti, è abilitato a presentare petizioni anche presso la Commissione per le petizioni.

⁶⁸ Il Commissario federale per la protezione dei dati e per la libertà di informazione è responsabile della sorveglianza dell'applicazione del Decreto Federale sulla Protezione dei Dati (BDSG) e del Decreto Federale sulla Libertà di Informazione.

⁶⁹ Questi organi sono ascrivibili al diritto fondamentale di cui all'art. 17 GG, però è da precisarsi come i primi due siano espressamente previsti a livello costituzionale (art. 45 lett. c) e b)), mentre il terzo sia stato istituito da livello primario, con legge primaria.

similmente all'Avvocato del Popolo albanese, possono presentare proposte legislative. In definitiva, i citati Commissari funzionano secondo le stesse modalità dei rispettivi organi istituiti a livello federale assolvendo la duplice funzione di controllo sull'attività dell'esecutivo e di tutela dei diritti dei singoli.

Da ultimo vanno segnalati per le evidenti somiglianze con l'istituto dell'Ombudsman svedese i numerosi Commissari nominati dagli Esecutivi federali o statali operanti su diversi ambiti settoriali, tra i quali si segnala, il Commissario per la cultura e media e il Commissario per le persone disabili.

b) Spagna

Anche la Costituzione spagnola del 1978 ha previsto l'istituto del *Defensor del Pueblo*, dando rilievo al rapporto col Parlamento anche se il *Defensor* non può essere considerato uno strumento del Parlamento. Tale organo, infatti, operando al servizio dei cittadini ha il potere specifico di esaminare la legittimità ed il merito sia degli atti e provvedimenti amministrativi che dei comportamenti omissivi delle Pubbliche amministrazioni. Anche in Spagna, l'attività di controllo sull'Amministrazione è un riflesso del compito principale dell'organo che è quello di difesa dei diritti dei cittadini.

Analogamente al sistema tedesco, nel sistema spagnolo⁷⁰ esistono diversi tipi di Ombudsman sia operanti a livello centrale che nelle varie comunità autonome. Possono annoverarsi, i Commissari regionali (*Comisionados autonómicos*)⁷¹, i quali sono organi modellati sul *Defensor* e sono quindi titolari di compiti e funzioni di controllo dell'amministrazione regionale e di tutela dei diritti fondamentali.

L'ordinamento spagnolo prevede inoltre specifiche forme e procedure di coordinamento tra le attività del *Defensor* nazionale e di quelli regionali.

Caratteristica peculiare di tale organo è il potere di adire il Tribunale costituzionale per richiedere la dichiarazione di incostituzionalità di una legge e di proporre a nome e per conto dei cittadini il ricorso *in amparo*.

⁷⁰ Cfr. M. Iacometti, *Il Defensor del Pueblo spagnolo tra garanzia dei diritti e supervisione delle pubbliche amministrazioni*, in questa *Rivista*, 2006, 1684-1698.

⁷¹ I *Comisionados autonómicos* sono stati previsti o dagli Statuti (di: Catalogna, País Vasco, Galizia, Andalusia, Aragona, Valencia, Baleari, Canarie, Castiglia León, Extremadura e Cantabria) o da leggi regionali (in Navarra e Castiglia-La Mancha).

Può dunque affermarsi che il *Defensor del Pueblo* spagnolo detiene poteri e funzioni maggiori ed incisivi rispetto al modello storico svedese ed alle forme di razionalizzazione del medesimo sin qui esaminate⁷².

c) Italia

Quanto all'esperienza italiana, si osserva che la figura del Difensore Civico era disciplinata dalla legge 8-6-1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali (art. 8)⁷³, la quale aveva attribuito ai Comuni e alle Province la facoltà di istituire propri difensori civici cui riconoscere il ruolo di garanti della imparzialità e del buon andamento della Pubblica amministrazione a livello locale. Tale organo ha tradizionalmente esercitato una funzione di stimolo dell'attività della P.a., segnalando gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione rispetto ai diritti dei cittadini. Tale figura, non può sottacersi non è obbligatoria. La legge di riforma degli Enti Locali (art. 8 l. 142/90), infatti, attribuiva a Comuni e Province la «facoltà» e non "l'obbligo" di istituire il Difensore Civico. In epoca più recente, infine, le esigenze di riduzione della spesa pubblica hanno causato la soppressione della figura del Difensore Civico comunale⁷⁴.

In un'ottica generale, si osserva come in Italia, a causa della mancanza di una legge nazionale organica e in presenza di leggi regionali disomogenee, è difficile tracciare un profilo unitario del Difensore Civico regionale. L'ordinamento italiano, infatti, non ha istituito il Difensore Civico su base nazionale ed ancora difetta di una legge-quadro che ne uniformi la figura su tutto il territorio⁷⁵.

⁷² Cfr. in questo senso, con riferimento al *Defensor del Pueblo* spagnolo, Lombardi, *La nuova costituzione di Spagna*, Torino, 1979, 65.

⁷³ L. 142/90 "Ordinamento delle autonomie locali" all'art. 8. (Difensore civico) recita: «1. Lo statuto provinciale e quello comunale possono prevedere l'istituto del difensore civico, il quale svolge un ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini. 2. Lo statuto disciplina l'elezione, le prerogative ed i mezzi del difensore civico nonché i suoi rapporti con il consiglio comunale o provinciale»

⁷⁴ L'intervento per la riduzione della spesa pubblica ha visto la soppressione della figura del Difensore Civico comunale con legge 26-3-2010, n. 42.

⁷⁵ L'ordinamento italiano, infatti, non ha istituito il Difensore Civico su base nazionale ed ancora difetta di una legge-quadro che lo razionalizzi uniformemente su tutto il territorio. Pertanto la diffusione della difesa civica nel territorio nazionale (italiano) è a pelle di leopardo. Si rimanda a M. Pierri, *Le parole chiave del difensore civico in Italia*, in *Difesa civica in Europa e in Italia* (atti del convegno internazionale di studio Lecce, 9 Novembre 2012), Galatina, Torgraf, 2013, 67-68.

d) Federazione russa

Una menzione particolare merita la figura dell'Ombudsman nell'ordinamento della Federazione russa⁷⁶. Non bisogna tralasciare che nel periodo sovietico la funzione di Ombudsman era surrogata dalla *Prokuratura*⁷⁷, con compiti di osservanza e rispetto della legalità socialista in tutti i settori della vita amministrativa e giurisdizionale. Nel periodo post-sovietico la *Prokuratura* mantiene la funzione di sorveglianza della legalità⁷⁸, e insieme al Plenipotenziario per i diritti umani si occupano della tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo. Tra i due organi manca un legame istituzionale, anche se vi sono molto punti di sovrapposizione, infatti entrambi ad esempio possono ricorrere alla Corte costituzionale.

L'istituzione del Plenipotenziario per i diritti umani in Russia⁷⁹ è prevista dalla Costituzione della Federazione russa del 1993. In sua attuazione, la legge costituzionale federale «Sul Plenipotenziario per i diritti umani nella Federazione russa» del 26 febbraio 1997 regola poteri e funzioni dell'organo. Esso svolge una funzione di protezione da parte dello Stato, dei diritti e delle libertà civili, ne promuove l'osservanza con particolare riferimento all'attività dei funzionari pubblici locali e statali.

Le principali attività del Plenipotenziario per i diritti umani, previste dal diritto costituzionale federale, riguardano la valutazione dei ricorsi riguardanti la violazione dei diritti umani, l'adozione di misure rivolte alla loro reintegrazione; l'analisi della legislazione emanata dalla Federazione in materia di diritti umani, la preparazione di raccomandazioni per il loro rafforzamento e avanzamento, etc.⁸⁰.

⁷⁶ Si veda *ex multis* A. Di Gregorio, *Un Ombudsman sui generis?: la protezione dei diritti dei cittadini ad opera della Prokuratura in Russia, tra permanenza del modello sovietico ed elementi di originalità*, in questa Rivista, IV, Torino, Giappichelli, 2010, 1411-1438.

⁷⁷ Come si osserva da P. Biscaretti di Ruffia, G. Crespi Reghizzi, *La Costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁷⁸ Anche nella legge del 1992 come in quella sovietica del 1979 il fine principale della Prokuratura è quello di «esercitare a nome della FR la sorveglianza sull'osservanza della Costituzione della FR e sull'esecuzione delle leggi in vigore sul territorio della FR» (art. 1, c.1)

⁷⁹ Cfr. A. Lebedev, *Il Commissario per i diritti umani nella Federazione russa*, in questa Rivista, I, Torino, Giappichelli, 2006, 1699-1711.

⁸⁰ Si ritiene che fatta eccezione per alcuni modelli dove l'istituto rappresenta, per definizione, un esempio paradigmatico di lotta per i diritti umani (Federazione russa), nelle altre esperienze la carenza dei poteri accordati ai difensori civici rischia di vanificare la loro stessa ragion d'essere, posto che la parte debole sarà costretta, per trovare giustizia, a ricorrere all'autorità giurisdizionale, relativamente alla quale la difesa civica

Oltre al Plenipotenziario per i diritti umani della Federazione russa esistono i vari Commissari dei singoli Stati membri della Federazione senza che ciò implichi un coordinamento tra le diverse attività. In pratica, entrambi gli organi si occupano della protezione dei diritti umani e delle libertà senza particolari suddivisioni per materia o territorio. Ciò non toglie che a fronte di una certa autonomia ed indipendenza dell'organo federale fa eco una evidente dipendenza dei Commissari regionali dalle autorità che li nominano. L'assenza di una disciplina di coordinamento tra il Plenipotenziario per i diritti umani nella Federazione russa ed i vari Commissari regionali rende la tutela offerta scarsamente incisiva ed efficace.

e) Portogallo

Un ulteriore modello degno di menzione è il sistema portoghese⁸¹. Le funzioni del *Provedor de Justica* portoghese spaziano dal semplice “suggerimento” alla formulazione di vere e proprie proposte, alla segnalazione delle irregolarità, alla formulazione di direttive volte ad assumere un comportamento più imparziale.

Tale organo, inoltre, ha il potere di indirizzare raccomandazioni; segnalare disfunzioni amministrative e formulare interpretazioni risolutive delle stesse; emettere pareri su sollecitazione dell'Assemblea della Repubblica; divulgare le indagini sulle attività svolte; intervenire a tutela di interessi collettivi o diffusi. Infine, può adire il Tribunale costituzionale per la dichiarazione di incostituzionalità o di illegalità e può altresì intervenire, previo espletamento ed esaurimento di tutte le altre vie amministrative e gerarchiche, a tutela degli appartenenti all'amministrazione militare.

Dalla disamina dei modelli di cui sopra è possibile affermare che il modello generale di Ombudsman, pur nella difficoltà di tracciare un profilo unitario di difesa civica, presenta una serie di poteri e funzioni tipici.

In *primis*, l'istituzione condivide ovunque l'obiettivo della tutela dei diritti dei cittadini di fronte alla Pubblica amministrazione accogliendone i reclami e le lamentele. Generalmente le funzioni esplicate dall'Ombudsman sono di vigilanza e

dovrebbe invece fungere da alternativa. Si rimanda a L. Melica, *Introduzione*, in *Difesa civica in Europa e in Italia* (atti del convegno internazionale di studio Lecce, 9 Novembre 2012), Galatina, Torgraf, 2013, 84-85.

⁸¹ Cfr. M. Carducci, *Il Provedor del giusto procedimento in Portogallo*, in questa *Rivista*, I, 2006, 1645-1651.

di controllo sull'attività in senso stretto amministrativa, restando estranei gli atti di carattere politico.

Inoltre, l'Ombudsman ha il potere di fare indagini e accedere a tutti i documenti e uffici; non ha il potere di emettere sentenze o decisioni vincolanti, ma solo di esprimere critiche, dare pubblicità ai casi e, a volte, formulare raccomandazioni ai funzionari cui setta la decisione finale; è indipendente dal potere esecutivo ed è generalmente nominato dall'organo legislativo⁸². L'ambito del controllo degli atti e delle omissioni della Pubblica amministrazione è assai ampio, non limitandosi al sindacato di legalità ed estendendosi invece a valutazioni di irrazionalità, ingiustizia, discriminazione, erroneità materiale od inefficacia.

Infine, l'Ombudsman ha il potere di adire la Corte costituzionale (è questo il caso dei modelli, rispettivamente di Albania, Austria, Croazia, Georgia, Lituania, Polonia, Portogallo, Romania, Spagna e Ucraina)⁸³.

Tenendo presente questo inquadramento generale, l'ordinamento albanese si presenta tendenzialmente in linea con l'idealtipo. Anche in Albania, infatti, a causa della quantità e complessità delle funzioni pubbliche si è sentita l'esigenza di configurare una tutela anche «non giurisdizionale» (e perciò persuasiva più che sanzionatoria) a favore dei destinatari di atti o comportamenti delle Pubbliche amministrazioni⁸⁴. Nel trarre, a tal fine, alcune considerazioni conclusive, possiamo affermare che l'Avvocato del Popolo contemplato dalla Costituzione e dalla legge albanese è un istituzione costituzionalmente indipendente, monocratica, con poteri speciali anche se privo di potere decisionale⁸⁵. Non solo, ma tale istituto ha consolidato uno triplo status: 1) è ufficio di difesa civica; 2) è un istituzione per la promozione e protezione dei diritti umani, accreditato come Ente nazionale per la protezione dei diritti umani⁸⁶; 3) è il referente nazionale per la prevenzione della tortura⁸⁷.

⁸² Cfr. M. Mariani, A. di Bernardo, A. L. Doria, *Il Difensore civico: Esperienze comparate di tutela dei diritti*, cit., 17.

⁸³ Cfr. R. Tarchi, *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali: il ricorso diretto di costituzionalità: atti del convegno di Pisa*, 19-20 settembre 2008, Torino, Giappichelli, 2012.

⁸⁴ Cfr. N. Olivetti Rason, L. Strumendo (cur.), *Il Difensore civico – Tutela e promozione dei diritti umani e di cittadinanza*, Padova, CEDAM, 1997, 163 ss.

⁸⁵ V. il Rapporto annuale 2008, consultabile in www.avokatipopullit.gov.al/Raporte/Raporti_2008.pdf

⁸⁶ L'ente nazionale per la protezione dei diritti umani dal 2004 ha ricevuto lo stato A, è stato re-accreditato nel 2008 L'ente è stato adottato in linea con i principi di Parigi relativi allo status delle istituzioni nazionali per i diritti umani, prevedono norme per il funzionamento delle istituzioni nazionali per la promozione e

L'Avvocato del Popolo albanese, tende dunque a rientrare nel modello razionalizzato di Ombudsman anche se, probabilmente, sarebbero necessarie alcune modifiche per dotare l'organo di tutti i poteri tipici dell'archetipo generale. In particolare, tale figura è ancora priva di strumenti per realizzare i compiti di controllo e di garanzia assegnatigli. Nonostante, infatti, sia astrattamente titolare di diversi strumenti di intervento, l'Avvocato del Popolo è privo di poteri diretti, dovendo di volta in volta chiedere la collaborazione di altri organi per rendere effettive le proprie decisioni.

Molto rilevanti sono infine i risultati ottenuti grazie agli ampi poteri di *moral suasion*. Come molti Ombudsman, infine, è limitato dalle scarse risorse finanziarie assegnate dal Parlamento.

Abstract

This article analyses the institution and the role of the Albanian Ombudsman. Importance of People's Advocate in a democratic society, and especially in a post communist country in transition as Albania is essential. In fact, the most important development of the new constitutional provision in the field of human rights protection is the regulation for the first time of the institution of the Ombudsman. The purpose of this essay is to investigate the implementation and the potentialities of the Office.

Parole chiave: Albania, tutela, diritti, libertà, difensore.

protezione dei diritti umani. Sono adottati con la Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 48/134 del 20 dicembre 1993.

⁸⁷ L'Avvocato del Popolo funge da Meccanismo Nazionale di Prevenzione della Tortura. V. il Rapporto "10 anni di attività" dell'A. P. , consultabile in www.avokatipopullit.gov.al/Raporte/AP2009.pdf



ISSN 2037-6677

2014/4

Sensitive medical data protection in Italy and GB. The implications of the new proposed European Regulation on personal data protection.

La tutela dei dati sensibili in materia sanitaria in Italia e Gran Bretagna. Le implicazioni della nuova proposta di regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

Valentina Zangheri

Abstract

This article provides for a clear overview of the data protection framework in the European Union (Directive 95/46/CE), and focusses on the Italian and British cases. Particular attention is paid to the regulation of anonymous and pseudo-anonymous data, and the exceptions defined for medical research, as well as the «Clinical Record Interactive Search tool». Finally, some conclusive remarks provide for interesting insights on the main legislative innovations on the matter.

Healthcare - CRIS - data protection - proposed Regulation - medical research



La tutela dei dati sensibili in materia sanitaria in Italia e Gran Bretagna. Le implicazioni della nuova proposta di regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

di Valentina Zangheri

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. La disciplina europea; 2.1 La direttiva 95/46/CE; 3. La disciplina italiana e inglese in tema di protezione dei dati personali; 3.1 Definizioni; 3.2 La disciplina dei dati anonimi e pseudonimizzati; 3.3 Le eccezioni a favore della ricerca scientifica; 4. CRIS «Clinical Record Interactive Search tool»; 5 Conclusioni e riflessioni sulla proposta di nuovo regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

1. – La protezione dei dati personali è una questione di grande attualità e di sempre maggiore rilevanza, lo sviluppo della tecnologia ha infatti aumentato esponenzialmente le situazioni di reale o potenziale violazione della tutela dei dati personali e le normative attualmente in vigore si dimostrano spesso obsolete ed incapaci di stare al passo con le evoluzioni tecnologiche del nostro tempo.

All'interno dell'Unione Europea, ogni Stato membro ha adottato una propria normativa basata sui principi della direttiva 95/46/CE (nel seguito: direttiva), emanata il 24 ottobre 1995 dal Parlamento europeo e dal Consiglio, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché

alla libera circolazione di tali dati, in G.U.C.E. Gazzetta ufficiale n. L 281 del 23/11/1995 pag. 0031 – 0050.

A causa della libertà di manovra concessa agli Stati membri nel recepimento della direttiva, si è venuta a creare una situazione per cui non è garantito il medesimo livello di protezione a tutti i cittadini dell'Unione¹.

Per questa ragione la Commissione europea, il 25 gennaio 2012, ha presentato una proposta di regolamento al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla tutela dei dati personali e sulla loro circolazione, che sostituirà la direttiva vigente.

Molte critiche sono state avanzate riguardo ad alcune conseguenze che l'applicazione del nuovo regolamento potrebbe avere in diversi settori ed in particolare in quello della ricerca medica.

L'obiettivo di questo elaborato è quello di analizzare e comparare le normative relative alla tutela dei dati personali adottate in Italia e nel Regno Unito, ponendo particolare attenzione al problema nell'ambito della ricerca medica.

Allo scopo verrà presentato come caso-studio il «Clinical Record Interactive Search tool» (nel seguito: CRIS): un registro informatico che permette ai ricercatori di utilizzare i dati sanitari digitalizzati e pseudonimizzati derivanti dal *South London and Maudsley NHS Foundation Trust* (nel seguito: SLAM), uno dei più grandi fornitori d'Europa² di servizi sanitari per l'igiene mentale.

Lo sviluppo di registri come il CRIS ha destato attenzione in tema di *privacy* relativamente alla sicurezza nella conservazione dei dati e alla prestazione del consenso per il loro trattamento da parte dei pazienti³.

¹ Why Do We NeedanEUDataProtectionReformec.europa.eu/justice/newsroom/dataprotection/news/120125_en.ht.

² A.C. Fernandes et al., *Development and Evaluation of a Deidentification Procedure for a Case Register Sourced from Mental Health Electronic Records*, in *BMC Medical Informatics and Decision Making*, 2013, www.biomedcentral.com/1472-6947/13/71.

³ Per una riflessione sulla relazione tra consenso e ricerca si veda: J.M. Du Bois, *Ethics in Mental Health Research. Principles, Guidance, and Cases*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 58 ss. L'attività dei medici ricercatori è unanimemente riconosciuta di rilevanza fondamentale per lo sviluppo e il benessere della società, ma molte sono le questioni etiche che derivano allo svolgimento di tale attività, prima fra tutte la protezione della *privacy* dei pazienti. Il settore della salute mentale è sicuramente uno dei più delicati, ove le informazioni utilizzate riguardando spesso comportamenti contrari alla legge o riguardano trascorsi personali fatti di abusi e violenze. In questo contesto si affianca alla problematica relativa alla tutela della *privacy* dei pazienti, anche un'ulteriore problematica riguardante la prestazione del consenso al trattamento dei dati per scopi di ricerca da parte di pazienti con deficienze cognitive.

Questo caso-studio, quindi, osservando la normativa anglosassone e la sua applicazione pratica, permetterà di prevedere le conseguenze che potrà avere il nuovo regolamento europeo, in particolare nel settore della ricerca in ambito medico-sanitario.

2. – La normativa europea in tema di protezione dei dati personali risulta fortemente garantista, tanto da essere considerata un modello d'ispirazione per paesi come gli Stati Uniti d'America⁴.

In Europa la tutela dei dati personali è prevista nell'art.8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo⁵ (nel seguito: CEDU).

Questo articolo mira a proteggere la sfera della vita privata da tutte quelle interferenze che risultano ingiustificate ed indesiderate. Viceversa non costituiscono violazioni le interferenze nella vita privata e familiare a cui il soggetto interessato abbia prestato il proprio consenso⁶.

Questo diritto è da porre necessariamente in relazione ad un altro diritto fondamentale dell'uomo sancito dalla stessa CEDU, ovvero quello della «libertà di espressione»⁷, intesa come libertà di opinione e di divulgazione delle informazioni, ma esclusivamente con il consenso delle persone interessate⁸.

Il diritto alla «libertà di espressione», assieme al principio della «libera circolazione», possono entrare in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata

⁴ A. Levin, M.J. Nicholson, *Privacy Law in the United States, the EU and Canada: The Allure of the Middle Ground*, in *University of Ottawa Law & Technology Journal*, Vol. 2, No. 2, 374, 2005.

⁵«Art. 8 diritto al rispetto della vita privata e familiare: 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Vedi anche Corte europea dei diritti dell'uomo caso Rotaru contro Romania, 4 maggio 2000, app. n. 28341/95 par. 43-44.

⁶R. Jay, *Data Protection Law and Practice*, Sweet & Maxwell, 2012, 4^a ed., 82.

⁷ «Art. 10 libertà di espressione: 1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

⁸ R. Jay, *Data Protection Law*, cit., 92.

e familiare⁹. Questa tensione si evidenzia chiaramente in alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito CO. D. U.)¹⁰, in cui i due diritti sono stati messi spesso in un rapporto di bilanciamento¹¹.

In ragione dell'utilità sociale della ricerca medica, è stato suggerito che ai ricercatori del settore sanitario venga riconosciuto il diritto ad una maggiore libertà di espressione rispetto ad altri soggetti come, per esempio i *media*¹².

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce esplicitamente all'art. 8 la «Protezione dei dati di carattere personale»¹³.

Anche il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE), all'art. 16 sancisce che «Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano»¹⁴.

2.1. – Proprio a riguardo della protezione dei dati personali, l'Unione europea, approvando la direttiva, ha esplicitato la sua volontà di voler armonizzare le discipline nazionali dei paesi membri e di voler dare sostanza alla Convenzione n.108 del 28 gennaio 1981 del Consiglio d'Europa (nel seguito: Convenzione n.108)¹⁵ sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a

⁹ P. Keller, *European and International Media Law, Liberal Democracy, Trade, and the New Media*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 335.

¹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo: *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert contro Land Hessen*, 9 novembre 2010; *Mosley contro Regno Unito*, 15 novembre 2011, app. n. 48009/08.

¹¹ H. Rogers, H. Tomlinson, *Privacy and Expression: Convention Right and Interim Injunctions*, in *Privacy European Human Rights Law Review*, special issue 2003, 53.

¹² Academy of Medical Sciences, *Personal Data for Public Good: Using Health Information in Medical Research*, 2006, www.acmedsci.ac.uk/policy/policy-projects/personal-data/.

¹³ Articolo 8 «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

¹⁴ Articolo 16 (ex art. 286 del TCE) «1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti. Le norme adottate sulla base del presente articolo fanno salve le norme specifiche di cui all'articolo 39 del trattato sull'Unione europea».

¹⁵ La Convenzione 108 vincola gli Stati firmatari a livello internazionale al rispetto dei dati personali, può essere infatti sottoscritta anche da paesi esterni al Consiglio d'Europa anche se al momento gli Stati terzi firmatari sono stati solamente l'Uruguay e il Marocco. La Convenzione rappresenta il primo strumento internazionale obbligatorio che ha per scopo la protezione delle persone contro l'uso abusivo del trattamento automatizzato dei dati di carattere personale. Essa stabilisce uno standard di protezione dei dati, potenzialmente raggiungibile a livello mondiale, a cui i paesi firmatari si devono conformare ed elimina le

carattere personale.

Successivamente, sono stati emanati altre direttive e regolamenti al fine di disciplinare la tutela della riservatezza in altri ambiti. Il Comitato dei Ministri europeo, inoltre, ha emanato nel corso degli anni numerose raccomandazioni, indirizzate agli Stati membri, tese a sollecitare l'adozione di specifiche normative in materia¹⁶.

Ai fini della nostra indagine è necessario a questo punto delineare il campo di applicazione della direttiva, prendendo in considerazione alcuni suoi principi e definizioni che costituiscono il *background* comune delle normative dei due paesi che ci apprestiamo ad analizzare.

Fondamentali a questo scopo sono le definizioni contenute nell'art. 2 della direttiva ed in particolare quella in cui si definisce il «dato personale» come «qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile [persona interessata]».

Si considera «identificabile» la persona che può essere identificata direttamente o indirettamente mediante riferimento ad esempio ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi riguardanti le caratteristiche fisiche, fisiologiche, psichiche, economiche, culturali e sociali.

Questa definizione risulta particolarmente ampia già dall'espressione «qualsiasi informazione», che può includere non solo tutte le informazioni di tipo oggettivo, ma anche quelle soggettive come le valutazioni e le opinioni, come sottolineato dal «Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali art. 29» (nel seguito: Gruppo di lavoro art. 29) nel Parere 4/2007 sul concetto di «dati personali».

Anche l'espressione «concernente» contribuisce a rendere la definizione di «dato

barriere allo scambio di dati tra Stati firmatari.

¹⁶ Si segnalano al riguardo: la direttiva 2002/58 Relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche; il regolamento n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio Concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati; la direttiva 2006/24/CE Riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione; la Raccomandazione (81) 1 relativa alla regolamentazione applicabile alle banche di dati sanitari automatizzati, la Raccomandazione (83) 10 relativa alla protezione dei dati personali utilizzati ai fini di ricerca scientifica e di statistica, rimpiazzata dalla R. (97) 18, la Raccomandazione (97) 5 relativa alla protezione dei dati sanitari; e la Raccomandazione della Commissione del 17-7-2012 sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione.

personale» assai ampia, infatti starebbe ad indicare non solo le informazioni che si riferiscono direttamente ad una o a più persone, ma anche a tutte le informazioni che gravitano intorno a loro.

La definizione fa esclusivo riferimento alla «persona fisica» e quindi solo alle persone viventi; ma secondo il Gruppo di lavoro art. 29 è possibile ritenere che anche le informazioni relative a defunti o a nascituri rientrino nella competenza della direttiva quando siano strettamente correlate con un individuo vivente¹⁷.

Altro concetto rilevante nella definizione in analisi è quello di «identificabilità» in cui il Legislatore europeo ha voluto ricomprendervi le informazioni che sono in grado di identificare una persona indirettamente attraverso una serie di informazioni correlate fra loro.

Anche il *considerando* n.26 della direttiva richiama il concetto di identificabilità, specificando che: «per determinare se una persona è identificabile è opportuno prendere in considerazione l'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal responsabile del trattamento o da altri per identificare una persona». Lo stesso *considerando* n. 26 precisa però che la tutela offerta dalla direttiva non si applica ai «dati resi anonimi, in modo tale che la persona interessata non è più identificabile». La direttiva non fornisce alcuna definizione di «dato anonimo».

L'espressione «dato sensibile» non viene esplicitamente utilizzata, ma l'art.8 impone agli Stati il generale divieto di trattamento dei dati che «rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché il trattamento dei dati relativi alla salute e alla vita sessuale».

Lo stesso art.8 consente agli Stati membri di prevedere deroghe al generale divieto di trattamento di questa tipologia di dati ed inoltre esplicita una serie di eccezioni consentendo di trattarli in ambito sanitario¹⁸ quando:

- vi sia il consenso esplicito della persona interessata;
- sia necessario salvaguardare un interesse vitale della persona interessata o di un terzo;

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo in *Société Colas Est e altri contro Francia*, 16 aprile 2002, app. n. 37971/97.

¹⁸ Corte di giustizia dell'Unione Europea, C-101/0, Bodil Lindqvist, 6 novembre 2003, par. 51.

- la persona interessata sia nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso;

- il trattamento sia necessario alla prevenzione o alla diagnostica, alla somministrazione di cure o alla gestione di centri di cura, e quando il trattamento dei medesimi dati viene effettuato da un professionista in campo sanitario soggetto al segreto professionale o da un'altra persona egualmente soggetta a un obbligo di segreto equivalente¹⁹.

Altra definizione rilevante della direttiva è quella di «consenso della persona interessata». All'art. 2 lett. h) viene definito come: «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica e informata con la quale una persona accetta che i dati personali che la riguardano siano oggetto di un trattamento».

Il concetto di «consenso» viene ulteriormente specificato dalla direttiva in altre disposizioni. All'art.7 troviamo il concetto di «consenso inequivocabile» come elemento necessario al trattamento dei dati²⁰. Ancora, all'art. 8 comma 2 lett. a) come prima deroga al generale divieto di trattamento dei dati sensibili, viene precisato che il consenso della persona interessata debba essere «esplicito».

L'esigenza di utilizzo delle informazioni sensibili da parte della ricerca scientifica non è ignorata dalla direttiva in commento, che prevede una serie di eccezioni per il trattamento dei dati svolto a scopo storico, statistico e scientifico.

In deroga all'obbligo di compatibilità tra gli scopi dei «trattamenti successivi» rispetto agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti, all'art. 6 lett. b) la direttiva consente sempre il trattamento successivo dei dati quando avviene per scopi storici, statistici e scientifici. Inoltre all'art. 11 comma 2 viene concessa la deroga all'obbligo di informare la persona titolare dei dati dell'avvio del trattamento «quando si rivela impossibile o richieda sforzi sproporzionati, ed inoltre quando la registrazione o comunicazione sia prescritta per legge». Si segnala infine che all'art.13 è prevista la generale possibilità per gli Stati membri di prevedere ulteriori deroghe in favore del trattamento dei dati per scopi storici, statistici e scientifici.

3. – Nell'ordinamento italiano la protezione dei dati personali discende

¹⁹ CO. D. U. Edu Biriuk contro Lituania, 25 novembre 2008, n. 23373/03; Z contro Finlandia, 25 febbraio 1997, n. 22009//93, par. 94 e 112; MS. contro Svezia, 27 agosto 1997, n.20837/92.

²⁰ Corte giust., *Causa C-543/09*, Deutsche Telekom AG contro Bundesrepublik Deutschland, 5 maggio 2011.

direttamente dalla Costituzione, che all'art. 2 sancisce che: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», in cui rientrano a pieno titolo la protezione dei dati personali e il diritto alla riservatezza degli individui²¹.

Originariamente l'Italia aveva recepito la direttiva e la Convenzione n.108 attraverso il decreto legislativo n. 675 del 31 dicembre 1996.

Dopo sette anni, con lo scopo di razionalizzare la normativa esistente in materia, è stato emanato il decreto-legge n. 196 del 30 giugno 2003²², denominato «Codice in materia di protezione dei dati personali» (nel seguito: Codice della *privacy* oppure Codice)²³. Questo Codice non costituisce un vero e proprio testo unico, introduce infatti alcune modifiche alla legge, oltre che la giurisprudenza dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali²⁴.

Numerose e rilevanti sono poi le linee guida formulate dal Garante, tra cui si segnalano quelle relative al «fascicolo sanitario elettronico», al «dossier sanitario» e quella sui referti *on-line*.

Il Codice è composto da una prima parte dedicata alla disciplina generale e da una seconda parte contenente specifiche regole per il trattamento dei dati personali da parte di soggetti pubblici e disposizioni particolari relative a specifici settori, tra cui quello sanitario. Il Codice contiene anche otto allegati contenenti diversi codici deontologici, tra cui il «Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi statistici e scientifici»²⁵.

Uno dei principi fondamentali della normativa italiana in materia di protezione dei dati personali è contenuta nell'art. 3 del Codice, ovvero il «principio di necessità

²¹ Corte cost., sent. n. 39, 27 febbraio 2008; ord. n. 448, 13 dicembre 2005, ord. n.239, 16 giugno 2005; Corte cass., sent. n.186, 4 aprile 2011; Corte app. Roma, sent. 10 ottobre 2011; Trib. Genova, sent. 15 febbraio 2013.

²² Per una panoramica dello sviluppo della disciplina italiana fino al Codice in materia di protezione dei dati personali, si veda U. Trivellato, *Protezione dei dati personali e ricerca scientifica*, in *Statistica*, 2003, n.4, 627 ss.

²³ P. Perri, S. Zanero, *Lessons Learned from the Italian Law on Privacy C Part II*, in *The Computer Law and Security Report*, Amsterdam, Elsevier, Vol. 20, nn. 4-5, 2004, 386 ss.

²⁴ G. Finocchiaro, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, Zanichelli, 2012, 22.

²⁵ Gli altri codici di condotta allegati sono: il Codice di deontologia per il trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica; il Codice di deontologia per il trattamento dei dati personali per scopi storici; il Codice di deontologia per il trattamento dei dati personali a scopi statistici in ambito Sistan; il Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti e il Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive. Questi nascono grazie all'*input* contenuto all'interno della Racc. 97 del Consiglio d'Europa e dell'art. 27 della direttiva 95/46/CE.

del trattamento dei dati», il quale richiede che il trattamento avvenga solo quando non si possano perseguire le medesime finalità con l'utilizzo di dati anonimi o che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità.

Il Codice all'art.11, riprendendo l'art. 6 lett. a) della direttiva, sancisce inoltre che il trattamento dei dati debba avvenire in «modo lecito e secondo correttezza»²⁶.

Un altro elemento fondamentale della normativa è l'obbligo per il titolare del trattamento dei dati, di fornire oralmente o per iscritto alla persona interessata o a chi detiene i dati, l'informativa sul loro trattamento²⁷.

Nel Regno Unito, il *Data Protection Act* (nel seguito: DPA), e lo *Human Right Act* (nel seguito: HRA), istituiti entrambi nel 1998, costituiscono le fonti normative primarie sulle quali si basa la disciplina sulla protezione dei dati e, qui di seguito, prenderemo in considerazione alcuni dei loro contenuti più significativi.

L'HRA ha assorbito nel sistema anglosassone la CEDU. Esso richiede che le Corti britanniche interpretino la legislazione alla luce ed in conformità della CEDU e tenendo conto delle sentenze, delle decisioni, delle dichiarazioni e dei pareri consultivi della Corte europea per i diritti dell'uomo²⁸.

La *Section 4* dell'HRA, con la c.d. «*declaration of incompatibility*», conferisce ai giudici britannici il potere di dichiarare l'eventuale incompatibilità delle leggi nazionali rispetto allo HRA e a sua volta alla *European Convention of Human Rights*. La dichiarazione di incompatibilità fa sì che il Parlamento, con una procedura velocizzata, possa apportare le opportune modifiche alla legge che ha subito la

²⁶ CO. D. U., Haralambie contro Romania, n. 21737/03, 27 ottobre 2009; K.H. e altri contro Slovacchia, n. 32881/04, 28 aprile 2009.

²⁷ Art. 13 «1. L'interessato o la persona presso la quale sono raccolti i dati personali sono previamente informati oralmente o per iscritto circa: a) le finalità e le modalità del trattamento cui sono destinati i dati; b) la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati; c) le conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere; d) i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di responsabili o incaricati, e l'ambito di diffusione dei dati medesimi; e) i diritti di cui all'articolo 7; f) gli estremi identificativi del titolare e, se designati, del rappresentante nel territorio dello Stato ai sensi dell'articolo 5 e del responsabile. Quando il titolare ha designato più responsabili è indicato almeno uno di essi, indicando il sito della rete di comunicazione o le modalità attraverso le quali è conoscibile in modo agevole l'elenco aggiornato dei responsabili. Quando è stato designato un responsabile per il riscontro all'interessato in caso di esercizio dei diritti di cui all'articolo 7, è indicato tale responsabile. 2. L'informativa di cui al comma 1 contiene anche gli elementi previsti da specifiche disposizioni del presente codice (...)».

²⁸ R. Jay, *UK Data Protection Act 1998 The Human Rights Context, in International Review of Law, Computers & Technology*, 2000, 385-395.

suddetta dichiarazione²⁹.

Il DPA ha recepito invece la direttiva 95/46/CE. Prima della sua entrata in vigore (1 marzo 2000), la materia era affidata al *Data Protection Bill* del 1984.

Il DPA risulta diviso in 6 parti e 16 allegati c.d. *Schedules*.

Lo *Schedule 1* contiene gli otto principi fondamentali su cui si basa la disciplina del Regno Unito per la protezione dei dati personali³⁰.

Il primo di questi otto principi, similmente al Codice italiano, riprende l'art.6 lett. a) della direttiva, richiedendo che il trattamento avvenga in modo «fairly and lawfully» ed aggiungendo che venga rispettata almeno una delle condizioni indicate nello *Schedule 2*. Inoltre, in caso di trattamento di dati sensibili viene richiesto il rispetto di almeno una delle condizioni previste dallo *Schedule 3*.

Il secondo principio dello *Schedule 1* sancisce che i dati vengano raccolti per uno o più fini specificati e che i successivi trattamenti debbano essere compatibili con tali fini.

Il settimo principio richiede che vengano adottate tutte le appropriate misure tecniche e organizzative atte a prevenire accessi ai dati non autorizzati od illeciti, anche al fine di evitare accidentali danneggiamenti degli stessi, ma senza indicare gli accorgimenti da adottare.

L'obbligo di notifica «Duty to notify», previsto dal DPA, è uno dei punti di forza del sistema di protezione dei dati personali anglosassone al fine di garantire che il trattamento dei dati sia il più trasparente possibile. La *Section 17* intitolata

²⁹ Ibidem 76.

³⁰ «1 Personal data shall be processed fairly and lawfully and, in particular, shall not be processed unless: (a) at least one of the conditions in Schedule 2 is met, and (b) in the case of sensitive personal data, at least one of the conditions in Schedule 3 is also met.

2 Personal data shall be obtained only for one or more specified and lawful purposes, and shall not be further processed in any manner incompatible with that purpose or those purposes.

3 Personal data shall be adequate, relevant and not excessive in relation to the purpose or purposes for which they are processed.

4 Personal data shall be accurate and, where necessary, kept up to date.

5 Personal data processed for any purpose or purposes shall not be kept for longer than is necessary for that purpose or those purposes.

6 Personal data shall be processed in accordance with the rights of data subjects under this Act.

7 Appropriate technical and organizational measures shall be taken against unauthorized or unlawful processing of personal data and against accidental loss or destruction of, or damage to, personal data.

8 Personal data shall not be transferred to a country or territory outside the European Economic Area unless that country or territory ensures an adequate level of protection for the rights and freedoms of data subjects in relation to the processing of personal data».

«Prohibition on processing without registration» sancisce che i dati personali non possano essere trattati senza che il responsabile del trattamento sia stato inserito nell'apposito registro pubblico previsto dalla *Section 19* del DPA e conservato presso l'*Information Commissioner's Office*. Il DPA contiene solo un generale riferimento a tale registro, mentre disposizioni più specifiche sono presenti della legislazione secondaria³¹.

3.1 Di fondamentale importanza sono le definizioni contenute rispettivamente nel Codice italiano e nel DPA , in *primis* quella di «dati personali».

La definizione offerta dal Legislatore italiano all'art. 4 del Codice della *privacy* è particolarmente ampia, sia in relazione a quella contenuta nel DPA che anche a quella offerta dalla direttiva 95/46/CE e vengono definiti come: «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale».

Tale definizione (come si vedrà anche quella di «dato sensibile» e di «dato anonimo») non richiede che vi sia una diretta connessione tra individuo e dato, optando invece per l'utilizzo del criterio della «rilevabilità» che conferisce a tale definizione una particolare elasticità³².

Fino all'entrata in vigore del d.l. 201/2011, oltre ai dati delle persone fisiche, rientravano nella sfera di questa definizione, e quindi nella tutela offerta dal Codice, i dati riguardanti le «persone giuridiche».

Il DPA definisce i «dati personali» come: «data which relate to a living individual who can be identified a) from those data, or (b) from those data and other information which is in the possession of, or is likely to come into the possession of, the data controller, and includes any expression of opinion about the individual and any indication of the intentions of the data controller or any other person in respect of the individual».

Questa definizione differisce da quella contenuta nella direttiva europea in diversi aspetti.

³¹ R. Jay, *Data Protection Law and Practice*, 367.

³² G. Finocchiaro, op. cit., 48 ss.

Innanzitutto, secondo il *considerando* 26: «per determinare se una persona è identificabile, è opportuno prendere in considerazione l'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal responsabile del trattamento o da altri per identificare detta persona». Nella definizione offerta dal DPA, si fa riferimento invece solo ai dati che sono in possesso o che è probabile che entrino in possesso del responsabile del procedimento³³.

Inoltre, nella definizione anglosassone non viene fatto alcun richiamo al criterio della «ragionevolezza», criterio che prendere in considerazione tutti i mezzi usati per verificare se una persona sia identificabile e se i dati sono da considerarsi dati personali, in base ai tempi, i costi e il lavoro necessari al procedimento di identificazione³⁴.

Inoltre, a differenza che nella definizione europea ed italiana, nella disciplina inglese si fa riferimento esplicito ai «living individuals», questo comporta una riduzione dell'ambito di applicazione del DPA rispetto alle indicazioni europee.

Infatti, pur essendo vero che anche nella direttiva così come nella definizione italiana vi è riferimento alle persone fisiche, e sono tali solo quelle in vita, è anche vero che il Gruppo di lavoro Articolo 29 ha ammesso che tutti i dati riferiti a persone defunte e a nascituri, che in qualunque modo siano ricollegabili a persone viventi, possono beneficiare della tutela della direttiva 95/46/CE³⁵.

Solo grazie al principio di *Common Law* della «confidentiality» è possibile ravvisare nel sistema giuridico del Regno Unito una eventuale tutela per quei dati appartenenti ai defunti e ai nascituri³⁶.

Il dovere di *confidentiality* rappresenta una delle fonti fondamentali della disciplina della protezione dei dati britannica³⁷. Si tratta di un principio presente storicamente nella giurisprudenza anglosassone, con esso il sistema giuridico riconosce che le informazioni confidenziali non possono essere divulgate al di fuori di

³³ M. Oswald *Data Anonymisation and Managing Risk : the ICO's New Code*, in *Privacy and Data Protection*, dicembre 2012, vol. 13 Issue 2.

³⁴ S. Gutwirth et al., *European Data Protection: In Good Health?*, Berlin, Springer, 2012, 267 ss.

³⁵ D. Beylveveld et al, *Implementation of the Data Protection Directive in Relation to Medical Research in Europe* Aldershot, Ashgate, 2004, 403-428.

³⁶ *Bluck* contro *The Information Commissioner and Epsom & St Helier University NHS Trust*, app. N. EA/20060090 23-10-2006, par. 21.

³⁷ Per una ampia panoramica del principio di *Common Law* della *confidentiality*: R. Jay, op. cit., 67 ss.

quella che è la «reasonable expectation» dei soggetti afferenti le informazioni³⁸.

La giurisprudenza inglese ha riconosciuto l'obbligo di *confidentiality* in diversi rapporti umani, tra cui quello tra medico e paziente³⁹. Il dovere di non divulgazione viene meno nei casi in cui le informazioni siano state precedentemente rese pubbliche⁴⁰.

Il Codice italiano contiene la definizione di «dati identificativi» ossia: «dati personali che permettono l'identificazione diretta dell'interessato». Questa specificazione, assente nella direttiva 95/46/CE e nel DPA, permette di distinguere tra i dati che permettono subito l'identificazione di un soggetto e quelli che la permettono solo in via indiretta.

La direttiva europea non contiene esplicitamente una definizione di «dati sensibili», questa parla, all'art. 8, di «categorie particolari di dati», mentre i due testi normativi in commento hanno utilizzato la locuzione «dati sensibili».

Il significato di tale locuzione nei due ordinamenti in analisi non si discosta in maniera significativa da quello dato nella direttiva: il Codice della *privacy* italiano li definisce come «i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

L'art. 2 del DPA, definisce questa categoria di dati come: «personal data consisting of information as to the racial or ethnic origin of the data subject, his political opinions, his religious beliefs or other beliefs of a similar nature, whether he is a member of a trade union (within the meaning of the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992), his physical or mental health or condition, his sexual life, the commission or alleged commission by him of any offence, or any proceedings for any offence committed or alleged to have been committed by him, the disposal of such proceedings or the sentence of any court in

³⁸ J. Grace, M. Taylor, *Disclosure of confidential patient information and the duty to consult: the role of the Health and Social Care Information Centre*, in *Medical Law Review*, 21, Summer 2013, 420 ss.

³⁹ *Hunter contro Mann*, 1974.

⁴⁰ *Saltman Engineering Co. contro Campbell Engineering Co. Ltd*, 1948; *Attorney-General contro Guardian Newspapers (No 2)* 1990.

such proceedings».

Per quanto riguarda il concetto di «consenso», come visto precedentemente, nella direttiva europea il consenso al trattamento dei dati viene definito con diverse sfumature.

Per quanto riguarda la normativa italiana, il concetto di «consenso» al trattamento viene delineato nelle sue caratteristiche fondamentali: esso deve essere libero, specificatamente riferito ad un trattamento chiaramente individuato, documentato per iscritto e informato. All'art. 23 si richiede, nel caso di trattamento dei dati da parte di privati ed enti pubblici economici, un «consenso espresso» dell'interessato. In caso di trattamento di dati sensibili esso deve essere dato in forma scritta ed è necessario l'ottenimento di una preventiva autorizzazione del Garante (art. 26).

Nel caso di trattamento effettuato da soggetti pubblici, salvo quanto previsto nella parte II del Codice per gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici, non è richiesto l'ottenimento di alcun tipo di consenso (art. 18).

La disciplina europea non richiede esplicitamente che venga prestato alcun consenso per gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici.

All'art. 76 il Codice prevede che il trattamento dei dati personali in ambito sanitario, indispensabile alla salute e alla incolumità dell'interessato, possa essere effettuato previo consenso dell'interessato ma senza autorizzazione del Garante.

Se tali finalità riguardano persone terze o la collettività non è necessario il consenso dell'interessato, ma occorre l'autorizzazione del Garante che viene rilasciata (salvo i casi di particolare urgenza) sentito il Consiglio Superiore di Sanità.

L'art. 77 permette che in ambito sanitario il consenso possa essere ottenuto con modalità semplificate.

Il DPA non fornisce una definizione univoca di «consenso», si limita a richiedere in alcuni casi un «consenso semplice», come nella prima condizione dello *Schedule 2 (The data subject has given his consent to the processing)* ed in altri casi un «consenso esplicito» come nello *Schedule 3 (The data subject has given his explicit consent to the processing of personal data)*.

Una peculiarità contenuta nello *Schedule 3* permette che il trattamento dei dati sensibili per scopi medici possa avvenire senza il consenso del «data subject», quando sia effettuato da un operatore sanitario o comunque da chi è soggetto all'obbligo di confidenzialità.

Lo *Schedule 3* conferisce al concetto di «medical purposes» un'accezione molto ampia, che ricomprende gli scopi di medicina preventiva, diagnosi medica, somministrazione di cure e trattamenti, di gestione dei servizi sanitari, ed anche di ricerca medica, esulando così dalla definizione di «medical purposes» contenuta della direttiva, in cui non è ricompresa invece la ricerca medica.

3.2 I dati relativi alle malattie sono da sempre stati raccolti e conservati. La conoscenza derivata da questa attività di raccolta ha permesso di effettuare studi epidemiologici fondamentale importanza. In particolare il XX secolo ha visto fiorire molti registri psichiatrici, ma a causa di una serie di problemi logistici derivanti ad esempio dai costi elevati e dal limitato numero di informazioni a cui permettevano di avere accesso, la maggior parte di questi sono stati chiusi entro la fine degli anni ottanta⁴¹.

Oggi, grazie alle nuove opportunità offerte dalla tecnologia, come la digitalizzazione dei dati, è possibile concepire una nuova generazione di registri che sono in grado di aiutare lo sviluppo della ricerca medica ed epidemiologica e il miglioramento delle prestazioni sanitarie.

Tali registri contengono informazioni sanitarie particolarmente sensibili per la loro potenzialità discriminatoria. L'utilizzo dei registri digitali ha reso necessaria ed urgente l'individuazione di forme rigorose di tutela della *privacy* dei pazienti e di metodi idonei a garantire la custodia dei dati⁴².

⁴¹In Italia ad esempio è ancora attivo il Registro Psichiatrico di casi Verona Sud. Si tratta di un registro psichiatrico nato nel 1978, che copre l'area sud di Verona, oltre a tre piccole città (Castel d'Azzano, Buttapietra e San Giovanni Lupatoto), all'interno di questo sono raccolti e aggiornati i dati riguardanti gli utenti di servizi psichiatrici dai 14 anni in su. Già dal primo contatto con il servizio psichiatrico vengono inserite nel registro le informazioni socio-demografiche e quelle relative alla storia medica e psichiatrica dell'utente ed alcuni dati clinici. Le informazioni sono integrate con quelle relative ad ogni contatto con psichiatri e psicologi, ad ogni visita, ad ogni contatto significativo e con i dati riguardanti i ricoveri. Il Registro è utilizzato sia per scopi clinici che amministrativi e scientifici. La struttura informatizzata del Registro fornisce la possibilità di ottenere informazioni mirate per la ricerca. Queste informazioni possono essere fornite su supporto digitale o in forma di file ASCII e quindi elaborate con programmi statistici o con i fogli elettronici.

⁴²A.C. Fernandes et al., *Development and Evaluation of a Deidentification Procedure for a Case Register Sourced from Mental Health Electronic Records*, in *BMC Medical Informatics and Decision Making*, 2013,

In Gran Bretagna i dati sanitari digitalizzati prendono il nome di *Electronic Health Record* (di seguito EHR)⁴³, consistenti in «digital, longitudinal record of a patient's health and health care that can be shared by different health care providers». Si tratta quindi di dati che forniscono l'intera storia sanitaria dei singoli pazienti⁴⁴.

Il corrispondente italiano dell'*Electronic Health Record* è il Fascicolo Sanitario Elettronico (nel seguito: FSE)⁴⁵. Il decreto-legge 18 ottobre 2012 n.179 lo definisce come l'«insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e socio-sanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l'assistito»⁴⁶. Si tratta quindi anche per l'ordinamento italiano di dati che si riferiscono a più episodi di cura di un singolo paziente, fornendo così informazioni riguardo all'intera storia sanitaria del paziente stesso. L'utilizzo dell'FSE è in via di espansione, con punte di eccellenza in alcune regioni, ma non è ancora una realtà diffusa in maniera omogenea su tutto il territorio nazionale⁴⁷.

Ad oggi, a fronte della sempre maggior richiesta di tutela della *privacy* dei dati, l'utilizzo dei «dati anonimizzati» si è rivelato il sistema più idoneo al fine di tutelare la *privacy* dei pazienti⁴⁸ nel trattamento dei loro dati.

In Gran Bretagna, il *National Health System Code of Practice* (nel seguito: *NHS Code of Practice*), per dati anonimizzati intende quelle informazioni che non rendono identificabile un individuo in maniera diretta.

Nello specifico per il sistema sanitario nazionale anglosassone l'anonimizzazione dei dati richiede: la rimozione del nome, dell'indirizzo, del codice postale e di ogni altro dettaglio o combinazione di dettagli che potrebbero portare alla identificazione dell'individuo⁴⁹.

www.biomedcentral.com/1472-6947/13/71.

⁴³È necessario tenere in considerazione che ogni paese ha dato un nome differente ai dati digitalizzati, e spesso anche le definizioni non coincidono pienamente le une con le altre.

⁴⁴ Robertson et al., *Implementation and Adoption of Nationwide Electronic Health Records in Secondary Care in England: Qualitative Analysis of Interim Results from a Prospective National Evaluation*, 2010, www.bmj.com/content/341/bmj.e4564.

⁴⁵Linee guida ministero della salute Il fascicolo sanitario elettronico. Linee guida nazionali www.nsis.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1465_allegato.pdf, 7.

⁴⁶ Art. 12 decreto-legge 18-10-2012 convertito con modificazioni dalla L. 17-12-2012, n. 221 (in S.O. n. 208, relativo alla G.U. 18/12/2012, n. 294).

⁴⁷Fascicolo sanitario elettronico: l'e-health è attiva in mezza Italia, in *Il Sole 24 ore Sanità*, 14-06-2013.

⁴⁸R. Jay, *Data Protection Law*, cit., 595; G. Finocchiaro, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, Zanichelli, 2012, 49.

⁴⁹*Confidentiality: NHS Code of Practice* www.gov.uk/government/publications/confidentiality-nhs-code-of-practice.

Il DPA non contiene alcun riferimento ai dati anonimi, essi infatti esulano dalla sua disciplina, inoltre l'utilizzo dei dati anonimi non è soggetto neppure all'obbligo di *confidentiality*⁵⁰.

In ossequio a quanto previsto dai *considerando* 26 e 27 della direttiva 95/46/CE, che richiedono agli Stati membri di adottare dei codici di condotta sull'anonimizzazione dei dati, la *Section* 51 del DPA ha previsto che l'Autorità garante britannica, l'Information Commissioner's Office (nel seguito: ICO)⁵¹, creasse un apposito codice in materia.

Questo codice prende il nome di «Anonymization Code of Practice», esso non ha forza di legge ma suggerisce una serie di buone prassi adottabili dai responsabili del trattamento in caso di utilizzo di dati anonimizzati. Si ricorda però che né la direttiva europea né il DPA fanno riferimenti alle tecniche di anonimizzazione dei dati⁵².

Per quanto riguarda invece il rapporto tra il principio della *Common Law* della *confidentiality* e le informazioni anonimizzate, la diffusione di informazioni anonimizzate non costituisce violazione di tale dovere⁵³.

In Italia non esiste alcun codice appositamente dedicato al trattamento dei dati, ma il Codice della *privacy* contiene la definizione di «dato anonimo», ovvero: «il dato che in origine, o a seguito di trattamento, non può essere associato ad un interessato identificato o identificabile». Nonostante questo riferimento ai dati anonimi, la disciplina del Codice italiano non si applica al trattamento dei dati anonimi⁵⁴.

Come abbiamo detto sopra, l'utilizzo dei dati anonimi è quello che più tutela la *privacy* dei soggetti interessati, così anche nell'ambito della ricerca scientifica si tende spontaneamente a prediligere l'utilizzo rispetto ad altre tipologie di dati. Certi tipi

⁵⁰R contro Department of Health Ex parte Source Informatics Ltd 21 dicembre 1999.

⁵¹Il DPA ha trasformato il *Data Protection Register* nel *Data Protection Commissioner*. Successivamente il *The Freedom of Information Act 2000 (FOIA)* l'ha trasformata nell'*Information Commissioner's Office (ICO)*.

Secondo il DPA, ICO ha il dovere di promuovere buone prassi, diffondere informazioni sul DPA e sul suo funzionamento, deve inoltre incoraggiare lo sviluppo di codici di condotta, cooperare con le autorità straniere, conservare un registro dei responsabili del trattamento, redigere un report annuale, presentare a ciascuna *House of Parliament* ogni codice di condotta, esercitare i suoi poteri di *enforcement*.

⁵²*Anonymisation: Managing Data Protection Risk Code of Practice*, [ico.org.uk/~media/documents/library/Data_Protection/Practical_application/anonymisation-codev2.pdf](http://ico.org.uk/~/media/documents/library/Data_Protection/Practical_application/anonymisation-codev2.pdf), 8.

⁵³R contro Department of Health ex Source of Informatics (2001).

⁵⁴Allegato A.4 Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi statistici e scientifici, punto 8 del Preambolo: «il decreto e il presente codice non si applicano ai dati anonimi».

di ricerca, però, necessitano che i dati provenienti da diverse fonti che appartengono ad un unico individuo siano correlabili. In questo caso dati completamente anonimizzati risulterebbero privi di ogni utilità. Rispondono invece all'esigenza sopra menzionata i c.d. «dati pseudonomizzati».

L'*NHS Code of practice* definisce questa categoria di dati: «like anonymised information in that in the possession of the holder it cannot reasonably be used by the holder to identify an individual. However it differs in that the original provider of the information may retain a means of identifying individuals. This will often be achieved by attaching codes or other unique references to information so that the data will only be identifiable to those who have access to the key or index. Pseudonymisation allows information about the same individual to be linked in a way that true anonymisation does not».

In Gran Bretagna i dati pseudonomizzati sono considerati alla stregua di dati anonimizzati rispetto alle persone che non hanno accesso alle chiavi di re-identificazione⁵⁵, di conseguenza il loro trattamento non ricade nella sfera di applicazione del *Data Protection Act* del 1998⁵⁶.

In Italia il Codice della *privacy* non offre una definizione né tanto meno una disciplina dei dati pseudonomizzati. Il Garante per la protezione dei dati personali recentemente, nella *Newsletter* n. 387 del 23 aprile 2014, ha però affermato che i dati pseudonomizzati sono da considerarsi alla stregua dei dati personali. Questo comporta che il trattamento dei dati pseudonomizzati sottostà a tutti i vincoli che il Codice della *privacy* impone⁵⁷.

3.3 Entrambi gli ordinamenti in commento hanno dovuto misurarsi con l'esigenza di tutelare da un lato la *privacy* degli individui e dall'altro l'interesse della collettività allo sviluppo della ricerca in ambito medico⁵⁸.

Abbiamo detto che la Costituzione italiana con l'art. 2 tutela la riservatezza dei dati personali; dall'altro lato l'art. 9 del testo costituzionale sancisce che «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica» e

⁵⁵Korff D., *Comparative summary of national laws, EC Study on Implementation of Data Protection Directive* (Study Contract ETD/2001/B5 3001/A/49), Human Rights Center, University of Essex (Colchester 2002).

⁵⁶Ibidem, 2.

⁵⁷*Newsletter* del 23-4- 2014 - *No a graduatorie disabili on line - Trasparenza e privacy nel condominio: i chiarimenti del Garante* www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3070028.

⁵⁸U. Trivellato, op. cit., 627 ss.

l'art. 33 che «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

Di fatto tra questi principi si crea un conflitto che si manifesta in tutta la disciplina italiana per la protezione dei dati personali⁵⁹, un conflitto che si traduce inevitabilmente in un continuo bilanciamento tra l'esigenza di tutelare la *privacy* e il dovere di dare impulso allo sviluppo scientifico⁶⁰.

Un esempio pratico di bilanciamento tra questi principi si manifesta nel Titolo VII del Codice della *privacy* dedicato al trattamento dei dati personali per scopi di ricerca storica, statistica e scientifica, che introduce una serie di eccezioni rispetto alla disciplina generale, al fine di agevolare l'utilizzo dei dati nel settore della ricerca⁶¹.

L'art. 99 contiene una prima eccezione, prevista anche nella direttiva europea, con la quale viene stabilito che il trattamento effettuato per scopi storici, statistici o scientifici è considerato comunque compatibile con gli scopi per i quali i dati sono stati in precedenza raccolti o trattati, anche se questi erano diversi.

Viene concessa, inoltre, la possibilità di conservare i dati personali anche dopo il periodo strettamente necessario al conseguimento degli scopi per i quali i dati sono stati in precedenza raccolti o trattati.

Infine il terzo comma dell'art. 99 specifica che i dati personali utilizzati a tali scopi possono anche essere conservati o ceduti ad altro titolare, per qualsiasi causa, una volta cessato il trattamento.

Per limitare la libertà concessa con le suddette eccezioni il Legislatore, all'art. 105, ha previsto che tali dati non possano essere utilizzati per prendere decisioni o provvedimenti relativamente alla persona interessata.

L'articolo esenta dall'obbligo di fornire l'informativa all'interessato, nel caso di trattamento di dati per scopi statistici o scientifici, anche quando i dati sono stati raccolti per scopi differenti, se questo richiede uno sforzo sproporzionato rispetto al diritto tutelato e a patto che siano adottate le forme di pubblicità previste dai codici di deontologia e buona condotta.

⁵⁹D. Beyleveld, op. cit., 196.

⁶⁰ U. Trivellato, op. cit., 627 ss.

⁶¹ Il Codice specifica all'art. 4 c. 4 che per scopi scientifici si intendono «le finalità di studio e di indagine sistematica finalizzata allo sviluppo delle conoscenze scientifiche di uno specifico settore».

Per quanto riguarda il trattamento di dati sensibili l'art. 107 permette, tranne particolari casi disciplinati dalla legge, che quando sia necessario ottenere il consenso dell'interessato, questo possa essere conseguito con modalità semplificate.

Per quanto riguarda nello specifico la ricerca medica, biomedica ed epidemiologica, l'art.110 sancisce che il consenso dell'interessato al trattamento dei dati non è necessario quando la ricerca è prevista per legge, ovvero, quando rientra nei programmi di ricerca biomedica o sanitaria previsti ai sensi dell'articolo 12-*bis* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502. In questi casi sarà sempre necessario però ottenere l'autorizzazione del Garante.

Viene specificato, inoltre, che il consenso non è necessario quando non è possibile informare gli interessati ed il programma di ricerca è oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico territoriale ed è autorizzato dal Garante, anche ai sensi dell'articolo 40 del Codice della *privacy*.

In Italia, a fronte del notevole aumento di richieste di autorizzazione al trattamento *ex* Art. 110, l'Autorità Garante ha ritenuto opportuno rilasciare un'autorizzazione generale temporanea, rendendo così non più necessario per i titolari del trattamento di effettuare la richiesta di specifiche autorizzazioni caso per caso.

Questa autorizzazione viene concessa se lo studio viene condotto da università, istituti di ricerca, società scientifiche ed organismi privati (es. CRO) esercenti le professioni sanitarie, se non riguarda i dati genetici, e vi è l'impossibilità di informare gli interessati per «motivi etici»⁶² o «motivi di impossibilità organizzativa»⁶³.

È inoltre necessario che i dati personali vengano utilizzati solo per iniziative di

⁶² «Motivi etici riconducibili alla circostanza che l'interessato ignora la propria condizione. Rientrano in questa categoria le ricerche per le quali l'informativa sul trattamento dei dati da rendere agli interessati comporterebbe la rivelazione di notizie concernenti la conduzione dello studio la cui conoscenza potrebbe arrecare un danno materiale o psicologico agli interessati stessi (possono rientrare in questa ipotesi, ad esempio, gli studi epidemiologici sulla distribuzione di un fattore che predica o possa predire lo sviluppo di uno stato morboso per il quale non esista un trattamento)».

⁶³ «Motivi di impossibilità organizzativa riconducibili alla circostanza che la mancata considerazione dei dati riferiti al numero stimato di interessati che non è possibile contattare per informarli, rispetto al numero complessivo dei soggetti che si intende coinvolgere nella ricerca, produrrebbe conseguenze significative per lo studio in termini di alterazione dei relativi risultati; ciò avuto riguardo, in particolare, ai criteri di inclusione previsti dallo studio, alle modalità di arruolamento, alla numerosità statistica del campione prescelto, nonché al periodo di tempo trascorso dal momento in cui i dati riferiti agli interessati sono stati originariamente raccolti (ad esempio, nei casi in cui lo studio riguarda interessati con patologie ad elevata incidenza di mortalità o in fase terminale della malattia o in età avanzata e in gravi condizioni di salute)».

ricerca scientifica in ambito medico, biomedico o epidemiologico⁶⁴ e i titolari del trattamento devono adottare specifiche misure atte a impedire l'identificazione diretta dei pazienti, come l'utilizzo di tecniche crittografiche e l'uso di codici identificativi.

Sarà necessario comunque, per quanto possibile, acquisire il consenso dei soggetti interessati e dovrà essere garantita la sicurezza dei dati in ogni fase della utilizzazione, in modo da prevenire i rischi di accesso abusivo, furto o smarrimento dei supporti di memorizzazione o dei sistemi di elaborazione. Sono inoltre obbligatorie le procedure di autenticazione degli operatori per l'accesso ai dati⁶⁵.

L'autorizzazione generalizzata concessa dal Garante, valevole fino al 31 dicembre 2012, è stata rinnovata per tutto l'anno 2013 e poi successivamente per tutto l'anno 2014.

Anche l'ordinamento anglosassone ha sentito l'esigenza di dover bilanciare il rispetto della riservatezza e della tutela dei dati personali, con l'esigenza di offrire spazio di operatività alla ricerca scientifica.

All'interno del DPA, il primo principio contenuto nelle *Schedule 1* non subisce deroghe⁶⁶, il secondo principio viene invece derogato dalla *Section 33* nei casi di trattamento di dati per scopi di ricerca⁶⁷.

Analogamente all'art. 99 del Codice della *privacy* italiano, la prescrizione contenuta nella *Section 33* fa sì che tutti gli ulteriori scopi di ricerca siano considerati compatibili con gli scopi per cui i dati sono stati raccolti.

Nella *Section 33* sono previste deroghe anche al quinto principio dello *Schedule 1* (*Personal data processed for any purpose or purposes shall not be kept for longer than is necessary for that purpose or those purposes*) e alla *Section 7*, che riconosce alla persona interessata il diritto all'accesso ai propri dati personali. Questa eccezione opera solo quando il trattamento non comporti la presa di decisioni su di uno specifico individuo e qualora il trattamento non sia idoneo a causare «substantial damage or substantial

⁶⁴ *Autorizzazione generale al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica*, 1-3-2012, www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1878276.

⁶⁵ Garante per la protezione dei dati personali, Relazione 2011, *La protezione dei dati, i diritti fondamentali e la dignità della persona*, 76 ss, www.garanteprivacy.it.

⁶⁶ J. Grace, M. Taylor, op. cit., 288.

⁶⁷ Il *Data Protection Act* non fornisce una definizione di *research purposes* ma specifica che tra questi vi è annoverata anche la ricerca storica e statistica.

distress» alla persona interessata ed esso non risulti identificabile nella pubblicazione dei risultati delle ricerche o delle statistiche pubblicate.

L'obbligo di notifica «*duty to notify*» non subisce invece eccezioni neppure per il settore della ricerca.

La raccolta del consenso al trattamento dei dati può costituire per la ricerca medico scientifica un vero e proprio ostacolo, soprattutto quando sia necessario reperire un elevato numero di consensi, e non si possa optare per l'utilizzo di dati anonimizzati.

L'ordinamento anglosassone trova risposta a questo problema nella *Section 251* del *National Health Service Act* del 2006, già prevista nella *Section 60* dell'*Health and Social Care Act* del 2001.

Questa disposizione in sostanza permette di utilizzare le informazioni riguardanti pazienti identificati, ma solo quando vi sia un rilevante motivo di interesse pubblico e non sia possibile ottenere il consenso di tutti i pazienti, aggirando così l'obbligo di confidenzialità⁶⁸. Questa eccezione è utilizzabile solo per scopi medici e i dati identificabili in possesso dell'NHS possono essere trattenuti solo per un limitato periodo di tempo⁶⁹. La *Section 251* vige solo per l'Inghilterra e il Galles, ma anche in Nord Irlanda e in Scozia sono state adottate disposizioni analoghe.

4. Il *Clinical Record Interactive Search tool* (si veda par. 1) rappresenta ad oggi uno dei pochi registri digitali utilizzati per la ricerca psichiatrica rimasti attivi nel mondo. Questo registro rappresenta un buon esempio di coniugazione delle potenzialità offerte dal trattamento dei dati digitali per scopi di ricerca medico-scientifica e di protezione della *privacy*.

Inizialmente il *South London and Maudsley NHS Foundation Trust* ha sviluppato un sistema di registrazione elettronico dei dati sanitari chiamato *Electronic Patient Journey System* (di seguito: EPJS). Il passo successivo è stato quello di creare un registro psichiatrico, aggiornato ogni 24 ore, costituito da dati digitalizzati provenienti dallo

⁶⁸Per alcuni punti di vista critici: K Liddell, *Briefing Paper on Personal Data in Medical Research*, www.civil.law.cam.ac.uk/Media/word/Symposium%20briefing%20paper.doc; I. Brown, L. Brown e D. Korff, *Using NHS Patient Data for Research Without Consent, Law, Innovation and Technology*, vol. 2, n. 2, dicembre 2010, 219-258.

⁶⁹A. Iversen et al., *Consent, Confidentiality, and the Data Protection Act*, in *BMJ*, 2006, www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1336771/, 165-169.

SLAM e processati in CRIS⁷⁰, il quale rende gli EPJS dei dati pseudonimizzati⁷¹.

CRIS è attivo dal 2008 e fino ad oggi ha contribuito a molte ricerche tra cui quella sull'Alzheimer, quella sulle correlazioni tra gravi malattie mentali e mortalità, e a quella sullo studio delle psicosi in fase iniziale e di molte altre rare sindromi e disordini mentali⁷².

Come già detto CRIS contiene dati pseudonimizzati ed il suo funzionamento è basato sul principio del c.d. «consent or anonymization» che permette di procedere al trattamento dei dati senza il consenso della persona interessata, purché i dati vengano anonimizzati⁷³.

Al fine di garantire la sicurezza dei dati contenuti in CRIS è stato creato un *Oversight Committee*⁷⁴ che ha il compito di verificare che tutti i dati conservati in CRIS siano custoditi in maniera sicura e di verificare la compatibilità etica e legale di tutti i progetti di ricerca che richiedono l'accesso ai dati contenuti in esso. L'*Oversight Committee* fornisce anche consigli ai ricercatori su come ricercare e utilizzare i dati ottenuti da CRIS⁷⁵.

Questo registro è utilizzabile solo dai ricercatori che abbiano sottoscritto un contratto con lo SLAM o una affiliazione equivalente, e tutte le informazioni contenute nel *Case Register* sono protette dal *firewall* dello SLAM e non possono essere trasferite fuori da questo in nessun formato. Inoltre i ricercatori, oltre a rispettare il dovere di confidenzialità, devono rispettare una serie di regole al fine di

⁷⁰CRIS permette di utilizzare date, numeri e stringhe di testo come chiavi di ricerca degli EPJS. I ricercatori possono specificare i campi in cui il sistema deve fornire i risultati. Questi vengono presentati su un foglio di calcolo Spreadsheet esportabile come *Comma-separated values* (CSV) per ulteriori analisi.

⁷¹ R. Stewart et al., *The South London and Maudsley NHS Foundation Trust Biomedical Research Centre (SLAM BRC) Case Register: Development and Descriptive Data*, in *BMC Psychiatry*, 2009, www.biomedcentral.com/1471-244X/9/51.

⁷² C.K. Chang, et al., *All-cause Mortality Among People with Serious Mental Illness (SMI), Substance Use Disorders, and Depressive Disorders in Southeast London: a Cohort Study*, *BMC Psychiatry*, 2010, www.biomedcentral.com/1471-244X/10/77/; C.K. Chang, et al., *Life Expectancy at Birth for People with Serious Mental Illness and Other Major Disorders from a Secondary Mental Health Care Case Register in London*, *PLoS ONE*, 2011, www.plosone.org; R.D. Hayes, et al., *Associations Between Substance Use Disorder Sub-groups, Life Expectancy and All-cause Mortality in a Large British Specialist Mental Health Care Service*, 2011, www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21440382; C.Y. Wu, et al., *Evaluation of Smoking Status Identification Using Electronic Health Records and Open-Text Information in a Large Mental Health Case Register*, *PLoS ONE*, 2013, www.plosone.org.

⁷³ R contro *Department of Health Ex parte Source Informatics Ltd* 21-12-1999.

⁷⁴ Il comitato è presieduto da una rappresentante dei pazienti e da un membro dello SLAM *Bio Medical Research Center* (BRC), ed è composto da un rappresentante dello SLAM *Research Ethics Committee*, da un rappresentante dello SLAM *Caldicott Guardian* e da un rappresentante del SLAM BRC *Child and Adolescent Mental Health research* e inoltre da un accademico e dal *Project Manager* del *Case Register* stesso.

⁷⁵ R. Stewart, op. cit.

gestire correttamente i dati. Tutti i ricercatori che vogliono utilizzare CRIS devono sottoscrivere un «Project Approval Form» nel quale inserire un riassunto degli scopi del progetto e la natura dei dati richiesti. L'utilizzazione del registro non prevede il pagamento di alcun costo⁷⁶.

Le ricerche effettuate con CRIS sono monitorizzate settimanalmente al fine di verificare eventuali violazioni delle regole che governano l'uso del registro e in caso di violazioni il suo utilizzo può essere revocato. Inoltre, ad ogni paziente è riconosciuto il diritto di richiedere e ottenere la cancellazione dei propri dati dal CRIS (*opt-right*).

Grazie a questo sistema di sicurezza si possono controllare le intenzioni e i comportamenti dei ricercatori allo scopo di minimizzare i rischi per la *privacy* dei pazienti⁷⁷.

L'*Oversight Committee* è presieduto anche da un rappresentante del *Caldicott Guardian*⁷⁸ che costituisce, insieme con al *Caldicott Committee*, l'autorità che ha il compito di vigilare sul rispetto del dovere di confidenzialità dovuto nei confronti dei pazienti, e regola l'utilizzo delle informazioni dei pazienti stessi. Ogni ricercatore che voglia utilizzare le informazioni dei pazienti a scopo di ricerca medica deve consultare e collaborare con il *Caldicott Guardian* e con il *Caldicott Committee*⁷⁹.

5. – Gli ordinamenti analizzati hanno dovuto misurarsi con l'esigenza di tutelare da un lato la *privacy* degli individui e dall'altro lato l'interesse allo sviluppo della ricerca in ambito medico, inteso sia come manifestazione della libertà di espressione che come attività di preponderante interesse pubblico.

Da una parte i ricercatori sostengono che è opportuno dare atto che l'utilizzo dei dati nel campo della ricerca medica prevede moltissime precauzioni e l'interferenza che essi possono avere nella vita privata dei titolari dei dati è nettamente inferiore rispetto a quella che può derivare dal trattamento dei dati personali da parte ad esempio dei *media* o dei datori di lavoro. Il fine della ricerca scientifica è infatti quello di ottenere una conoscenza ampia dei fenomeni e non

⁷⁶ A.C. Fernandes, op. cit.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ L'istituzione di questa figura è stata raccomandata dal report presentato nel 1997 dal *Caldicott Committee*, il quale aveva il compito di redigere un report sullo stato della protezione della *privacy* dei pazienti. Attualmente ogni NHS *Trust* ha un *Caldicott Guardian* e un *Caldicott Committee* al suo interno.

⁷⁹ A.C. Fernandes, op. cit.

certo quello di interferire nella sfera privata del singolo individuo⁸⁰. D'altra parte, l'attenzione e la preoccupazione della società civile rispetto alla tematica della tutela della *privacy* dei dati sanitari è molto alta, in particolar modo in Gran Bretagna⁸¹.

La riflessione che in questa sede preme esporre, riguarda in particolare lo spazio di operatività che i due ordinamenti concedono all'utilizzo dei dati pseudonimizzati nell'ambito della ricerca medico scientifica.

Il Gruppo di Lavoro art. 29, nel parere 4/2007, afferma che «I dati pseudonimizzati con sistema tracciabile possono essere assimilati a informazioni su persone identificabili indirettamente»⁸².

Nel recentissimo parere 5/2014, lo stesso Gruppo di Lavoro, ha ribadito questa posizione, sottolineando che la pseudonimizzazione non è un metodo di anonimizzazione dei dati e definendo come un vero e proprio errore quello di ritenere che i dati pseudonimizzati siano dati anonimi⁸³.

In Gran Bretagna, invece, l'*Anonymisation Code of Practice* redatto dall'*Information Commissioner's Office* afferma che i dati pseudonimizzati rientrano nella categoria dei dati anonimi: «We use the broad term 'anonymisation' to cover various techniques that can be used to convert personal data into anonymised data. We draw a distinction between anonymisation techniques used to produce aggregated information, for example, and those — such as pseudonymisation — that produce anonymised data but on an individual-level basis». Questa interpretazione non è di poco conto, ricordiamo infatti che i dati anonimi non devono sottostare ai vincoli imposti dal *Data Protection Act*.

Il Codice della *privacy* italiano non contiene alcun riferimento a questa particolare categoria di dati. Troviamo un riferimento nella *Newsletter* n. 387 del 23 aprile 2014 del Garante, dove, riprendendo l'orientamento europeo, viene affermato

⁸⁰ Academy of Medical Sciences, op. cit.

⁸¹<http://www.theguardian.com/society/2014/feb/21/nhs-plan-share-medical-data-save-lives>;
<http://www.telegraph.co.uk/health/healthnews/10656893/Hospital-records-of-all-NHS-patients-sold-to-insurers.html>; <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2396362/Your-confidential-medical-records-sale—just-1-Hunt-insists-plan-sell-details-private-firms-vital-combat-epidemics--critics-fear-unprecedented-privacy-threat.html>.

⁸² Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali Articolo 29, Parere 4/2007 *sul concetto di dati personali*, 20-6-2007 www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/1487717, 18.

⁸³ Gruppo di Lavoro per la protezione dei dati personali Articolo 29, Parere 05/2014 sulle tecniche di anonimizzazione, 10-4-2014, ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf.

chiaramente che i dati pseudonimizzati debbano ritenersi dati personali, facendo rientrare così anche questa categoria di dati nell'ambito di applicazione del Codice della *privacy*.

In Gran Bretagna la riconduzione dei dati pseudonimizzati nell'alveo dei dati anonimi e l'ampia interpretazione del concetto di interesse pubblico, ha permesso di offrire grandi margini di operatività alla ricerca scientifica⁸⁴, offrendo maggiore elasticità sotto questo punto di vista rispetto al margine offerto dall'ordinamento italiano, dove inoltre le procedure burocratiche creano numerose complicazioni per le attività di ricerca⁸⁵.

Si vuole sottolineare in questa sede che ad oggi risulta difficile sostenere che dati pseudonimizzati possano essere considerati alla stregua di dati anonimi a causa dei rischi di reidentificazione. Oggi il fenomeno della diffusione dei dati personali è particolarmente esteso, così come il fenomeno della loro commercializzazione. Queste circostanze possono portare ad un rischio di re-identificazione che non può essere sottovalutato⁸⁶.

Anche la riforma della disciplina europea sulla protezione dei dati personali sostiene la riconduzione della categoria dei dati pseudonimizzati all'interno di quella dei dati personali.

Con l'approvazione del nuovo regolamento sulla protezione dei dati, il quadro normativo europeo, potrebbe presto cambiare notevolmente, infatti dopo 17 anni dall'entrata in vigore della direttiva 95/46/CE, l'Unione europea ha avvertito la necessità di aggiornare la normativa per la tutela dei dati personali.

Così, il 28 gennaio 2012, la Commissione europea ha formulato una proposta di regolamento al fine di sostituire l'esistente direttiva 95/46/CE ed ha formulato anche una proposta di nuova direttiva in materia di trattamento dei dati personali per finalità di giustizia e di polizia⁸⁷.

Lo scopo è quello di rendere più attuale la normativa e allo stesso tempo di migliorare la tutela della *privacy*, definendo uno standard di protezione valido a livello

⁸⁴ I. Brown, L. Brown e D. Korff, *op. cit.*

⁸⁵ A. Ichino, *Le perplessità di un utilizzatore di dati di fronte al «Codice di deontologia e buona condotta per il trattamento di dati personali per scopi statistici e scientifici»*, in *Statistica*, n. 4, 2003, 673-683.

⁸⁶ I. Brown, L. Brown e D. Korff, *op. cit.*

⁸⁷ Jay, *Data Protection Law and Practice*, *op. cit.*, 49.

globale⁸⁸.

In data 24 marzo 2014 il Parlamento europeo, riunitosi in seduta plenaria, ha approvato in prima lettura la proposta di regolamento così come emendata dalla Commissione sulle Libertà Civili (nel seguito: LIBE)⁸⁹.

Ai sensi dell'art. 294 del Trattato di Lisbona, il testo della proposta di regolamento deve essere approvato con il procedimento di co-decisione, il quale vede la partecipazione sia del Parlamento Europeo che del Consiglio.

Sia la proposta originale del regolamento, che gli emendamenti presentati dalla LIBE hanno ricevuto aspre critiche da parte di molti addetti ai lavori⁹⁰.

È stata manifestata *in primis* una profonda preoccupazione sul progetto di relazione, pubblicato il 16 gennaio 2013, da Jan Philipp Albrecht (Gruppo Verde/Alleanza Libera Europea, Germania), sul Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati. Tale relazione proponeva moltissimi emendamenti alla proposta di regolamento capaci di avere conseguenze disastrose per la ricerca in campo sanitario. Nella premessa alla relazione si affermava addirittura che il trattamento dei dati sensibili per finalità storiche, statistiche e di ricerca scientifica non fosse così urgente o impellente quanto la pubblica sanità o la protezione sociale.

Le critiche hanno principalmente riguardato l'aumento di oneri burocratici per consentire il trattamento dei dati, gli ostacoli posti alla condivisione dei dati con i paesi fuori dall'Unione europea (che potrebbero creare problemi nel campo delle malattie rare dove lo scambio delle poche informazioni presenti è indispensabile) e la poca chiarezza nel regolamento sull'utilizzo dei dati anonimizzati e pseudonimizzati.

Il testo della proposta di regolamento risultante dalla seduta plenaria del 24 marzo 2014 prevede, al *considerando* n. 23, che il regolamento non si applichi al

⁸⁸ *Why do we need an Endata protection reform?* ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/1_en.pdf.

⁸⁹ La proposta è stata approvata in seduta plenaria con 621 voti a favore, 10 contrari e 22 astenuti per il regolamento e 371 voti a favore, 276 contrari, 30 astenuti per la direttiva. *European Commission MEMO Strasbourg*, 12 marzo 2014 *Progress on EU data protection reform now irreversible following European Parliament vote* europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-186_en.htm.

⁹⁰ Tra le molte voci che si sono sollevate contro alcuni articoli contenuti nella proposta di regolamento e contro alcuni emendamenti della LIBE si ricordano quelle di: *European Public Health Association (EUPHA)*, *Eurordis Rare Diseases Europe*, *International Epidemiological Association (IEA)*, *European Network of Cancer Register*, *NHS European Office* e *la European Hospital and Healthcare Federation*.

trattamento dei dati anonimi anche quando questi siano utilizzati per finalità statistiche e di ricerca.

L'art. 4 fornisce la definizione di «dati pseudonimi», che fino ad ora era mancata nella direttiva 95/46/CE, qualificandoli come dati personali, che non possono essere attribuiti a un soggetto interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, purché tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e siano soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire la non attribuzione dei dati.

Il fatto che il regolamento includa i dati pseudonimizzati nella categoria dei dati personali e non in quella dei dati anonimi, può implicare in Gran Bretagna uno sconvolgimento per i registri che utilizzano questa tipologia di dati, come CRIS.

Per quanto riguarda i «dati sanitari», l'art. 9 riconosce l'appartenenza di questi dati alla categoria dei «dati speciali» ma, così come previsto già nella direttiva 95/46/CE, esonera il loro trattamento dal generale divieto di trattamento posto per i dati speciali.

L'art. 17 della proposta di regolamento riconosce al soggetto titolare dei dati personali, il «diritto alla cancellazione»⁹¹. È necessario sottolineare che questo diritto, così come il diritto alla rettifica dei propri dati deve essere bilanciato con attenzione nel campo sanitario. Permettere la cancellazione di dati riguardanti la storia clinica di un paziente può finire per essere controproducente e perfino dannoso sia per la salute della collettività che del paziente stesso: infatti gli operatori sanitari potrebbero non avere accesso ad informazioni vitali. Inoltre, anche i risultati delle ricerche scientifiche e le analisi statistiche basate sull'utilizzo di dati potrebbero risultare falsate⁹².

⁹¹ Articolo 17 diritto alla cancellazione: «l'interessato ha il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento la cancellazione di dati personali che lo riguardano e la rinuncia a un'ulteriore diffusione di tali dati e di ottenere da terzi la cancellazione di qualsiasi link, copia o riproduzione di tali dati, se sussiste uno dei motivi seguenti: a) i dati non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; b) l'interessato revoca il consenso su cui si fonda il trattamento, di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), oppure il periodo di conservazione dei dati autorizzato è scaduto e non sussiste altro motivo legittimo per trattare i dati; c) l'interessato si oppone al trattamento di dati personali ai sensi dell'articolo 19; c bis) un tribunale o autorità di regolamentazione dell'Unione ha deliberato in maniera definitiva e assoluta che i dati in questione devono essere cancellati; d) i dati sono stati trattati illecitamente». Nell'originaria proposta di regolamento presentata dalla Commissione l'articolo prevedeva invece il diritto all'oblio e il diritto alla cancellazione.

⁹² European Hospital and Healthcare Federation HOPE, LIBE *Vote on the Data Protection Regulation: Impact on Health*,

Il terzo comma lett. b) dell'articolo in commento permette di evitare la cancellazione dei dati quando la loro conservazione sia necessaria per «motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell'art. 81». Questa deroga potrebbe essere un'opportunità, ma a causa della mancata specificazione del significato di «motivi di pubblico interesse», la sua efficacia potrebbe essere inficiata.

Di fondamentale importanza sono gli art. 81 e 83, intitolati rispettivamente «Trattamento dei dati personali relativi alla salute» e «Trattamento per finalità storiche statistiche e di ricerca».

Il testo dell'art. 81 è stato modificato considerevolmente nell'ultima seduta plenaria.

Prima delle ultime modifiche esso consentiva il trattamento dei dati personali concernenti la salute per tre campi di applicazione specificatamente individuati:

«a) per finalità di medicina del lavoro, prevenzione medica, diagnosi, assistenza sanitaria o terapia ovvero gestione dei servizi sanitari, e quando il trattamento dei medesimi dati è effettuato da un professionista della sanità vincolato da segreto professionale o altra persona del pari soggetta a un equivalente obbligo di segretezza ai sensi della legislazione degli Stati membri o di norme stabilite dagli organismi nazionali competenti;

b) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali: la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza, tra l'altro dei medicinali e dei dispositivi medici;

c) per altri motivi di interesse pubblico in settori quali la protezione sociale, soprattutto al fine di assicurare la qualità e l'economicità delle procedure per soddisfare le richieste di prestazioni e servizi nell'ambito del regime di assicurazione sanitaria».

L'articolo in commento, nella sua ultima formulazione, prevede che il trattamento dei dati personali possa essere effettuato per finalità mediche (punto a) e per motivi di interesse di pubblica sanità (punto b), ma solo da persone tenute per

www.nbsconfed.org/Documents/Data_Protection_HOPE_BriefingtoLIBE_20131018.pdf

legge al vincolo della riservatezza.

Nel caso di «altri motivi di interesse pubblico in settori quali la protezione sociale» (punto c) si richiede in aggiunta che il trattamento dei dati personali non possa avvenire per finalità diverse da quelle per le quali i dati sono stati raccolti, salvo che con il consenso dell'interessato o sulla base del diritto dell'Unione europea o di uno Stato membro.

Il nuovo comma 1-*bis* restringe ancora maggiormente la possibilità di trattare i dati sanitari prevedendo che non si possano trattare dati personali per le finalità di cui ai punti a) e c) nel caso in cui dette finalità possano essere conseguite senza il loro utilizzo, salvo che vi sia il consenso dell'interessato o sulla base del diritto di uno Stato membro.

Anche il trattamento di dati personali relativi alla salute degli individui che risulti necessario per finalità storiche, statistiche o di ricerca scientifica, che prima veniva sottoposto solo alle condizioni dell'articolo 83, nella nuova formulazione a dette condizioni è stato aggiunta la necessità del consenso dell'interessato.

Risulta chiaro come le recenti modifiche abbiano ristretto in maniera significativa il campo di utilizzabilità dei dati sanitari, richiedendo la coesistenza di molteplici requisiti.

L'art.83 disciplina il trattamento dei dati personali per scopi storici, statistici e di ricerca scientifica. Originariamente questo articolo permetteva il trattamento dei dati personali a tali scopi solo nel caso in cui:

«a) tali finalità non possono essere altrimenti conseguite trattando dati che non consentono o non consentono più di identificare l'interessato;

b) i dati che permettono di associare informazioni a un interessato identificato o identificabile sono conservati separatamente dalle altre informazioni, nella misura in cui tali finalità possano essere conseguite in questo modo».

Nella nuova formulazione questi punti sono stati sostanzialmente lasciati invariati, mentre il secondo comma è stato del tutto eliminato.

Esso prevedeva che gli organismi che svolgono ricerche storiche, statistiche o scientifiche potevano pubblicare o divulgare al pubblico i dati personali solo:

- se l'interessato aveva prestato il proprio consenso;
- se la pubblicazione dei dati personali era necessaria per presentare i risultati della

ricerca o per facilitarla, nella misura in cui gli interessi o i diritti o le libertà fondamentali dell'interessato non prevalevano sull'interesse della ricerca;

- nel caso in cui l'interessato avesse reso pubblici i suoi dati.

È stato aggiunto *ex novo* l'art. 83 a) sul trattamento dei dati personali da parte dei servizi di archiviazione. L'articolo stabilisce che una volta terminato il trattamento per il quale i dati personali sono stati raccolti, tali dati possono essere trattati dai servizi di archiviazione che abbiano come principale fine quello della raccolta, memorizzazione, classificazione, comunicazione, valorizzazione e diffusione degli archivi nell'interesse generale, per la promozione dei diritti delle persone o per finalità storiche, statistiche o scientifiche.

Queste attività dovranno essere effettuate secondo le regole stabilite dagli Stati membri e secondo le disposizioni del regolamento europeo, con specifico riferimento alle disposizioni relative al consenso e al diritto di opposizione.

Una criticità che affliggeva la versione iniziale della proposta di regolamento riguardava la quantità di documentazione amministrativa richiesta ai responsabili e agli incaricati del trattamento dei dati, che rischiava di ostacolare seriamente lo sviluppo della ricerca scientifica.

La versione originaria dell'art. 28 richiedeva al responsabile del trattamento, all'incaricato e all'eventuale rappresentante del responsabile di conservare tutta la documentazione di tutti i trattamenti effettuati sotto la propria responsabilità. Era presente anche una lunga lista indicante gli elementi che tale documentazione doveva necessariamente avere.

Nella nuova formulazione dell'articolo, approvato il 12 marzo 2014, non viene più richiesta la tenuta della documentazione anche all'eventuale rappresentante del responsabile e si richiede di conservare soltanto quella necessaria al fine di soddisfare i requisiti di cui al presente regolamento, mantenendola aggiornata, inoltre la lista esplicativa del contenuto della documentazione da conservare è stata

notevolmente ridotta⁹³.

La prossima parola sul nuovo regolamento spetta al Consiglio, che potrà nuovamente cambiare il contenuto del testo. In questo caso il testo modificato dovrà tornare per una nuova approvazione al Parlamento Europeo rinnovato dopo le elezioni di maggio 2014.

Non è ancora possibile quindi definire con certezza quale sarà il futuro assetto del regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.

È sicuramente positiva la presa di posizione del legislatore europeo che ha finalmente chiarito la categorizzazione dei dati pseudonimizzati, rendendola così omogenea per tutto il territorio europeo.

Sarebbe stato auspicabile mantenere, come nella vigente direttiva, che i trattamenti ulteriori per scopi di ricerca non fossero da considerarsi incompatibili con gli scopi per i quali i dati sono stati raccolti.

L'attuale formulazione del regolamento rischia, con le troppe condizioni poste al trattamento dei dati, di ostacolare eccessivamente lo sviluppo della ricerca medico-scientifica e pertanto si rende auspicabile una sua modifica che bilanci adeguatamente una efficace tutela della privacy degli individui con le esigenze della ricerca medico-scientifica.

⁹³ Ibidem.



ISSN 2037-6677

2014/4

A new procedural weapon for vulture funds? Argentina gets “stuck” in the extraterritorial discovery of the US Supreme Court

Una nuova arma processuale per i “fondi avvoltoi”? L’Argentina rimane “imbrigliata” nelle morsa della *discovery* extraterritoriale dalla Corte Suprema degli Stati Uniti

Federica Cristani

State immunity - Lotus principle - hedge funds



Una nuova arma processuale per i “fondi avvoltoi”? L’Argentina rimane “imbrigliata” nelle morse della *discovery* extraterritoriale dalla Corte Suprema degli Stati Uniti

di Federica Cristani

1. – Il 16 giugno 2014 la Corte Suprema degli Stati Uniti d’America ha posto fine in quello che è stato definito il «debt trial of the century», vale a dire *NML v Argentina* (J. Cotterill, *Bad day to be a recalcitrant sovereign debtor*, in *Financial Times*, 16 giugno 2014, in *ftalphaville.ft.com*), con due decisioni che suscitano dubbi e perplessità dal punto di vista sia del diritto costituzionale comparato sia (soprattutto) del diritto internazionale, e in quanto tali destinati a operare quali *precedents in point* sulla vicenda argentina e in futuri casi analoghi.

Si tratta di una *Notice of denial of certiorari* (No. 13-990) e di un’*Opinion on writ of certiorari* (573 U.S. (2014)), che qui si commenta) in due casi che vedono protagonisti NML Capital Ltd (NML), *hedge fund* titolare di *bond* argentini e la Repubblica d’Argentina. L’effetto di tali decisioni è, da un lato, la condanna dell’Argentina a pagare il pieno valore dei *bond* acquistati da NML; dall’altro, consentire a quest’ultima di intraprendere una *discovery* delle proprietà argentine al di fuori del territorio degli Stati Uniti.

Ciò consentirà a NML di “mappare” in modo dettagliato quanto posseduto dall’Argentina e identificare così i beni passibili di esecuzione per recuperare il

proprio credito. In particolare, la decisione della Corte Suprema sulla *discovery* extraterritoriale lascia perplessi per il ragionamento seguito dalla Corte, che sembra ricavare, come si vedrà, *troppo* dal silenzio delle norme rilevanti: vale a dire, un'applicazione del principio *Lotus* del diritto internazionale classico, per cui tutto quanto non è espressamente vietato risulta legittimo nell'ordinamento giuridico di riferimento.

Ci si soffermerà dapprima sul *background* sostanziale e processuale della decisione e della relativa *opinion on writ of certiorari* (2 e 3); si analizzerà poi l'*Opinion of the Court* (4), con particolare riguardo all'analisi della *discovery* sia post-giudiziaria (5), sia extraterritoriale (6 e 7) e sulla *Dissenting Opinion* (8), per svolgere infine alcune considerazioni – di carattere più generale – sulla decisione (9) e sul ruolo della Corte Suprema nella 'creazione' di un nuovo istituto processuale (10).

2. – Per comprendere le due decisioni della Corte Suprema del 16 giugno 2014, occorre ripercorrere le più rilevanti tappe, sostanziali e processuali, che le hanno precedute. La ricostruzione del *background* muove dal *default* in cui era incorsa l'Argentina nel 2001 per il mancato pagamento di titoli emessi in base al *Fiscal Agency Agreement* del 1994. Nell'ambito di una politica fortemente neoliberista, l'Argentina aveva infatti concluso il *Fiscal Agency Agreement* con la *Bankers Trust Company* di New York il 19 ottobre 1994 relativamente all'emissione di *global bond* nel territorio degli Stati Uniti. L'Accordo prevedeva che i titoli sarebbero stati regolati dalle leggi dello Stato di New York. A seguito del proprio *default*, l'Argentina aveva proposto ai propri *bondholders* – nel 2005, prima, e nel 2010, poi – accordi di ristrutturazioni del debito che implicavano un pagamento ridotto e/o deferito dei titoli acquistati. Mentre quasi il 93% dei *bondholders* aveva accettato i termini delle ristrutturazioni, una minoranza degli stessi (pari a circa il 7%) aveva invece preferito proseguire in sede giudiziale per il recupero di quanto dovuto in base al valore dei *bond* originari (gli *holdouts*).

Gli *holdouts* detengono *bond* argentini per un valore complessivo di circa \$4.000 miliardi. Si tratta per lo più di fondi specializzati che intervengono per comprare debito sovrano a un prezzo ridotto per poi rimanere al di fuori delle ristrutturazioni e attivare procedimenti "aggressivi" al fine di recuperare il valore pieno dei *bond* (c.d.

“fondi avvolti” o *hedge funds*). Tra questi NML, *holdout* protagonista dei casi di cui qui si discute, detiene *bond* per un valore pari a circa \$1.700 miliardi. Si tratta di una società *offshore* registrata nelle isole Cayman, società “figlia” della *Paul Singer Elliott Management Corporation*, che ha già portato a termine con successo azioni analoghe in Perù (dove a fronte di titoli in *default* acquisiti per \$11,4 milioni ha ottenuto \$58 milioni) e in Congo (dove è riuscito a convertire un debito di \$20 milioni in un pagamento di \$90 milioni).

NML è poi stata protagonista della costituzione dell'*American Task Force Argentina*, gruppo di *lobby* che si batte sistematicamente contro gli sforzi di ristrutturazione dell'Argentina (si veda sul punto H. Kupelyants, *Sovereign Debt Litigation Against Argentina: An Aberration or A New Routine?*, 4 settembre 2014, in www.ejiltalk.org).

I *bond* emessi in base al citato *Fiscal Agency Agreement* del 1994 includono un'espressa rinuncia all'immunità dalla giurisdizione e dall'esecuzione da parte dell'Argentina: «[t]o the extent the Republic [of Argentina] or any of its revenues, assets or properties shall be entitled (...) to any immunity from suit, (...) from attachment prior to judgment (...) from execution of a judgment or from any other legal or judicial process or remedy (...) the Republic has irrevocably agreed not to claim and has irrevocably waived such immunity to the fullest extent permitted by the laws of such jurisdiction (...)» (la citazione è tratta dalla decisione della Corte d'Appello del Secondo Circuito del 20 agosto 2012, *NML Capital Ltd c. Republic of Argentina*, 695 F. 3d 201, 2012).

Tale atto di rinuncia ha giustificato e legittimato le azioni legali intraprese da NML davanti alla Corte distrettuale di New York, foro processuale previsto espressamente dagli stessi *bond*: l'art. 22 del *Fiscal Agency Agreement* attribuisce, infatti, la giurisdizione ai giudici delle corti dello Stato di New York o delle corti federali che si trovino nel Distretto di Manhattan, New York (Cfr. A. Tanzi, *Sull'insolvenza degli Stati nel diritto internazionale*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2012, 79). In ogni caso, il Tribunale distrettuale sarebbe stato comunque competente a decidere la controversia sia *ratione personae*, in base al 28 U.S. Code § 1332, *Diversity of citizenship* («(a) [t]he district courts shall have original jurisdiction of all civil actions (...) between (...) (4) a foreign state (...) and citizens of a State or of different States»),

sia *ratione materiae*. Infatti, come si vedrà più avanti, la Corte Suprema è stata chiamata a decidere sull'applicazione di una legge federale, vale a dire il *Foreign Sovereign Immunities Act* del 1976 (Cfr. L. Fielder Redman, *The Foreign Sovereign Immunities Act: Using a "Shield" Statute as a "Sword" for Obtaining Federal Jurisdiction in Art and Antiquities Cases*, in *Fordham International Law Journal*, 2007, 781– 809).

3. – In letteratura, la vicenda processuale che vede l'Argentina convenuta davanti alla giurisdizione statunitense è valutata come il risultato di un cattivo *drafting* dei *bond*, privi della clausola di azione collettiva (c.d. *collective action clause*) che avrebbe consentito alla maggioranza dei *bondholders* di negoziare la ristrutturazione con un accordo che avrebbe vincolato anche la minoranza "recalcitrante" (quindi anche NML). A questo si aggiunga la scelta operata dall'Argentina di rinunciare in modo espresso alla protezione dell'immunità. Ciò, peraltro, è conseguenza anche della mancanza di uno strumento internazionale da utilizzare in casi di ristrutturazione del debito sovrano, che eviti le speculazioni dei c.d. fondi avvoltoi a danno di Stati stranieri (D. Desierto, *Republic of Argentina v. NML Capital Ltd.: The Global Reach of Creditor Execution on Sovereign Assets and The Case for an International Treaty on Sovereign Restructuring*, 22 giugno 2014, in www.ejiltalk.org; H.S. Steel, E. Zarrini, A.A. Goldin, *NML Capital v Argentina: A Lesson in Indenture Interpretation*, in *Insolvency and Restructuring International*, 2 settembre 2014, 2).

La vicenda processuale davanti alle corti statunitensi si presenta peraltro abbastanza lunga e complessa. In totale NML ha portato avanti 11 azioni legali dal 2003, vincendo in ciascuna di esse. Un primo filone di decisioni, emesse dalla Corte distrettuale di New York (nella figura del *Justice Griesa*) e confermate dalla Corte d'Appello del Secondo Circuito riguardano il ricorso di NML contro l'Argentina per ottenere il pieno pagamento del valore dei titoli acquistati. Un secondo filone di decisioni, relative alla fase "esecutiva" dei debiti giudiziari dell'Argentina, ha invece ad oggetto la richiesta portata avanti da NML di *discovery* extraterritoriale delle proprietà argentine, in vista dell'identificazione dei beni "aggredibili" per il recupero dei propri crediti.

Questi filoni si sono "incrociati" il 16 giugno 2014 nelle due decisioni della Corte Suprema.

Nel primo caso, quello che ha suscitato forse maggiore dibattito, anche per la forte diffusione mediatica della notizia, la Corte Suprema ha rigettato la *petition for a writ of certiorari* della convenuta, la Repubblica d'Argentina, di revisione della decisioni del Tribunale distrettuale di New York sulla clausola c.d. *pari passu* – che richiede la parità di trattamento dei creditori – contenuta nei *bond* acquistati da NML (*Notice of denial of certiorari*, No. 13-990). Rigettando la *petition* dell'Argentina, la Corte Suprema fa salva, in punto di diritto, l'interpretazione per cui l'Argentina deve pagare contemporaneamente sia i creditori “ristrutturati” che gli *holdouts* (per un'analisi della vicenda processuale e delle implicazioni derivanti dall'interpretazione della clausola *pari passu* fornita dalla Corte distrettuale e confermata dalla Corte d'Appello si vedano, tra i tanti, R. Zamour, *NML v. Argentina and the Ratable Payment Interpretation of the Pari Passu Clause*, in *The Yale Journal of International Law Online*, 2013, 55– 66, H.S. Steel, E. Zarrini, A.A. Goldin, *op.cit.*, 2).

Ciò ha un forte impatto sulle ristrutturazioni già decise nel 2005 e nel 2010. Come previsto dalla tabella dei pagamenti di tali *bond*, il primo termine per il pagamento era previsto per il 30 giugno 2014 (con un periodo di “tolleranza” di 30 giorni, scaduto il 30 luglio 2014), che l'Argentina ha perso per l'impossibilità di pagare sia i creditori ristrutturati sia gli *hedge funds*. A nulla sono valsi i tentativi, esperiti in sede politica dall'Argentina, di cercare di mettere un freno alle conseguenze dell'interpretazione della clausola *pari passu* offerte dai giudici statunitensi.

Da ultimo, il 7 agosto 2014, l'Argentina ha depositato un ricorso alla Corte Internazionale di Giustizia lamentando la violazione delle regole sull'immunità da parte del governo statunitense «as a result of judicial decisions adopted by US tribunals concerning the restructuring of the Argentine public debt». Perché il procedimento davanti alla Corte possa proseguire, gli Stati Uniti devono accettarne la giurisdizione (*The Argentine Republic seeks to institute proceedings against the United States of America before the International Court of Justice. It requests US to accept the Court's jurisdiction*, in *ICJ Press Release*, No. 2014/25, 7 agosto 2014, in www.icj-cij.org; H. Kupelyants, *Sovereign Debt Litigation Against Argentina: An Aberration or A New Routine?*, 4 settembre 2014, in www.ejiltalk.org).

Quindi l'Argentina dovrà cercare di pervenire a una composizione della controversia anche con gli *holdouts* nelle prossime ristrutturazioni di debito, con il rischio che si moltiplichino le istanze davanti alle Corti statunitensi da parte di altri *hedge funds* per il recupero del valore pieno dei titoli acquistati.

Ma si prospetta un pericolo ulteriore. Come ricordato, il 16 giugno 2014 la Corte Suprema ha, infatti, deciso sul *writ of certiorari* presentato dall'Argentina sul tema della *discovery* post-giudiziaria extraterritoriale. Nella *Opinion of the Court*, la maggioranza dei giudici della Corte Suprema ha confermato, come si vedrà più nel dettaglio, quanto stabilito dalla Corte distrettuale circa la possibilità di ordinare la *discovery* dei beni argentini posti al di fuori dal territorio degli Stati Uniti. Questa seconda decisione, seppur passata in secondo piano rispetto alla prima relativa all'interpretazione della clausola *pari passu*, ne rimane comunque intimamente legata: essa è, invero, l'“arma esecutiva” delle decisioni che condannano l'Argentina al pagamento dei debiti giudiziari. Infatti, non solo l'Argentina dovrà pagare il valore pieno dei titoli emessi agli *hedge funds*, ma le informazioni di tutte le sue proprietà al di fuori degli Stati Uniti saranno nella disponibilità degli *holdouts*, che potranno così scegliere dove e di fronte a quali giurisdizioni rivalersi in via esecutiva (in una sorta di *pick – and – choose* esecutivo, dagli effetti evidentemente drammatici per l'Argentina).

La vicenda processuale peraltro non sembra fermarsi ai soli profili qui esaminati. L'ultimo atto proviene da Griesa J, che il 29 settembre 2014 ha statuito in un'ordinanza che l'Argentina è colpevole di «civil contempt of court» per aver disobbedito alle precedenti decisioni cercando di pagare solo alcuni creditori “ristrutturati” e non anche gli *holdouts* («[o]n September 24, 2014, plaintiffs moved by order to show cause to hold the Republic of Argentina in civil contempt of court for violating the Amended February 23, 2012 order. For the reasons given at the hearing today, the court holds that Argentina is in civil contempt of court. The court will reserve decision on the issue of sanctions for further briefing»). La richiesta di oltraggio alla corte era stata presentata dagli stessi *hedge funds* (A. Stevenson, *Judge Holds Argentina in Contempt of Court*, in *New York Times*, 30 settembre 2014, B3; *El juez Thomas Griesa declaró en “desacato” a la Argentina*, 29 settembre 2014, in

www.lanacion.com.ar; *Tango bond: da Buenos Aires oltraggio a corte, nuovo schiaffo dal giudice Usa*, 30 settembre 2014, in *www.repubblica.it*).

4. – Volendo ora concentrarsi sulla sentenza della Corte Suprema [573 U.S. (2014)], va evidenziato preliminarmente come l'*Opinion of the Court* successiva al *certiorari granted* sia stata redatta dall'*Associate Justice* Scalia, cui hanno aderito gli altri Giudici, ad eccezione del *Justice* Ginsburg, che ha redatto una *Dissenting Opinion*, e del *Justice* Sotomayor, che invece non ha preso parte alla decisione della causa, senza offrire peraltro alcuna giustificazione. Di seguito si analizzano, nell'ordine, le due *Opinions*, rispettivamente, di Scalia e di Ginsburg, offrendo infine un commento sugli aspetti giuridici che emergono dalla vicenda.

Il *Justice* Scalia ripercorre innanzitutto la vicenda processuale che ha portato alla decisione. Rispetto al *background* sopra illustrato, la vicenda presenta ulteriori elementi di complicazione, in quanto il *writ of certiorari* dell'Argentina nasce dalla richiesta di NML di emissioni di *subpoenas* nei confronti di due banche terze.

Come parte degli sforzi diretti a eseguire le decisioni dei tribunali statunitensi, NML aveva infatti cominciato a rivalersi sulle proprietà dell'Argentina davanti alla Corte distrettuale di New York (*EM Ltd. c. Republic of Argentina*, 695 F. 3d 201, 203).

Nel 2010, in particolare, NML aveva ottenuto due *subpoenas*, rispettivamente contro la *Bank of America*, il 10 marzo 2010, e contro il *Banco de la Nación Argentina* (BNA), con filiale a New York, il 14 giugno 2010 (573 U.S. (2014), 2). In base a dette *subpoenas*, le due banche erano chiamate a fornire informazioni sui circuiti finanziari dell'Argentina, con particolare riguardo ai documenti relativi a conti mantenuti da o per conto dell'Argentina, documenti relativi alla data di apertura e chiusura dei conti argentini, il saldo attuale, lo storico delle transazioni, la traccia di tutti i trasferimenti elettronici di fondi e debiti dell'Argentina.

L'Argentina, assieme a *Bank of America*, aveva subito presentato istanza di annullamento delle *subpoenas* davanti al Tribunale distrettuale di New York, lamentando che detti *subpoenas*, volti a scoprire le proprietà dell'Argentina al di fuori del suolo statunitense e al di fuori della giurisdizione delle corti statunitensi, violavano il principio di immunità statale, come tutelato dalla stessa legislazione

federale statunitense. Il Tribunale distrettuale, con ordinanza del 2 settembre 2011, aveva respinto l'istanza di annullamento, riaffermando che la *discovery* extraterritoriale non violava l'immunità dell'Argentina, in quanto appunto diretta "solo" a recuperare informazioni e non ad aggredire le proprietà dell'Argentina in via esecutiva, e riaffermando il suo ruolo di "clearinghouse for information" per sostenere gli sforzi di NML nel recupero del suo credito giudiziario. Tuttavia, il *Justice* Griesa chiuse l'ordinanza auspicando la negoziazione tra le parti per includere nelle *subpoenas* «some reasonable definition of the information being sought» (come riportato nella decisione della Corte d'Appello del 20 agosto 2012, 695 F. 3d 201, 2012), senza peraltro entrare maggiormente nel merito (*App. to Pet. for Cert.* 31, 32).

Il 20 agosto 2012 la Corte di Appello del Secondo Circuito (695 F. 3d 201, 2012) ha poi confermato l'ordinanza della Corte distrettuale del 2 settembre 2011. Nella richiesta davanti alla Corte d'Appello l'Argentina sosteneva che l'ordinanza del Tribunale distrettuale violasse la regola dell'immunità contro l'Argentina. Secondo l'Argentina, infatti, il *Foreign Sovereign Immunities Act*, legge approvata dal Congresso nel 1976 per disciplinare l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione statunitense (FSIA, in *International Legal Materials*, 1976, 1388), estende l'immunità anche alle ipotesi di *discovery* post-giudiziaria di informazioni sulle proprietà dello Stato straniero. La Corte d'appello conferma invece l'ordinanza, sostenendo che quest'ultima riguarda solo la *discovery* e non anche una richiesta di sequestro di proprietà sovrana (Id., 205).

La vicenda si chiude, come s'è detto, con la presentazione di una *petition for a writ of certiorari* da parte dell'Argentina alla Corte Suprema. Secondo l'Argentina si deve interpretare la regola dell'immunità dall'esecuzione, come regolata dal FSIA, nel senso di comprendere anche le attività di *discovery* post-giudiziaria. Difatti, se il creditore giudiziario non può procedere in esecuzione nei confronti di una determinata proprietà coperta dalla regola dell'immunità, la *discovery* non sarebbe "rilevante". Diverso sarebbe invece il discorso per le proprietà che rientrano nell'eccezione dalla regola dell'immunità dall'esecuzione (come le proprietà utilizzate a fini commerciali); dal momento che queste ultime sarebbero soggette a esecuzione, solo per queste la *discovery* sarebbe esperibile. In altre parole, la *discovery* sarebbe valida solo per le proprietà rientranti nell'eccezione della regola dell'immunità

dall'esecuzione, mentre sarebbe esclusa in tutti gli altri casi in quanto attività "non rilevante".

Il *petitum* dell'Argentina alla Corte Suprema è quindi il seguente «[w]hether post-judgment discovery in aid of enforcing a judgment against a foreign state can be ordered with respect to all assets of a foreign state regardless of their location or use ... or is limited to assets located in the United States that are potentially subject to execution under the FSIA ...» (*Petition for Writ of Certiorari*, 7 gennaio 2013, i).

5. – Nel procedere con l'analisi delle richieste di revisione, la Corte Suprema divide il ragionamento in due parti: la prima è relativa alle regole di *discovery* post-giudiziaria extraterritoriale; la seconda è incentrata sull'applicazione delle regole sull'immunità dall'esecuzione. In tal modo, la Corte Suprema correttamente individua le due tematiche che si intrecciano nella vicenda, ovvero (A) se la *discovery* post-giudiziaria possa riguardare anche proprietà poste al di fuori del territorio degli Stati Uniti, e, se la risposta fosse affermativa, (B) se le regole federali statunitensi sull'immunità dall'esecuzione pongano dei limiti alla tale attività di *discovery*, nel caso particolare in cui il debitore giudiziario sia uno Stato straniero. Tuttavia, pur avendo giustamente individuato e separato le due questioni giuridiche che emergono dalla vicenda, la Corte Suprema non sembra approfondire in modo adeguato soprattutto la prima delle due questioni, lasciando aperte le domande che essa stessa solleva nel corso del ragionamento.

Nella prima parte (A) il *Justice* Scalia parte dall'analisi delle regole di procedure civile federali che governano la *discovery* nella fase esecutiva.

Normalmente l'istituto della *discovery* ("scoperta dei documenti") nel sistema processuale statunitense comporta il diritto di ogni parte a ottenere che l'altra produca in giudizio tutti i documenti riguardanti il rapporto processuale. Scalia sottolinea come tali regole siano abbastanza permissive anche nella fase esecutiva. Viene citato al riguardo la *Federal Rule of Civil Procedure* 69, lett. a), cpv. 2 che prevede che ai fini dell'esecuzione, il creditore giudiziario possa ottenere la *discovery* da parte di qualsiasi persona (incluso il debitore giudiziario), come previsto dalle regole o procedure dello Stato in cui la corte è stabilita («[i]n aid of the judgment or execution, the judgment creditor (...) may obtain discovery from any person—

including the judgment debtor—as provided in the rules or by the procedure of the state where the court is located»; cfr. U. Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992 e J.P. Griffin, M.N. Bravin, “Beyond Aérospatiale: A Commentary on Foreign Discovery Provisions of the Restatement (Third) and the Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure”, in *The International Lawyer*, 1991, 331-349).

La regola generale nel sistema federale prevede quindi che, nei limiti dell'intervento sempre discrezionale della Corte distrettuale, le parti possano ottenere la *discovery* relativa a ogni questione rilevante per il ricorso o la difesa di una delle parti («[p]arties may obtain discovery regarding any non privileged matter that is relevant to any party's claim or defense», Fed. Rule Civ. Proc. 26, lett. b), cpv. 1). E la legislazione dello Stato di New York permette al creditore giudiziario la *discovery* diretta a ottenere qualsiasi informazione rilevante per la soddisfazione di una sentenza («all matter relevant to the satisfaction of [a] judgment», §5223 della *New York Civil Practice Law*).

Le regole federali consentirebbero quindi al giudice statunitense di ordinare la *discovery* con riferimento a proprietà del debitore giudiziario anche al di fuori della giurisdizione della corte statunitense. Scalia evidenzia come, durante la fase dibattimentale davanti alla Corte, le parti non si trovassero d'accordo circa il significato da attribuire a dette regole. Tuttavia, la Corte Suprema non prende posizione sul punto, limitandosi ad affermare che «in a run-of-the-mill execution proceeding (...) the district court would have been within its discretion to order the discovery from third-party banks about the judgment debtor's assets located outside the United States» [confermando così quanto statuito dalla Corte d'Appello, 695 F. 3d, 208; 573 U.S.(2014), 5].

Rammentando che la domanda dell'Argentina si limita all'applicazione delle regole federali sull'immunità alla *discovery* e non si estende anche alla questione sulla legittimità della *discovery* extrerritoriale *per se*, la Corte Suprema non si pronuncia sull'ammissibilità della *discovery* extraterritoriale, in un'opera di *self-restraint* che appare forse eccessiva («We do not take up those issues today, since Argentina has not put them in contention», 573 U.S. (2014), 4). Infatti, la Corte Suprema degli Stati Uniti ricorre ampiamente alla propria discrezionalità, non solo nel filtrare i casi di cui

intende occuparsi (sull'evoluzione del potere discrezionale della Corte nel concedere il *certiorari*, tra gli altri, E.A. Hartnett, *Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy– Five Years After the Judges' Bill*, in *Columbia Law Review*, 2000, 1645), ma anche nel riformulare il *petitum* che gli viene rivolto, inserendo a volte questioni del tutto nuove (si veda il commento di R. Bin, *Zone franche e legittimazione della Corte*, 5 maggio 2014, in www.forumcostituzionale.it. Per una disamina degli strumenti usati dalla Corte Suprema per esercitare il *self– restraint*, tra gli altri, V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1999, 16 f.). La Corte Suprema avrebbe quindi ben potuto addentrarsi nella questione prospettata più nel dettaglio e fornire così una risposta definitiva sull'ammissibilità della *discovery* extraterritoriale.

6. – Nella seconda parte del suo ragionamento (B), il *Justice* Scalia si concentra sulla *writ of certiorari* posta dall'Argentina, se le regole sull'immunità dall'esecuzione si applichino anche alla *discovery* extraterritoriale. La Corte ricostruisce innanzitutto il sistema delle immunità come regolato nell'ordinamento statunitense.

Il *Justice* rammenta che l'immunità dello Stato estero è sempre stata una materia «of grace and comity on the part of the United States, and not a restriction imposed by the Constitution» (*Verlinden B.V. c. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. (1983), 486). Di conseguenza, la Corte Suprema deferiva la decisione agli organi politici sul se e quando esercitare il potere giudiziario nei confronti degli Stati stranieri. Nel corso degli ultimi due secoli spettava quindi all'esecutivo la decisione sull'immunità; e l'esecutivo tradizionalmente ne invocava l'applicazione in tutti i giudizi che vedevano coinvolti Stati esteri “amici” (Id., 486– 487). Dal 1952 vi era stata però un'inversione di tendenza da parte dell'esecutivo, che ha abbracciato la teoria dell'immunità “restrittiva” (nella c.d. *Tate Letter*), per cui il principio dell'immunità si sarebbe applicato solo agli atti dello Stato sovrano tipicamente pubblici e non invece a quelli prettamente commerciali. Tuttavia, La Corte nota come non vi fosse una linea chiara al riguardo, poiché anche quando il Dipartimento di Stato non richiedeva l'applicazione dell'immunità per lo Stato estero coinvolto, le corti finivano comunque per concederla «generally by reference to prior State Department decisions» (573 U.S. (2014), 6).

Nel 1976, il Congresso emanò il FSIA, considerato un «comprehensive set of legal standards governing claims of immunity in every civil action against a foreign state» (573 U.S. (2014), 6). Il FSIA prevede due tipi di immunità. In primo luogo, uno Stato straniero è immune dalla giurisdizione delle corti degli Stati Uniti. Tuttavia, nota la Corte Suprema, nel caso che si discute l'Argentina ha rinunciato in modo espresso all'immunità, cosa permessa dal §1605, lett. a), cpv. 1 del FSIA (695 F. 3d, 203). L'Argentina è quindi legittimata a stare in giudizio in qualità di convenuta davanti a un giudice statunitense alla stregua di un privato (§1606 FSIA).

Il FSIA prevede anche l'immunità dall'esecuzione, con riferimento alle proprietà di uno Stato straniero dislocate negli Stati Uniti, eccetto quanto previsto dalle §1610 e 1611 FSIA (§1609: «the property *in the United States* of a foreign state shall be immune from attachment[,] arrest[,] and execution except as provided in sections 1610 and 1611 of this chapter» – corsivo aggiunto). Le eccezioni a questa immunità sono ristrette. Infatti, le proprietà negli Stati Uniti possono essere soggette a sequestro, arresto o esecuzione se (1) sono usate per attività commerciali negli Stati Uniti (si veda §1610, lett. a) del FSIA) e (2) in presenza di altre eccezioni espressamente elencate, come quella che permette la rinuncia (§1610, lett. a), cpv. 1–7 FSIA).

L'*Opinion* puntualizza che nel FSIA non si ritrova una terza previsione che proibisca o limiti la *discovery* in soccorso dell'esecuzione di proprietà di uno Stato estero. L'Argentina stessa riconosce che nessuna parte dell'Atto fa espressamente riferimento alla *discovery* nella fase esecutiva (*Brief for Petitioner*, 22). Infatti, l'Atto parla di *discovery* solo in un caso, ovvero in una sottosezione che richiede alle corti di sospendere le richieste di *discovery* dirette agli Stati Uniti che potrebbero interferire con vicende criminali o di sicurezza nazionale (§1605, lett. g), cpv. 1 FSIA), che non si applica evidentemente al caso di specie (573 U.S. (2014), 8).

7. – L'Argentina, sostenendo la tesi per cui l'immunità dall'esecuzione si estenderebbe, implicitamente, anche agli atti di *discovery*, mette in rilievo, (1) che prima dell'emanazione del FSIA il Dipartimento di Stato e le corti statunitensi hanno sempre accordato immunità assoluta dall'esecuzione agli Stati stranieri e (2) che le eccezioni all'immunità dall'esecuzione, previste dai §1610 e 1611 sono state

espressamente codificate dal Congresso nel FSIA, e tra queste non rientra la *discovery* post-giudiziaria extraterritoriale, che va quindi considerata coperta dalla regola generale dell'immunità (*Brief for Petitioner*, 29). L'Argentina propone quindi una lettura restrittiva delle eccezioni alla regola dell'immunità dall'esecuzione.

L'interpretazione offerta dall'Argentina appare in linea con la prassi internazionale. Tradizionalmente, infatti, il diritto dell'immunità degli Stati garantisce l'immunità assoluta, sia dalla giurisdizione, sia dall'esecuzione, degli Stati stranieri di fronte alle corti nazionali. Peraltro, il diritto dell'immunità degli Stati è sempre stato di matrice consuetudinaria; non esiste ad oggi una Convenzione internazionale in vigore che la disciplini. Tuttavia, il FSIA, come la precedente *European Convention on State Immunity* (firmata il 16 maggio 1972 ed entrata in vigore l'11 giugno 1976) e altre legislazioni nazionali in materia, come il *Sovereign Immunity Act* del 1978 della Gran Bretagna, sono state il punto di riferimento per i lavori della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite per la redazione della *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (UNGA Res 59/38, 2 dicembre 2004; cfr. R.G. Steinhardt, *United States Foreign Sovereign Immunities Act (1976)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007). Seppure la Convenzione delle Nazioni Unite non sia ancora entrata in vigore (e, tra gli altri, gli Stati Uniti non l'abbiano ancora firmata, come si ricava da treaties.un.org), essa costituisce un autorevole parametro di riferimento per l'individuazione dello stato del diritto consuetudinario in materia di immunità (cfr. P.T. Stoll, *State Immunity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011).

In particolare, in base al diritto consuetudinario, l'immunità dall'esecuzione sembra avere protezione maggiore rispetto all'immunità dalla giurisdizione; la stessa Commissione di diritto internazionale riconosce che spesso, pur ottenendo una sentenza da parte di un giudice nazionale contro uno Stato estero, risulta quasi impossibile farla eseguire a causa dell'immunità che viene fatta valere. Per questo, l'immunità dall'esecuzione è stata descritta come “the last bastion of State immunity” (Commissione di diritto internazionale, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property and Commentaries thereto*, in *United Nations Yearbook of the International Law Commission. Volume II. Part II*, 1991, 56; cfr. P.T. Stoll, *op.cit.*).

Lo stesso FSIA prevede delle eccezioni all'immunità dall'esecuzione che risultano più stringenti rispetto alle eccezioni dall'immunità dalla giurisdizione, – ed è stato giustamente osservato che «a case may fall within the jurisdiction of US courts and result in a judgment for the plaintiff, but the judgment may be impossible to enforce in the U.S.» (R.G. Steinhardt, *op.cit.*). Non dovrebbe quindi suscitare scalpore una lettura delle eccezioni del FSIA in senso restrittivo, lettura che pare perfettamente in linea con il diritto dell'immunità degli Stati a livello internazionale.

Il *Justice* Scalia, tuttavia, rigetta le argomentazioni dell'Argentina. In primo luogo, l'Argentina non cita nessun caso in base al quale prima del FSIA le proprietà di uno Stato straniero extraterritoriali godessero di assoluta immunità dall'esecuzione davanti alle corti degli Stati Uniti. In secondo luogo, anche se l'Argentina fosse nel giusto con riferimento all'ambito di applicazione della regola di *common law* sull'immunità dall'esecuzione, «it would be obvious that (...) §1609 (...) immunizes only foreign–state property in the United States. So even if Argentina were correct that § 1609 execution immunity implies coextensive discovery in– aid– of– execution immunity, the latter would not shield from discovery a foreign sovereign's extraterritorial assets» (573 U.S. (2014), 9). La Corte legge cioè in senso restrittivo il §1609, ovvero la regola generale sull'immunità dall'esecuzione, limitandone l'applicazione alle proprietà dello Stato straniero sul territorio degli Stati Uniti. Così facendo, però, viene aggiunta rispetto al §1601 e §1611 un'eccezione ulteriore alle regole sull'immunità dall'esecuzione, ovvero la possibilità di effettuare la *discovery* post–giudiziarie sulle proprietà al di fuori degli Stati Uniti, con il risultato sconcertate che invece la stessa attività di *discovery* sarebbe “implicitamente” coperta dall'immunità dall'esecuzione per le proprietà poste nel territorio degli Stati Uniti. Come dire che la *discovery* post–giudiziarie extraterritoriale sia una regola generalmente ammissibile (non è ben chiaro secondo quale ordinamento, se internazionale o secondo le regole federali statunitensi), salvo espressamente vietata o limitata dalle norme federali (o internazionali), norme che la Corte non rinviene nel caso di specie. In altre parole, parafrasando un principio del diritto internazionale classico, quanto non è espressamente vietato risulta permesso nell'ordinamento giuridico di riferimento (c.d. principio *Lotus*).

Tuttavia, la Corte Suprema sembra accorgersi delle implicazioni delle sue affermazioni, nel momento in cui si domanda cosa potrebbe succedere per le proprietà dello Stato straniero immuni dall'esecuzione in base al FSIA, come le proprietà militari o diplomatiche. Il FSIA infatti prevede che la regola dell'immunità dall'esecuzione valga in ogni caso sui beni dello Stato destinati ad usi di natura pubblicistica (es. beni immobiliari destinati alle sedi diplomatiche, o consolari, o a conti correnti destinati al funzionamento delle stesse sedi e alle attività relative, elencate nel §1611), riflettendo una regola di diritto internazionale consuetudinario (Cfr. P.T. Stoll, *op.cit.*).

Inoltre, prosegue l'*Opinion*, NML non sa ancora quali siano le proprietà dell'Argentina e soprattutto dove si trovino, quindi non è neppure possibile determinare se siano soggette alle regole dell'immunità secondo il FSIA. Per questo lo scopo delle *subpoenas* è di ottenere informazioni in via generale sulle proprietà che l'Argentina possiede anche fuori dal territorio degli Stati Uniti, in modo da poter identificare, in un momento successivo, quelle soggette a esecuzione (573 U.S. (2014), 10).

Potrebbe anche succedere, prosegue l'*Opinion*, che NML in ultima battuta non sia nelle condizioni di procedere *in executivis*. Tuttavia, secondo la Corte, NML può procedere con le *subpoenas* per scoprire dove si trovi la proprietà dell'Argentina (573 U.S. (2014), 10).

D'altra parte, se il Congresso avesse voluto comprendere nella regola sull'immunità dall'esecuzione anche le ipotesi di *discovery* extraterritoriale post-giudiziarie, avrebbe potuto aggiungere una previsione espressa nel FSIA (573 U.S. (2014), 11). In ultima battuta, l'*Opinion* prende atto del fatto che sia l'Argentina, sia gli Stati Uniti hanno prospettato alla Corte le preoccupanti conseguenze della decisione adottata dal Tribunale distrettuale sul piano delle relazioni internazionali. L'ordinanza che dispone la *discovery*, secondo il governo statunitense, potrebbe causare una sostanziale interferenza nella sfera di sovranità dello Stato straniero (*Brief for United States as Amicus Curiae*, 18) e minare l'"international comity" (Id., 19). Ancora, vi è il rischio che queste decisioni provochino «reciprocal adverse treatment of the United States in foreign courts» (Id., 20), danneggiando in tal modo i rapporti degli Stati Uniti con gli Stati stranieri (Id., 21).

Il *Justice* Scalia non entra qui nel merito, limitandosi ad affermare che «[t]hese apprehensions are better directed to that branch of government with authority to amend the Act—which, as it happens, is the same branch that forced our retirement from the immunity— by— factor— balancing business nearly 40 years ago» (573 U.S. (2014), 11). Sorprende peraltro che la Corte Suprema abbia così ignorato il *Brief* sottoposto dagli Stati Uniti come *Amici Curiae* il 4 dicembre 2013 «in response to the Court’s order inviting the Solicitor General to express the views of the United States» (*Brief for United States as Amicus Curiae*, 1).

Così chiosando, l’*Opinion* conferma la decisione della Corte di Appello del Secondo Circuito, che aveva ritenuto valida l’ordinanza del Giudice Griesa sulla *discovery* post–giudiziaria extraterritoriale a favore di NML.

8. – Nella sua *Dissenting Opinion*, il *Justice* Ginsburg mette in luce come il FSIA autorizzi l’esecuzione di una decisione di un giudice statunitense contro uno Stato straniero solo su proprietà dello stesso dislocate negli Stati Uniti e usate per attività commerciali [§1610, lett. a) FSIA].

La Corte, invece, consente una *discovery* senza limiti per le proprietà dell’Argentina poste al di fuori degli Stati Uniti, a prescindere dal fatto che tali proprietà siano o meno utilizzate a fini commerciali, diventando così una “clearinghouse for information” relativamente a tutte le proprietà possedute all’estero dall’Argentina. Per Ginsburg un giudice statunitense «has no warrant to indulge the assumption that, outside our country, the sky may be the limit for attaching a foreign sovereign’s property in order to execute a U. S. judgment against the foreign sovereign» (*Dissenting Opinion*, 573 U.S. (2014), 2). Dalla lettura del FSIA, si può giungere all’unica soluzione per cui la *discovery* post–giudiziaria possa essere concessa solo per le proprietà dell’Argentina che rientrano nell’eccezione alla regola sull’immunità dall’esecuzione, ovvero le proprietà utilizzate (anche all’estero) in connessione con attività commerciali ((§§1602, 1610, lett. a) del FSIA; *Dissenting Opinion*, 573 U.S. (2014), 2). Ginsburg non prende quindi posizione sulla questione della legittimità della *discovery* extraterritoriale, e incentra il suo ragionamento solo sull’applicazione delle regole federali sull’immunità dall’esecuzione. Il ragionamento, seguito da Ginsburg, secondo cui la *discovery* sarebbe lecita solo per quelle proprietà

non coperte dalla regole dell'immunità sembra condivisibile, anche se rimane scoperto il problema di ritenere legittima la *discovery* extraterritoriale *per se*.

A questo si aggiunge il problema, che non viene affrontato né nell'*Opinion* di Scalia né nella *Dissenting* di Ginsburg, di limitare la *discovery*. In particolare, non si dice a chi spetterebbe circoscrivere in anticipo le proprietà scoperte dalla protezione della regola dell'immunità dall'esecuzione. Ginsburg si limita a precisare in un inciso che le regole federali sull'immunità coincidono con le relative norme di diritto internazionale («our law coincides with the international norm», *Dissenting Opinion*, 573 U.S. (2014), 2, citando §1602 FSIA, che recita, nella parte che qui interessa: «[u]nder international law, states are not immune from the jurisdiction of foreign courts insofar as their commercial activities are concerned, and their commercial property may be levied upon for the satisfaction of judgments rendered against them in connection with their commercial activities»).

9. – In definitiva, la decisione della Corte Suprema permette ai creditori giudiziari di ottenere piena *discovery* sulle proprietà di uno Stato estero al di fuori del territorio statunitense; la Corte ricava dal silenzio del FSIA la legittimità di tale rimedio. Così operando, la Corte applica al proprio ragionamento il principio *Lotus* di diritto internazionale.

Il principio *Lotus* deriva da un ragionamento impiegato per la prima volta dalla Corte Permanente Internazionale di Giustizia nel caso omonimo (*The Case of the S.S. "Lotus"*, in *Reports 1927. Series A*, 1927, 18), che si può riassumere nelle parole del Giudice Simma della Corte Internazionale di Giustizia: «*Lotus* entails that everything which is not expressly prohibited carries with it the same colour of legality» (dichiarazione allegata all'*Advisory Opinion* resa dalla Corte Internazionale di Giustizia il 22 luglio 2010 nel caso *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, in *ICJ Reports*, 2010, 403 ss.). Questo principio riflette una «old, tired view of international law» (Id.) (per un'analisi critica del principio, tra gli altri, H. Handeyside, *The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship Ever Afloat?*, in *Michigan Journal of International Law*, 2007, 71–94).

Il principio è “rivitalizzato” nel ragionamento della Corte Suprema degli Stati Uniti.

Il creditore giudiziario acquisisce il diritto a “mappare” le proprietà di uno Stato straniero al di fuori del territorio degli Stati Uniti, per poi decidere dove incardinare i procedimenti esecutivi. Si afferma in tal modo una tutela ad ampio raggio degli investitori statunitensi (in particolare dei c.d. fondi avvoltoi), legittimati a “cercare giustizia” garantita dalle pronunce delle corti statunitensi non solo su suolo statunitense ma anche altrove, dove ci siano proprietà argentine suscettibili di esecuzione.

La decisione della Corte Suprema risolve una divergenza creatasi fra il Secondo e Settimo Circuito con riferimento alla *discovery* di proprietà non statunitensi. Nel *Brief* presentato alla Corte Suprema dagli Stati Uniti, si ricorda che la decisione della Corte d'Appello del Secondo Circuito contrasta con quella del Settimo Circuito che aveva invece negato la *discovery* nei confronti dello Stato estero (nel caso di specie l'Iran: *Brief for United States as Amicus Curiae*, 18). La Corte d'Appello del Settimo Circuito, infatti, nel caso *Rubin c. The Islamic Republic of Iran* (637 F. 3d 783, 799,

2011), limitava la portata della *discovery* alle proprietà espressamente identificate dal creditore giudiziario che fossero potenzialmente soggette all'eccezione di immunità dall'esecuzione contenuta nel FSIA. La Corte d'Appello del Settimo Circuito proponeva così un'interpretazione restrittiva delle eccezioni alle immunità dall'esecuzione affermando: «[t]he FSIA says that immunity from execution is waived only for specific 'property'. As a result, in order to determine whether immunity from execution or attachment has been waived, the plaintiff must identify specific property upon which it is trying to act. (...) In other words (...) [a] court cannot give a party a blank check when a foreign sovereign is involved» (Id.). La Corte aggiungeva poi che «[i]t is true that limiting discovery to the specific property identified for attachment restricts the plaintiffs ability to use the coercive power of the court to identify other attachable foreign– state assets, but that is a consequence of the balance struck by the FSIA» (Id.).

L'interpretazione fornita dalla Corte d'Appello del Settimo Circuito sembra condivisibile perché più aderente allo spirito del FSIA e alla prassi internazionale. Nel dubbio, quindi, il giudice nazionale dovrebbe sempre scegliere l'interpretazione più favorevole allo Stato, e quindi scegliere l'immunità, in modo da proteggere, come osserva la stessa Corte, «foreign sovereigns from the burdens of litigation, including the cost and aggravation of discovery» (Id.). La Corte Suprema, al contrario, avallando l'interpretazione fornita dalla Corte d'Appello del Secondo Circuito, rende legittima una sorta di *fishing expedition*, ovvero la ricerca indiscriminata di informazioni su tutte le proprietà possedute dallo Stato all'estero, per poi scegliere quelle che effettivamente risultano aggredibili, quindi non coperte dall'immunità.

Peraltro, NML ha portato avanti procedimenti esecutivi anche davanti ad altre giurisdizioni nazionali (per un'analisi complessiva delle vicende processuali nazionali relative ai titoli di debito argentini dinanzi ai tribunali nazionali si rinvia a M. Bordoni, *Bonds argentini, immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile e stato di necessità: orientamenti giurisprudenziali a confronto*, in *Comunicazioni e studi*, 2007, 139–204.). Alla fine del 2012 aveva tentato di sequestrare la nave ammiraglia della marina militare argentina *A.R.A. Libertad* mentre era ormeggiata in un porto nel territorio del Ghana, ottenendo da un tribunale locale un decreto ingiuntivo per il sequestro della stessa. Sulla vicenda è intervenuto il Tribunale internazionale del diritto del

mare, intimando il rilascio della nave come misura provvisoria nelle more dell'istituzione di un tribunale arbitrale che decidesse sulla questione sulla base dell'Annex VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (*The 'ARA Libertad' Case, Argentina c. Ghana, Order on Argentina's Request for the Prescription of Provisional Measures*, 15 dicembre 2012, in www.itlos.org). Il procedimento arbitrale si è poi concluso nel novembre 2013 a seguito dell'accordo tra il governo dell'Argentina e del Ghana, e il conseguente rilascio della nave ammiraglia (*The 'ARA Libertad' Arbitration, Argentina c. Ghana, Termination Order*, 11 novembre 2013, in www.itlos.org).

NML si era inoltre rivolta alla giurisdizione inglese, ottenendo una decisione della Corte Suprema del Regno Unito favorevole all'esecuzione delle decisioni statunitensi nel territorio britannico (*NML Capital Ltd. c. Republic of Argentina*, 6 luglio 2011, UKSC 31). La Corte, con decisione 3–2, ha infatti affermato che l'immunità dall'esecuzione, come regolato dal *Sovereign Immunity Act* del 1978, non si applica nei casi in cui lo Stato straniero ha espressamente rinunciato all'immunità, cosa che l'Argentina ha fatto nel caso di specie. Resta ora da verificare se il ricorrente riuscirà ad individuare beni argentini aggredibili sul territorio britannico che possano essere ritenuti esclusi dall'immunità dalla giurisdizione esecutiva (Tanzi, *op.cit.*, 81; J. F. Hornbeck, *Argentina's Defaulted Sovereign Debt: Dealing with the "Holdouts"*, in *Congressional Research Service. Report for Congress*, 6 febbraio 2013; D. Desierto, *op. cit.*; M. Risvas, *Argentina's Sovereign Debt Default Cases: Some Recent Developments in a Continuing Saga*, 9 novembre 2012, in www.ejiltalk.org).

Il ragionamento seguito dalla Corte Suprema del Regno Unito, basato sulle conseguenze della rinuncia all'immunità da parte dell'Argentina, sembra più condivisibile rispetto al ragionamento offerto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. In effetti, sarebbe stato più semplice per la Corte Suprema ricavare dalla rinuncia dell'immunità dall'esecuzione da parte dell'Argentina contenuta nei *bond* una rinuncia implicita all'immunità dalla relativa *discovery* post-giudiziarie (e fare riferimento quindi all'eccezione contenuta nel §1610, lett. a), cpv. 1 FSIA, per cui «[t]he property in the United States of a foreign state (...) shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution (...) if (...) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either

explicitly or *by implication* (...)» – corsivo aggiunto). Invece, la Corte ha preferito precisare, anche *pro futuro* (secondo il principio dello *stare decisis* le decisioni della Corte Suprema vincolano il sistema giurisdizionale nel suo complesso e, per consuetudine, gli organi d'indirizzo: G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, I, Padova, CEDAM, 7°ed., 2007, 615), che in ogni caso il FSIA fa salva la possibilità della *discovery* post-giudiziaria extraterritoriale, senza nessun riferimento alle conseguenze della rinuncia all'immunità da parte dell'Argentina.

La giurisdizione USA si dimostra così più “conveniente” ed “efficace” anche del sistema arbitrale internazionale. Infatti, basti ricordare che l'Argentina è coinvolta in numerosi procedimenti arbitrali davanti ai tribunali arbitrali istituito in senso all'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID – foro internazionale creato appositamente, con l'omonima Convenzione del 1965, per la soluzione delle controversie tra Stati e investitori stranieri), che l'hanno vista prevalentemente soccombente in cause simili a quelle portate avanti da NML di fronte ai giudici statunitensi. Tuttavia, l'Argentina non ha onorato nessuna delle decisioni arbitrali che imponevano il pagamento agli investitori stranieri e il sistema esecutivo ICSID non fornisce al riguardo strumenti efficaci agli investitori (sul punto, H. Kupelyants, *op. cit.*). In particolare, sono tuttora pendenti due importanti casi arbitrali, *Abaclat and Others c. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 e *Ambiente Ufficio S.p.A. and others c. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9, entrambi concernenti il mancato pagamento di *bond* da parte dell'Argentina e investitori italiani (per cui questi ultimi lamentano in questo caso il fatto che il comportamento dell'Argentina sarebbe in contrasto con quanto disposto dal Trattato bilaterale di promozione e protezione degli investimenti Italia–Argentina del 22 maggio 1990).

10. – Come già osservato, la vicenda processuale in commento davanti ai giudici statunitensi rende vani i tentativi di ristrutturazione del debito dell'Argentina, condannandola a un susseguirsi di *default* e vicende processuali davanti a svariate giurisdizioni nazionali. In questo senso, i c.d. fondi avvoltoi determinano le politiche di (non-)ristrutturazione dei governi nazionali, trovando una “sponda” nelle giurisdizioni nazionali. Lo stesso Fondo Monetario Internazionale, con riferimento

alle cause NML davanti ai giudici statunitensi aveva commentato che le decisioni «could have pervasive implications for future sovereign debt restructurings by increasing leverage of holdout creditors» (*Sovereign Debt Restructuring— Recent Developments and Implications for the Fund’s Legal and Policy Framework*, 26 aprile 2013, 1). Per inciso, lo stesso governo degli Stati Uniti aveva affermato che «[t]he United States would be gravely concerned about an order of a trial court in a foreign country, entered at the behest of a private person, seeking to establish a clearinghouse in that country of all the United States’ assets» (A. Liptak, *Argentina’s Debt Appeal is Rejected by Supreme Court*, 16 giugno 2014, in www.nytimes.com).

Sono quindi evidenti le preoccupazioni del governo statunitense che pronunce di questo tipo minino i rapporti con gli altri Stati. Peraltro, il Dipartimento di Stato aveva già criticato l’interpretazione della clausola *pari passu* fornita dal Tribunale distrettuale in quanto potrebbe «enable a single creditor to thwart the implementation of an internationally supported restructuring plan, and thereby undermine the decades of effort the United States has expended to encourage a system of cooperative resolution of sovereign debt crises» (*Brief for the United States as Amicus Curiae*, 4 aprile 2012). In effetti, lo stesso Dipartimento di Stato affermava nel 2010 il proprio supporto agli «efforts by Argentina to normalize relations with the Paris Club and the international financial community» (*Argentina—Paris Debt Club*, in *Questions Taken at the November 16, 2010 Daily Press Briefing*, PRN: 2010/1658).

Il diritto internazionale sembra così impotente di fronte a questo mutamento di scenario. Come già ricordato, sullo sfondo della vicenda – anche processuale – che riguarda l’Argentina rimane il problema dell’assenza di una disciplina a livello internazionale che governi la ristrutturazione del debito sovrano.

Nel pieno della crisi argentina il Fondo Monetario Internazionale (FMI) aveva cercato di elaborare una soluzione proponendo nel 2002 il c.d. *Sovereign Debt Restructuring Mechanism*, che concepiva un obbligo in capo a tutti i creditori di negoziare la ristrutturazione del debito impedendo loro di intraprendere azioni in giudizio che avrebbero inevitabilmente interferito sull’esito del negoziato. Tuttavia è mancata la volontà politica internazionale di perseguire un tale progetto (A. Tanzi, *op.cit.*, 85).

Infine, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nella recente Risoluzione del 9 settembre 2014 *Towards the establishment of a multilateral legal framework for sovereign debt restructuring processes*, preoccupata per le derive processuali delle azioni degli *hedge funds*, ha invitato gli Stati e gli organismi finanziari internazionali a elaborare un sistema per rafforzare i meccanismi di ristrutturazione del debito sovrano «in cooperation with the private sector, with a view to finding solutions acceptable to all» (para. 2 della Risoluzione).

La Risoluzione non nomina espressamente le vicende argentine, ma il riferimento (implicito) è chiaramente desumibile: «the efforts of a State to restructure its sovereign debt should not be frustrated or impeded by commercial creditors, including specialized investor funds such as hedge funds, which seek to undertake speculative purchases of its distressed debt at deeply discounted rates on secondary markets in order to pursue full payment via litigation» e riconosce che le azioni dei c.d. fondi avvoltoi sono «of a highly speculative nature, which pose a risk to all future debt restructuring processes».

11. – In definitiva, con la decisione del 16 giugno 2014, la Corte Suprema “elabora” un nuovo istituto, la cui richiesta di applicazione potrà essere “replicata” davanti alle giurisdizioni nazionali di altri Stati, costringendo l'Argentina a una “perpetual litigation” (B.M. Neve, *NML Capital Ltd v. Republic of Argentina: An Alternative to the Inadequate Remedies Under the Foreign Sovereign Immunities Act?*, in *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 2013, 661). L'*Opinion* della Corte Suprema diventa così strumento di “diffusione” (sicuramente nell'ambito del sistema di *common law*; cfr. U. Mattei, *Il Modello di Common Law*, Torino, 2°ed., 2004, 246 ss.) di un nuovo utilizzo della giurisdizione.

Viene infatti giustificato (e promosso) un utilizzo strumentale della giurisdizione, “piegato” agli interessi degli investitori e funzionale alle esigenze del capitalismo finanziario, che consente una protezione efficace degli *hedge funds*.

Ciò renderà ancora più limitati i tentativi di ristrutturazione del debito da parte dell'Argentina (complicando ulteriormente i rapporti con i suoi *bondholders*), con conseguenti tensioni a livello internazionale non solo tra gli Stati Uniti e l'Argentina ma anche tra gli Stati Uniti e altri Stati, visto l'appoggio di cui sembrano godere gli

hedge funds di fronte ai giudici statunitensi (a questo riguardo, si può ricordare come Messico, Francia e Brasile avevano presentato memorie come *amici curiae* alla Corte Suprema nella ricordata vicenda relativa all'interpretazione della clausola *pari passu*, prendendo le parti dell'Argentina contro l'atteggiamento dei giudici statunitensi). Ciò, ovviamente, fintantoché i giudici statunitensi continueranno a “proteggere” gli interessi degli *hedge funds* (in tal senso, «[t]he regime established in the wake of NML Capital is costly for all parties involved and lacking in equity toward interested bystanders» (B.M. Neve, *op. cit.*, 662).

Recuperando e applicando *Lotus*, la Corte Suprema non solo ha consegnato una nuova “arma” agli *hedge funds*, ma ha reso evidenti le debolezze del sistema internazionale di ristrutturazione di debiti sovrani, che di fatto lascia gli Stati interessati inermi di fronte alle istanze degli *holdouts* davanti alle giurisdizioni nazionali. Il capitalismo neo-americano (nella descrizione di A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014) è riuscito così ad aprire una breccia in quella che sembrava finora essere, nelle parole della Commissione di diritto internazionale, “the last bastion of State immunity”.



ISSN 2037-6677

2014/1

El Masri and beyond: Poland as a “partner in crime” in
the extraordinary renditions

El Masrie oltre: la Polonia “colpevole per complicità”
nelle *extraordinary renditions*

Gabriele Marino

War on terror - fair trial - right to an effective remedy

www.dpce.it



El Masri e oltre: la Polonia “colpevole per complicità” nelle extraordinary renditions

di Gabriele Marino

1. – Con le sentenze “gemelle”, pronunciate il 24 luglio 2014 nelle cause promosse da Abd Al Rahim Hussayn Muhammad Al Nashiri (2876/11) e Zayn Al-Abidin Muhammad Husayn, altrimenti noto come Abu Zubaydah (7511/13) contro la Repubblica di Polonia, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha assestato un altro duro colpo al High Value Detainees Programme (HVD Programme), promosso dal Governo degli Stati Uniti – e affidato alla Central Intelligence Agency – nell’ambito della c.d. “war on terror”. La tristemente nota pratica delle *extraordinary renditions*, censurata per la prima volta dalla stessa Corte in *El Masri* (CO. D.U., sent. 13-12-2012, causa 39630/09, *El Masri*; in proposito A. Vidaschi, *Globalization of Human Rights and Mutual Influence Between Courts: the Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, in S. Shetreet (cur.), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace*, Leiden, Brill, 2014, 107), ha incontrato la nuova e ferma condanna dei giudici di Strasburgo con due decisioni che promettono – per la portata sistematica – di inaugurare un vero e proprio filone giurisprudenziale. Nelle oltre 160 pagine che compongono ciascuna sentenza, la Corte ha sapientemente ricondotto ad unità un numero ragguardevole di documenti (ufficiali e non), testimonianze e altri elementi di prova, così offrendo una fotografia completa e lucida dello stato dell’arte in

materia di *extraordinary renditions*. Superando, in un certo senso, la giurisprudenza *El Masri* i giudici sono stati capaci di fondare e motivare con coerenza il proprio convincimento, pur non potendo in alcun modo interagire con le vittime, tutt'ora detenute presso la base navale di Guantanamo Bay, a Cuba.

2. – La decisione, adottata dai giudici della *former fourth Section* (la quarta sezione, nella composizione antecedente al 1 febbraio 2014, data a partire dalla quale è stata modificata la composizione delle sezioni della Corte), di trattare congiuntamente le due cause in esame, non sembra potersi ricondurre alla pur evidente affinità del *thema decidendum*, o al fatto che uno solo – la Polonia – fosse lo Stato chiamato in giudizio dai ricorrenti. Il legame tra i ricorsi presentati, in tempi diversi, da Al Nashiri (cittadino saudita) e Abu Zubaydah (apolide, nato in Palestina) va ben oltre l'aspetto formale, tanto da giustificare un'attività istruttoria congiunta per le due cause: le violazioni lamentate, infatti, e le circostanze di fatto poste a fondamento di entrambi i ricorsi sono pressoché identiche; simili, se non identiche, sono anche le indicazioni offerte circa i tempi e i luoghi. Entrambi i ricorrenti, insomma, pur non avendone contezza, hanno vissuto una storia simile e attraversato comuni traversie.

Non è né necessario, né opportuno, in questa sede, proporre una ricostruzione dettagliata delle circostanze di fatto poste a fondamento delle decisioni che qui si commentano: la pratica delle *extraordinary renditions* è ormai tristemente nota (in proposito si vedano anche A. Vidaschi, *Extraordinary Renditions: esiste una giustizia transnazionale?*, in questa *Rivista*, 2013, 1255 e P. Gaeta, *Extraordinary Renditions e giurisdizione italiana nei confronti degli agenti statunitensi coinvolti nel caso Abu Omar*, in, *Riv. Dir. internaz.*, 2013, 530), non solo tra gli studiosi del diritto. Sarà sufficiente ripercorrere brevemente la cronologia degli eventi che, secondo la ricostruzione della Corte, hanno coinvolto i ricorrenti.

Catturati, l'uno (Abu Zubaydah) in Pakistan, nel marzo del 2002, e l'altro (Al Nashiri) negli Emirati Arabi, nell'ottobre dello stesso anno, entrambi i ricorrenti sono stati presi in custodia dalla CIA. Il primo è stato trasferito direttamente in Thailandia, presso uno dei *black sites* dell'Agenzia, denominato "Cat's Eye", il secondo vi è giunto nel novembre del 2002, dopo un breve periodo in Afghanistan, presso la prigione di "Salt Pit" (già nota per il caso *El Masri*).

Il successivo 5 dicembre, entrambi i ricorrenti sono stati trasferiti, a bordo di un jet privato, dalla Thailandia all'aeroporto di Szymany, in Polonia, e da qui alla base dell'*intelligence* polacca di Stare Kiejkuty. Sin dalla loro cattura e durante l'intero periodo di detenzione sotto custodia CIA, entrambi i ricorrenti sono stati ripetutamente interrogati facendo ricorso alle c.d. "tecniche rafforzate di interrogatorio" (*enhanced interrogation techniques*), adottate allo scopo di ottenere informazioni utili alla *war on terror*, con l'inflizione di sofferenze fisiche e psicologiche.

A partire dal giugno 2003 Al Nashiri e Abu Zubaydah sono stati ciclicamente trasferiti presso quattro diversi *black sites* (in proposito entrambi hanno presentato alla Corte separati ricorsi, l'uno contro la Romania, l'altro contro la Lituania), prima di essere definitivamente affidati – nel settembre 2006 – alla custodia del Dipartimento della difesa, presso la base navale di Guantanamo Bay dove si trovano ancora oggi.

Contro il solo Al Nashiri sono stati formulati capi d'imputazione per terrorismo (relativi agli attentati subiti dalla USS Cole nel 2000 e dalla MV Limburg nel 2002), per i quali è prevista la pena di morte. Il processo è ancora oggi pendente innanzi a una commissione militare.

3. – Entrambi i ricorrenti hanno domandato alla Corte di accertare la violazione, da parte della Repubblica di Polonia, di diritti e libertà fondamentali protetti dalla CEDU. Segnatamente, entrambi i ricorrenti hanno lamentato la violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di tortura) per essere stati ripetutamente sottoposti, nel corso di numerosi interrogatori, a trattamenti crudeli, inumani e degradanti, allo scopo di ottenere informazioni utili nell'ambito della *war on terror*; hanno denunciato, inoltre, la violazione dell'art. 5 CEDU (diritto alla libertà e alla sicurezza) per essere stati privati della libertà e illegalmente detenuti, in assenza di qualsivoglia garanzia, in condizioni di isolamento e senza alcuna possibilità di comunicare con l'esterno.

Con riguardo agli art. 3 e 5 CEDU, i ricorrenti hanno censurato la condotta dalla Repubblica di Polonia, tanto per il periodo di detenzione trascorso a Stare Kiejkuty, in territorio polacco, quanto per i successivi periodi di prigionia, presso strutture detentive site nel territorio di Paesi terzi. Le autorità polacche, infatti, nel

consentire la deportazione dei ricorrenti al di fuori del territorio dello Stato li avrebbero consapevolmente esposti al rischio concreto di subire ulteriori, gravi abusi.

Seguendo la medesima linea argomentativa, i ricorrenti hanno, altresì, allegato la violazione dell'art. 6 CEDU (diritto a un giusto processo) poiché, consentendone il trasferimento al di fuori della propria giurisdizione, la Polonia avrebbe scientemente accettato la possibilità che costoro fossero sottoposti a un processo manifestamente ingiusto (*flagrantly unfair trial*) da parte del Governo statunitense, dinanzi a una commissione militare.

Infine, a parere dei ricorrenti, la Repubblica di Polonia avrebbe violato l'art. 13 CEDU (*right to an effective remedy*, diritto a un "ricorso effettivo", *rectius* diritto a un "rimedio efficace") per non aver offerto loro alcun rimedio onde riparare agli abusi subiti, nell'ambito della giurisdizione nazionale. In particolare, l'inchiesta avviata nel 2008 (a più di sei anni dai fatti denunciati) da parte dell'autorità giudiziaria polacca, oltre a protrarsi per un periodo di tempo irragionevole, sarebbe stata connotata dalla scarsa indipendenza dei giudici inquirenti (più volte sostituiti), avrebbe subito pressanti interferenze politiche e non avrebbe consentito alle vittime (per il tramite dei difensori) di prestare la propria attiva partecipazione agli atti di indagine.

Da ultimo, il solo Al Nashiri ha invocato la responsabilità della Polonia per violazione degli art. 2 (diritto alla vita) e 3 CEDU, oltre che dell'art. 1 del VI protocollo addizionale alla CEDU (abolizione della pena di morte: «La pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena né giustiziato»), poiché – consentendo la sua deportazione al di fuori del territorio dello Stato – le autorità polacche avrebbero accettato il *real risk* di una sua condanna alla pena capitale.

Il Governo polacco ha contestato la ricevibilità dei ricorsi presentati da Al Nashiri e Abu Zubaydah. I ricorrenti, ad opinione dello Stato convenuto, non avrebbero potuto proporre alla Corte un ricorso individuale, ai sensi dell'art. 34 CEDU, se non «dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne» (art. 35 CEDU). Dette vie di ricorso non sarebbero state esaurite. In particolare, l'indagine condotta dalla magistratura polacca, a partire dal 2008, non sarebbe stata ancora conclusa, così da escludere la possibilità – per i ricorrenti – di adire la Corte. Secondo la posizione espressa dalla Repubblica di Polonia, l'inchiesta non si sarebbe protratta per un tempo irragionevole, alla luce della particolare complessità degli atti di

indagine, oltre che dell'estrema delicatezza della materia, che peraltro coinvolgerebbe direttamente informazioni sensibili per la sicurezza dello Stato e per le sue relazioni internazionali.

Inoltre, la necessità di tutelare il segreto istruttorio, scongiurando altresì la divulgazione di informazioni classificate, avrebbe impedito al Governo polacco di instaurare un proficuo contraddittorio in ordine ai fatti allegati dai ricorrenti.

4. –Prima di dedicarsi all'analisi della risposta della Corte alle doglianze dei ricorrenti, pare opportuno richiamare l'attenzione sulla peculiare attività istruttoria compiuta dai giudici di Strasburgo nelle cause *de quibus*. Come già si è accennato, diversamente da quanto accaduto in *El Masri*, entrambi i ricorrenti si trovavano (e tuttora si trovano) detenuti presso la base navale americana di Guantanamo Bay, nella materiale impossibilità di comunicare, tanto con i propri difensori, e finanche con la Corte.

La ricostruzione fattuale proposta dalle difese di entrambi i ricorrenti, quindi, e la successiva analisi della Corte, si sono basate sulla sola analisi di atti e documenti ufficiali, disponibili per il pubblico e sull'audizione di tre esperti internazionali, in qualità di testimoni.

Sorprendentemente, la prova documentale di maggior importanza nell'ambito di entrambi i giudizi è costituita da un documento redatto dalla Central Intelligence Agency. Nell'agosto del 2009, infatti, lo stesso Governo degli Stati Uniti ha rilasciato un rapporto ufficiale del maggio 2004, dal titolo *Special Review Counterterrorism Detention and Interrogation Activities September 2001 – October 2003*. Il rapporto (disponibile sul sito www.aclu.org), precedentemente classificato *top secret*, ripercorre in 109 pagine (pur con evidenti censure) la genesi e lo sviluppo dell'HVD Programme (il programma per detenuti ad alto valore), vero *core business* delle attività dell'Agenzia nell'ambito della *war on terror*.

Il *report* descrive, con lucidità clinica, le fasi della cattura e della detenzione dei primi detenuti nell'ambito del programma (tra cui Abu Zubaydah, primo *target* dell'Agenzia nel marzo 2002, e Al Nashiri) offrendo una meticolosa ricostruzione delle condizioni di detenzione, delle tecniche di interrogatorio applicate, della loro efficacia e degli effetti sui detenuti. Le tecniche di interrogatorio autorizzate («*legally sanctioned*») sono classificate in ordine di intensità, passando dalle “semplici” percosse,

al *walling* (che consiste nello scagliare il detenuto di schiena contro una parete) al più noto *waterboarding* (finalizzato a provocare nel detenuto una sensazione di asfissia). Altrettanto inequivoca appare la descrizione delle condizioni di detenzione, tra cui spiccano la reiterata privazione del sonno (sino a 11 giorni), la somministrazione continua di musica ad alto volume e una dieta tale da indebolire il soggetto. Tutto quanto sin qui riassunto allo scopo di «dissociare il detenuto, massimizzare il suo senso di vulnerabilità e impotenza, così da ridurre o eliminare la sua volontà di resistere ... agli sforzi compiuti per ottenere informazioni critiche» (descrizione che trova conferma in un rapporto del 2009 del Dipartimento della giustizia, intitolato *Investigation into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of 'Enhanced Interrogation Techniques' on Suspected Terrorists* e in un secondo rapporto CIA, del 2004, intitolato *Background Paper on CIA's Combined Use of Interrogation Techniques*, entrambi disponibili sul sito www.aclu.org e acquisiti agli atti dalla Corte).

L'individuazione della base di Stare Kiejkuty, quale *black site* della CIA in Polonia e la ricostruzione del ponte aereo da e verso l'aeroporto di Szymany, sono state possibili per la Corte, grazie al raffronto dei documenti resi pubblici dal Governo statunitense con il rapporto elaborato dal senatore Dick Marty per l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (D. Marty, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, 12 giugno 2006, disponibile all'indirizzo assembly.coe.int) ed il rapporto elaborato dall'On. Giovanni Claudio Fava per il Parlamento europeo (G.C. Fava, *Report on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners*, European Parliament, Temporary Committee on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners, 30 gennaio 2007, disponibile sul sito www.europarl.europa.eu). I due documenti ricostruiscono, grazie ad una meticolosa opera di indagine, l'intensa attività dei c.d. "*rendition planes*" (i jet privati noleggiati dalla CIA per il trasporto di *high value detainees*), individuando gli aeroporti di partenza e di destinazione, oltre che la posizione più probabile dei *black sites* CIA in Europa e offrendo elementi fondamentali per la decisione delle cause in esame.

5. – Seguendo un condivisibile approccio logico-argomentativo, la Corte ha, dapprima, chiarito il proprio ragionamento probatorio, rispetto alle violazioni denunciate, per poi richiamare la propria consolidata giurisprudenza in materia di responsabilità dello Stato e – da ultimo – dedicarsi al merito delle doglianze proposte.

Rispetto al profilo probatorio, la Corte ha osservato come – nell’ambito dei giudizi ex art. 34 CEDU – non possa trovare piena applicazione il comune principio “*onus probandi ei incumbit qui agit*”. In questo senso, ove il ricorrente abbia prodotto elementi sufficienti a ritenere ragionevolmente plausibile la sussistenza delle violazioni denunciate, spetterà allo Stato convenuto offrire la prova di aver tenuto una condotta pienamente conforme ai precetti della Convenzione. Ciò, a maggior ragione, nel caso in cui gli eventi contestati si assumano accaduti in un arco temporale durante il quale il ricorrente era costretto in stato di detenzione, sotto la giurisdizione dello Stato convenuto (CO. D.U., sent. 8-7-1999 , causa 23657/94, *Cakici*, par. 85; sent. 27-6-2000, causa 21986/93, *Salman*, par. 100).

Nel richiamare il proprio ruolo di “giurisdizione sussidiaria”, la Corte ha sottolineato come il suo compito non sia quello di statuire in ordine alla responsabilità civile o penale di coloro che hanno violato i diritti del ricorrente, bensì quello di valutare la responsabilità dello Stato convenuto alla luce degli obblighi previsti dalla CEDU.

In questo senso, la Corte è chiamata a compiere una libera valutazione degli elementi portati alla sua attenzione, potendo dichiarare la sussistenza di una violazione anche sulla base della «coesistenza di inferenze sufficientemente forti, precise e concordanti, ovvero di presunzioni fattuali non contestate». A parere della Corte, inoltre «il livello di convincimento necessario per addivenire a una determinata conclusione e, conseguentemente, la ripartizione dell’onere della prova, sono intrinsecamente connesse alla specificità dei fatti, al tipo di allegazioni e ai diritti in questione» (*inter al.* CO. D.U., sent. 23-2-2012, causa 29226/03, *Creanga*, par. 88; sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 151).

Nel prosieguo, la Corte ha ricordato i principi generali – applicabili ai casi in esame – sui quali, per consolidata giurisprudenza, si fonda la responsabilità dello Stato.

In specie, ad opinione della Corte, non può più dubitarsi che uno Stato debba essere ritenuto responsabile per le violazioni della CEDU, perpetrate sul suo territorio da parte di agenti stranieri, con l'acquiescenza o la connivenza delle autorità dello Stato medesimo (CO. D.U., sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 206).

Del pari, il trasferimento o la deportazione di un individuo al di fuori del territorio dello Stato, implicano la responsabilità dello Stato in questione ove a tali azioni consegua il rischio prevedibile di una violazione dei diritti garantiti dalla CEDU nel luogo di destinazione (*inter al.* CO. D.U., sent. 7-7-1989, causa 14038/88, *Soering*, par. 90-91; sent. 28-2-2008, causa 37201/06, *Saadi*, par. 125; sent. 17-1-2012, causa 8139/09, *Othman*, par. 223 e 285; sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 212-214 e 239, oltre a giurisprudenza ivi richiamata).

Secondo l'opinione della Corte, il rischio in questione deve ritenersi implicito nel caso delle *extraordinary renditions*, che si risolvono nel «trasferimento extra-giudiziale» di un individuo da una giurisdizione a un'altra, al solo scopo di detenerlo e interrogarlo, al di fuori dei normali parametri di legge (CO. D.U., sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 212 e 218-221).

A parere della Corte, i medesimi principi possono trovare applicazione anche nel caso in cui, al trasferimento verso un'altra giurisdizione, possa conseguire il rischio che il soggetto sia sottoposto a un processo manifestamente ingiusto (CO. D.U., sent. 17-1-2012, causa 8139/09, cit., par. 261 e 285) o condannato alla pena di morte (CO. D.U., sent. 19-11-2009, causa 41015/04, *Kaboulov*, par. 99).

La Corte, quindi, è chiamata a valutare le «prevedibili conseguenze» del trasferimento di un individuo da una giurisdizione a un'altra, alla luce dei fatti che erano noti (o avrebbero dovuto essere noti) alle autorità dello Stato chiamato in giudizio, al tempo del trasferimento (CO. D.U., sent. 2-3-2010, causa 61498/08, *Al-Saadoon*, par. 125; sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 213-214).

Sulla scorta di questi principi, nel caso in esame, la Corte ha ritenuto che la Polonia non potesse non essere al corrente delle attività condotte dalla CIA sul suo territorio. Ad avviso della Corte, infatti, risulta dai documenti allegati dai ricorrenti (e non contestati) come le autorità polacche abbiano scientemente cooperato con l'*intelligence* statunitense, consentendo l'utilizzo del proprio spazio aereo ai voli operati per il trasporto dei detenuti, dissimulandone la rotta (anche nei confronti di

Eurocontrol, autorità europea per la sicurezza aeronautica) e autorizzandone il decollo e l'atterraggio presso il piccolo aeroporto di Szymany.

In quella sede, secondo la ricostruzione della Corte, le autorità polacche si sono adoperate affinché il traffico di “passeggeri” attraverso l'aerostazione avvenisse al di fuori delle normali procedure di controllo, consentendo agli agenti CIA di varcare liberamente la frontiera ed anzi mettendo a disposizione i mezzi necessari per il trasferimento dall'aeroporto alla base di Stare Kiejkuty, oltre che la base medesima quale struttura detentiva (cfr. *supra*, par. 4).

6. – Quanto alla sostanza delle violazioni subite da Al Nashiri e Abu Zubaydah, la Corte ha ritenuto incontrovertibile l'evidenza offerta dai documenti ufficiali del Governo degli Stati Uniti, versati in atti dai ricorrenti.

In particolare, rispetto alla violazione dell'art. 3 CEDU, la Corte ha rilevato come, durante il periodo di detenzione sotto la custodia della Central Intelligence Agency, entrambi i ricorrenti siano stati sottoposti alle tecniche di interrogatorio rafforzato meticolosamente descritte dall'Agenzia nei documenti esaminati dalla Corte stessa, ed anche (nel caso di Al Nashiri) a tecniche “non autorizzate” come le esecuzioni simulate (mediante l'uso di armi da fuoco non caricate e strumenti contundenti) e l'applicazione di *stress positions*, potenzialmente dannose per l'integrità fisica. Al riguardo, la Corte ha osservato come un simile trattamento debba essere ritenuto «deliberatamente inumano» e capace di causare «grave e crudele sofferenza», nei termini di cui all'art. 3 CEDU.

Ad opinione della Corte, le tecniche impiegate nei confronti dei ricorrenti sono state applicate «in maniera premeditata e organizzata, sulla base di una procedura clinica formalizzata ... utilizzando sistematicamente e congiuntamente pressioni fisiche e psicologiche, al fine di superare la resistenza del detenuto», così rientrando nella nozione di tortura, prevista dall'art. 3 CEDU.

In ordine alla responsabilità della Repubblica di Polonia per quanto accaduto ai ricorrenti, sulla base dei principi già richiamati (cfr. *supra*, par. 5), la Corte ha ritenuto che – pur non avendo cognizione diretta di quello che stava accadendo all'interno della base di Stare Kiejkuty, ciò non di meno le autorità polacche fossero ben consapevoli della natura e dello scopo delle attività condotte sul proprio territorio dalla CIA (invero, già al tempo, numerose e credibili erano le fonti che

denunciavano gli abusi e le torture perpetrati dal Governo degli Stati Uniti nei confronti dei prigionieri della *war on terror*).

Il combinato disposto degli art. 1 e 3 CEDU, avrebbe imposto al Governo polacco di adottare ogni misura utile a evitare che qualunque individuo, nell'ambito della sua giurisdizione territoriale, fosse sottoposto a torture o a trattamenti crudeli, inumani e degradanti.

Del pari, il Governo polacco non poteva non essere consapevole del fatto che, una volta trasferiti in un Paese terzo, i ricorrenti sarebbero stati esposti al rischio concreto di subire ulteriori abusi, nei termini di cui all'art. 3 CEDU.

In questo senso, secondo l'opinione della Corte, la Repubblica di Polonia deve essere ritenuta responsabile per violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU, con riguardo tanto ai trattamenti subiti dai ricorrenti in territorio polacco, tanto a quelli patiti successivamente.

Rispetto alla violazione dell'art. 5 CEDU, la Corte ha osservato come le garanzie previste dall'articolo in parola appaiano fondamentali, nel contesto democratico, allo scopo di garantire che ciascun individuo non sia arbitrariamente privato della libertà, e posto alla mercé dei suoi carcerieri (CO. D.U., sent. 15-11-1996, causa 22414/93, par. 118; sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 230).

Nelle parole della Corte, «[s]ebbene non possa dubitarsi che le indagini relative al terrorismo sollevino speciali problemi per le autorità, ciò non significa che le stesse autorità possano avere carta bianca, nei termini di cui all'art. 5, per arrestare sospettati e trattenerli in custodia, in assenza di qualsivoglia efficace controllo giurisdizionale da parte delle corti nazionali e, in ultima istanza, da parte delle istituzioni preposte all'applicazione della Convenzione ... La detenzione non pubblicamente riconosciuta di un individuo rappresenta la completa negazione di queste garanzie e una gravissima violazione dell'art. 5».

Nel caso di specie, ha osservato la Corte come la segretezza della condizione detentiva dei sospetti terroristi rappresentasse una caratteristica fondamentale dell'HVD Programme e delle *extraordinary renditions* in generale. La *ratio* ispiratrice dell'intero programma era – infatti – quella di privare gli individui di qualsivoglia garanzia giuridica, riconosciuta tanto dalla Costituzione degli Stati Uniti quanto dal diritto internazionale (basti pensare al diritto di *habeas corpus*).

Per le medesime ragioni richiamate rispetto all'art. 3 CEDU, secondo il parere della Corte la Repubblica di Polonia va dichiarata responsabile per violazione dell'art. 5 CEDU.

Secondo l'opinione dei giudici di Strasburgo, dall'accertata violazione degli art. 3 e 5 CEDU, a fronte delle circostanze di fatto in cui detta violazione si è concretata, discende altresì la violazione dell'art. 8 CEDU, posto a salvaguardia della vita familiare, rispetto alla quale l'arbitraria detenzione patita dai ricorrenti rappresenta un'illegitima interferenza (CO. D.U., sent. 13-12-2012, causa 39630/09, cit., par. 248).

In ordine alla violazione dell'art. 13 CEDU, quale diritto a una «efficace e approfondita indagine, capace di portare all'identificazione e alla punizione dei colpevoli», la Corte ha inteso stigmatizzare l'irragionevole durata dell'inchiesta condotta dalla magistratura nazionale, cominciata a distanza di sei anni dai fatti contestati e proseguita per altri sei anni, «apparentemente contro ignoti», senza che alcuna accusa venisse formalizzata.

A parere dei giudici di Strasburgo, l'inerzia delle autorità polacche, a fronte della grande quantità di documenti (già disponibili tra il 2002 e il 2003) in grado di comprovare gli abusi perpetrati dalla CIA nei confronti dei prigionieri della *war on terror*, non può che indicare la volontà del Governo polacco di mantenere segreto il proprio coinvolgimento nelle operazioni dell'Agenzia statunitense. La Corte non ha rinvenuto «alcuna ragione plausibile» per spiegare come mai, sebbene numerose e autorevoli fonti avessero indicato la Polonia come la possibile sede di una prigione segreta della CIA, le autorità non abbiano ritenuto di avviare alcuna indagine utile a chiarire la situazione (con le medesime considerazioni la Corte ha altresì respinto l'eccezione di irricevibilità dei ricorsi, ai sensi dell'art. 35 CEDU, cfr. *supra*, par. 3).

In questa sede la Corte ha, altresì, richiamato la necessità di garantire il diritto alla verità (cui era stata dedicata ampia trattazione in *El Masri*; A. Vidaschi, *Globalization of Human Rights and Mutual Influence Between Courts: the Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, cit., 107), non solo quale interesse delle vittime, ma anche quale interesse della collettività alla conoscenza dei fatti, la cui tutela appare funzionale a salvaguardare la fiducia riposta dai cittadini nello stato di diritto.

Da ultimo, la Corte ha riconosciuto la violazione, da parte della Repubblica di Polonia, dell'art. 6 e – quanto al solo Al Nashiri – degli art. 2 e 3 CEDU, nonché

dell'art. 1 del VI protocollo addizionale, per aver consentito che i ricorrenti fossero trasferiti verso altre giurisdizioni.

Rispetto all'art. 6 CEDU la Corte ha rilevato come la concreta possibilità che i prigionieri della *war on terror* fossero sottoposti a processo innanzi a una commissione militare presso la base navale Guantanamo Bay, era assolutamente nota sin dal 2002. Del pari erano ben note le critiche sollevate da più parti (non ultima, anche dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, con la risoluzione del 26-6-2003) circa la violazione del diritto dell'imputato a un giusto processo.

A parere della Corte, le procedure adottate dalle commissioni militari (al tempo regolate dal Military Order del 13-11-2001, oltre che dal Commission Order n. 1 del 21-3-2002) oltre a comportare evidenti restrizioni del diritto alla difesa, non escludevano l'utilizzo di elementi di prova ottenuti mediante tortura; circostanza – quest'ultima – particolarmente rilevante, dal momento che le informazioni acquisite nell'ambito dell'HVD Programme erano state, per la maggior parte, estorte facendo ricorso a trattamenti brutali e disumani. (i profili di illegittimità del processo davanti alle commissioni militari, per come questo era configurato prima del 2009, sono stati apertamente riconosciuti anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, sent. 29-6-2006, 548 U.S. 557, *Hamdan*).

In questo senso, la Corte ha ribadito chiaramente che «[n]essun sistema giuridico basato sulla *rule of law* può accettare l'ammissione di prove le quali – per quanto affidabili – siano state ottenute attraverso una pratica barbara come la tortura»; la tortura, infatti, contraddice l'essenza stessa del giusto processo e dello Stato di diritto (una posizione già espressa con chiarezza dalla House of Lords nella sent. 8-12-2005, [2005] UKHL 71, *A e al.*; in proposito si veda anche T. Thienel, *The Admissibility of Evidence Obtained by Torture in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2006, 349).

Sulla base della medesima argomentazione, alla luce delle accuse mosse nei confronti di Al Nashiri dalle autorità statunitensi, la Corte ha ritenuto probabile una sua condanna alla pena di morte. Una possibilità che le autorità polacche avrebbero dovuto prevedere e, in conseguenza, impedire.

In ragione delle violazioni accertate, la Corte ha condannato la Repubblica di Polonia, ai sensi dell'art. 41 CEDU, a corrispondere a ciascuno dei ricorrenti la

somma di 100.000 Euro, a titolo di compensazione. Ha ordinato, inoltre, alla Repubblica di Polonia di adoperarsi, presso le autorità statunitensi, onde assicurare che Al Nashiri non sia condannato alla pena capitale.

7. – Come si è già avuto modo di accennare nell'*incipit* di questo breve commento, le due decisioni – di cui qui si è trattato – seguono e in un certo senso confermano l'orientamento già adottato dalla Grande Sezione della Corte in *El Masri*. Numerosi, nel corpo delle sentenze, i riferimenti al *leading case* che pure, sotto alcuni aspetti, è superato dai giudici della ex quarta sezione, inclini ad adottare una linea argomentativa ancor più severa nei confronti dello Stato chiamato in giudizio.

Considerazioni di grande rilievo, anche in chiave futura, investono senza dubbio il profilo della prova. Come già si è detto (e diversamente da quanto accaduto in *El Masri*), nessuno dei ricorrenti ha avuto la possibilità di offrire alla Corte, ancorché per iscritto, la propria versione dei fatti. Non si è quindi trattato, per i giudici di Strasburgo, di cercare, nella grande mole di documenti versata in atti, la conferma dei fatti narrati dalle vittime (uno schema probatorio, questo, assolutamente consueto); al contrario, solo attraverso l'analisi e il confronto dei documenti, la Corte è potuta giungere a una coerente ricostruzione.

Superando la particolarità del caso in esame, i giudici di Strasburgo hanno dato corpo a un'opera dal sapore enciclopedico, capace – più di quanto non accadesse con la sentenza *El Masri* – di offrire al lettore uno quadro completo delle *extraordinary renditions*, nella loro clinica complessità; un punto di riferimento che diverrà imprescindibile per chi intenda, oggi e in futuro, accostarsi allo studio di tale controversa pratica e delle molteplici implicazioni giuridiche ed etiche che questa porta con sé.

Ciò che, a prima vista, più sorprende, nel leggere la corposa esposizione dei fatti, resa dai giudici, è scoprire come questa si basi – sostanzialmente – su documenti ufficiali pubblicati dalle stesse autorità statunitensi. Una fonte di prova privilegiata, certamente non comune, alla luce della cortina di segretezza che tradizionalmente avvolge le operazioni CIA nell'ambito della *war on terror*. Nonostante i testi siano caratterizzati da una consistente attività censoria, questi hanno comunque consentito di individuare chiaramente i nomi dei ricorrenti tra i

“pionieri” delle *extraordinary renditions*, ricostruendo nel dettaglio le circostanze della loro cattura, i loro successivi trasferimenti e i trattamenti loro inflitti.

La prova della connivenza delle autorità polacche nel HVD Programme, invece, è giunta per la maggior parte dall’analisi dei lavori di Dick Marty, per l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, e Claudio Fava, per il Parlamento europeo. Basandosi sui documenti raccolti e sulle autorevoli testimonianze rese nell’ambito delle due inchieste parlamentari, la Corte è giunta a quella che è l’inferenza più importante in entrambe le decisioni: la Polonia «non poteva non essere a conoscenza» delle operazioni compiute dalle autorità statunitensi sul suo territorio e della finalità di queste operazioni. Con un’affermazione di indubbia forza, che lascia trasparire un’opinione ormai pienamente consolidata (rispetto alla giurisprudenza *El Masri*) la Corte ha definito «implicito» nelle *extraordinary renditions* il rischio concreto di gravi violazioni dei diritti protetti dalla CEDU; un rischio che non necessiterà quindi – in futuro – di essere provato caso per caso, rappresentando ormai, a pieno titolo, una “massima d’esperienza”. E’ questo, senza dubbio, l’assunto centrale nell’argomentazione della Corte, che lascia chiaramente trasparire la peculiarità – e insieme la pregevolezza – dell’*iter* logico-argomentativo, necessario ad affermare la responsabilità dello Stato. Ove il ricorrente abbia offerto elementi gravi, precisi e concordanti, tali da indurre la Corte a ritenere ragionevole la ricostruzione dei fatti offertale, spetterà allo Stato chiamato in giudizio l’onere di negare la propria responsabilità rispetto agli obblighi previsti dalla CEDU. Ciò, a maggior ragione, nel caso in cui gli abusi che il ricorrente denuncia si dicano accaduti quando costui si trovava in custodia, sul territorio dello Stato convenuto.

Così argomentando, e affermando con forza la propria distanza dai modelli “nazionali” di accertamento della responsabilità (in sede civile e penale), la Corte salvaguarda l’efficacia del proprio sindacato nei confronti degli Stati, attraverso una condivisibile interpretazione del principio di vicinanza della prova. Sarà, quindi, la parte “ontologicamente” forte (lo Stato) a sopportare un onere probatorio che parrebbe – altrimenti – diabolico per il ricorrente.

Per contro la Polonia, in entrambi i casi, ha del tutto evitato il contraddittorio, rifiutandosi di entrare nel merito della questione (foss’anche per negare la veridicità dei fatti contestati) sulla base della necessità di tutelare le indagini in corso e assicurarne la segretezza. Una posizione che la Corte – come già si è detto – ha

fortemente criticato, non potendo che trarne negativi elementi di valutazione, rispetto alla posizione dello Stato. Nel definire inconcludenti, oltre che protratte per un periodo di tempo irragionevole, le indagini della magistratura polacca, la Corte ha richiamato *incidenter tantum*, la necessità di salvaguardare il diritto alla verità, così potentemente affermato in *El Masri* (sul tema si veda A. Vidaschi, *Globalization of Human Rights and Mutual Influence between Courts: The Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, in S. Shetreet (cur.), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace*, Leiden, Brill, 2014). Invero, le parole dei giudici di Strasburgo sembrano restituire l'immagine di un diritto entrato, ormai, a pieno titolo nello strumentario giuridico-argomentativo europeo, che non abbisogna di un ulteriore sforzo motivazionale per affermare la propria autonoma rilevanza nell'ambito del sistema CEDU (coerentemente la Corte ha respinto il tentativo – proposto nel ricorso di Al Nashiri – di ricondurre il diritto alla verità nell'alveo della libertà di espressione, protetta dall'art. 10 CEDU).

Da ultimo, è importante rilevare come le due sentenze in commento rappresentino il primo caso di condanna di uno Stato membro dell'Unione europea per “complicità” con il Governo degli Stati Uniti nelle *extraordinary renditions*. Un precedente problematico per quei Paesi UE, tra cui l'Italia (nel caso *Abu Omar*, causa 44883/09, comunicata il 22-11-2011, *Nasr e Ghali*), ancora in attesa di giudizio.



ISSN 2037-6677

2014/4

The exclusion due to the violation of contribution obligations: the positive outcome of the compatibility test with EU law

L'esclusione per violazione di obblighi contributivi: l'esito positivo del vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione

Nausica Palazzo

Public procurement - proportionality - fiscal requirements

www.dpce.it



L'esclusione per violazione di obblighi contributivi: l'esito positivo del vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione

di Nausica Palazzo

Corte di giustizia dell'Unione europea (decima sezione). Sentenza 10 luglio 2014, causa C-358/12. Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici c. Comune di Milano.

1. – La pronuncia in commento pone temporaneamente fine al dibattito riguardante la possibilità per la stazione appaltante di apprezzare la “gravità” delle «violazioni ... alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali». Simili violazioni costituiscono una causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti e concessioni ai sensi dell'art. 38, c. 1 lett. i) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 («Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»), come modificato dal decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106. È indispensabile un accenno al quadro normativo di riferimento, piuttosto composito e “multilivello”.

L'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici, applicabile tanto agli appalti sopra soglia quanto sotto soglia, per la cui definizione è necessario fare riferimento all'art. 7, par. 1 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, in *G.U.U.E.* L 134, 30-4-2004, 114, esclude perentoriamente dalle procedure di affidamento di appalti e concessioni pubbliche, appunto, i

soggetti che abbiano omesso il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali prescritti dalla legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti. Essa è inoltre applicabile indipendentemente da un espresso richiamo contenuto nel bando, in virtù del principio di eterointegrazione precettiva delle norme imperative e di ordine pubblico. La causa di esclusione in commento attua nell'ordinamento italiano l'art. 45, par. 2 lett. e) della dir. 04/18, applicabile, si noti, per il caso di appalti di lavori importo superiore a 4.845.000 euro (per le nuove soglie comunitarie v. il Regolamento UE n. 1336/2013 della Commissione, 13-12-2013, in *G.U.U.E.* L 335, 14-12-2013, 17). La sanzionabilità delle sole violazioni «gravi» impone di integrare la lettura del primo comma con quella del secondo e del successivo Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. L'art. 38, c. 2 del Codice chiarisce che deve intendersi «grave» qualsivoglia violazione ostativa al rilascio del DURC da parte delle competenti autorità (il riferimento è al Documento unico di regolarità contributiva, introdotto dall'art. 2 c. 2 d.l. 25-9-2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla l. 22-11-2002, n. 266 e dall'art. 3 c. 8, lett. b) *bis* d.lgs 14-8-1996, n. 494, modificato dal d.lgs. 10-9-2003, n. 276, recentemente modificato in alcune sue parti con d.l. 21-6-2013, n. 69, convertito nella l. 9-8-2013, n. 98). La definizione di ostatività è rinvenibile, poi, all'art. 8 del Decreto ministeriale 24 ottobre 2007, recante la disciplina del DURC, ai sensi del quale: «[a]i soli fini della partecipazione a gare di appalto non osta al rilascio del DURC uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto previdenziale e a ciascuna Cassa edile. Non si considera grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore a € 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC». Essendo i due requisiti cumulabili, ne deriva che una violazione al di sotto di 100 euro non può mai essere considerata grave; del pari, non è grave una violazione superiore a 100 euro ma corrispondente a un importo inferiore al 5% del contributo da versare nel periodo di competenza; sarà «grave», invece, una violazione al contempo superiore a 100 euro e al 5% dell'importo da versare.

A seguito dell'intervento sincrono del legislatore con d.l. 13 maggio 2011, n. 70 («Semestre europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia»), convertito con modificazioni in l. 12 luglio 2011, n. 106, e dell'organo di vertice della giurisdizione

amministrativa riunito in Adunanza plenaria (Cons. St., Ad. plen., 4-5-2012, n. 8 in *Urbanistica e appalti*, 2012, 905), la strada del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia si presentava da subito come ultimo baluardo a difesa dell'apprezzamento discrezionale delle amministrazioni appaltanti, necessario ai fini della giustizia del caso concreto (v. *amplius infra*). Allo stato, siffatta valutazione parrebbe essere definitivamente sottratta ai seggi di gara: fa fede della gravità delle infrazioni la dichiarazione contenuta nel DURC, rilasciato da INPS, INAIL e Cassa edile per i lavori.

L'arresto dell'Adunanza plenaria riconosceva in capo agli istituti di previdenza il compito di delibare sulla regolarità della posizione contributiva del concorrente rilasciando il DURC, senza che residuasse la possibilità per la pubblica Amministrazione di sindacare o apprezzare autonomamente i riscontri ivi contenuti. In aggiunta, escludeva che la novella legislativa avesse portata retroattiva, in armonia con il disposto dell'art. 4 c. 3 d.l. 70/2011 (non modificato in sede di conversione). A partire dal decreto citato era da attribuirsi valore di presunzione *iuris et de iure* alla dichiarazione di scienza contenuta nel DURC: con terminologia perentoria l'art. 4, c. 2 lett. b) n. 4 del d.l. 70/2011 modifica l'art. 38 del Codice, spazzando via ogni dubbio in merito alla sopravvivenza delle tesi "sostanzialiste" della valutazione di regolarità contributiva (v. *amplius infra*).

2. – Chiarito per sommi capi il quadro di riferimento, veniamo al caso *Libor*. Il Comune di Milano indiceva con bando pubblicato il 6 giugno 2011 una gara d'appalto finalizzata alla realizzazione di «lavori di manutenzione straordinaria e opere antintrusione su immobili di edilizia residenziale di proprietà del Comune di Milano». In virtù del criterio di aggiudicazione, consistente nel massimo ribasso, e della somma di partenza, pari a 4.784.914,61 euro, l'appalto aggiudicando è definibile «sotto soglia» ai sensi della normativa comunitaria – e segnatamente dell'art. 7, par. 1, lett. c) della dir. 04/18, nella parte in cui fissa a 4.845.000 euro l'importo limite affinché un appalto di lavori possa essere sottratto al campo di applicazione della direttiva. Lo scenario è invero più complesso poiché, ove la gara presenti un interesse transfrontaliero certo, la disciplina normativa dell'appalto sotto soglia deve in ogni caso garantire il rispetto delle norme fondamentali del Trattato (Corte giust., sent. 23-12-2009, causa C-376/08, *Serrantoni Srl*, in *Foro Amm. CdS*,

2009, 12, 2781). Si presentano dunque tre ipotesi: il valore dell'appalto supera l'importo soglia e dunque si applica la normativa comunitaria relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione (dir. 04/18); l'appalto presenta un valore inferiore a tale soglia, ma è riscontrabile un interesse transfrontaliero che impone il rispetto delle norme fondamentali del Trattato; l'appalto presenta un valore inferiore a tale soglia e non è riscontrata dal giudice l'esistenza di un interesse transfrontaliero: la normativa interna non incontra in questo caso, teoricamente, limiti di sorta.

Nel caso di specie, il concorrente Libor presentava istanza di partecipazione e contestuale dichiarazione di possesso dei requisiti di ordine generale enucleati nell'art. 38 c. 1 d.lgs. 163/2006 (per un'analisi v. H. Garuzzo, *Requisiti di ordine generale*, in G.F. Ferrari e G. Morbidelli (dir.), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, 527 ss.), incluso il requisito, per quanto qui interessa, di cui all'art. 38 c. 1 lett. i) del decreto: mancata commissione di «violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti» (l'art. 38, infatti, trova applicazione per appalti sotto soglia in virtù del richiamo contenuto negli art. 121 e 124 del d.lgs 163/2006). Il Comune di Milano procedeva all'aggiudicazione dell'appalto in favore della stessa e all'espletamento dei controlli circa la veridicità della dichiarazione sostitutiva, mediante richiesta di rilascio del DURC alle competenti amministrazioni. In esito a tale procedimento, il Comune apprendeva del mancato versamento di 278 euro corrispondenti alla totalità dei contributi da versare nel mese di maggio del 2011 (versati tardivamente il 28-7-2011). Poiché il possesso dei requisiti legali deve sussistere al momento di presentazione della domanda nonché permanere per tutta la durata del procedimento, fino alla stipula del contratto (Cons. St., Ad. plen., 15-4-2010, n. 2155, in *Foro it.* 2010, 7-8, 374; Cons. St., sez. V, 15-3-2006, n. 1387, in *Foro amm. C.D.S.*, 2006, 1, 872; v. Cons. St., sez. IV, 4-4-2011, n. 2100 sulla non ammissibilità della regolazione postuma, che produrrebbe una violazione della *par condicio* in quanto integrazione dell'offerta, chiaramente vietata), il Comune prendeva atto della mendacità della dichiarazione, disponeva l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva in favore di Libor e procedeva a nuova aggiudicazione in favore di Pascolo Srl, controinteressato formale nel procedimento amministrativo *a quo*.

Il Libor presentava tempestivamente domanda di impugnazione lamentando la non conformità dell'art. 38, c. 2, d.lgs. 163/2006 al diritto dell'Unione; il giudice del rinvio sollevava questione pregiudiziale a norma dell'art. 267 TFUE (già art. 234 TCE), ravvisando per parte sua una potenziale violazione del principio di proporzionalità, ribadito *ad abundantiam* nel secondo considerando della dir. 04/18 (assieme ai principi di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco e trasparenza). In particolare, l'irrigidimento del procedimento di verifica della gravità operato dal d.l. 70/2011 – e blindato dal Consiglio di Stato per i casi antecedenti alla sua emanazione – non consentirebbe più alla stazione appaltante di discostarsi dalle risultanze del DURC, giudicando in concreto la lesività della condotta e in particolare la sua incidenza sulla «affidabilità» complessiva del contraente. Ravvisava, infine, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo.

Il giudice del rinvio chiamava in causa il principio di proporzionalità poiché, se è vero che il requisito di cui all'art. 38, c. 1 lett. i) è stato elaborato per corroborare il giudizio di affidabilità del contraente, non è altrettanto vero che una violazione contributiva superiore a 100 euro rappresenti sempre «un indice significativo della mancanza di affidabilità dell'impresa», trattandosi di un «criterio astratto che non tiene conto delle caratteristiche di un bando di gara specifico, relative all'oggetto e al valore attuale di quest'ultimo, nonché dell'importanza del fatturato e della capacità economica e finanziaria dell'impresa che ha commesso l'infrazione» (sul punto, il giudice comunitario riepiloga la posizione espressa dal TAR Lombardia, sez. III, ord. 12-7-2012, n. 1969, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 12, 1315, a detta del quale la stessa violazione, pur astrattamente «grave» ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006, può essere indice di inaffidabilità per un'impresa di piccole dimensioni, che ha ripetutamente omesso di effettuare i versamenti contributivi, mentre perde di significato per un'impresa di grandi dimensioni che magari ha omesso il versamento *una tantum*). Trattasi di un criterio che, disinteressandosi del caso concreto, tace sulla reale capacità del contraente di onorare i propri impegni – e che pertanto si pone in una posizione di contrasto sia con il principio di proporzionalità, per le ragioni anzidette, sia con quello di uguaglianza, in quel suo voler trattare situazioni «profondamente diverse» in maniera uguale. In subordine, il principio di proporzionalità sarebbe violato quando l'importo dell'omesso versamento sia

esiguo, come nel caso di specie. Quindi: non sintomaticità dell'indice di per sé, e, in second'ordine, non sintomaticità *a fortiori* di importi non rilevanti.

Inoltre, il giudice dubita della ragionevolezza della differenziazione compiuta nell'art. 38 c. 1 lett. f), ove il mancato pagamento dei tributi rileva solo per importi superiori a 10.000 euro. Occorre dunque capire se il legislatore, nell'esercitare la competenza attribuita dall'art. 249, par. 3, del Trattato in materia di attuazione delle direttive, ha travalicato quella discrezionalità certo insopprimibile, ma non illimitata. La norma interna deve, infatti, rispettare il principio di proporzionalità e l'annesso dovere di implementare le norme comunitarie mediante un articolato normativo che sia al contempo adeguato e necessario al raggiungimento dello scopo.

La Corte di giustizia in fine dichiara la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della normativa censurata, rispettosa a suo dire del canone della proporzionalità e degli art. 49 TFUE e 56 TFUE. Riguardo al primo dubbio di compatibilità, la risposta è epigrafica: la norma è proporzionata perché la causa di esclusione *ex art. 38, c. 1 lett. i)* è idonea a conseguire lo scopo (di accertare l'affidabilità del contraente) «poiché il mancato versamento ... tende a indicare assenza di affidabilità, di diligenza e di serietà di quest'ultimo quanto all'adempimento dei suoi obblighi legali e sociali». La presenza di un criterio di ordine quantitativo, inoltre, rafforza la certezza del diritto e per questa via il principio di proporzionalità, di cui la certezza è una componente ineliminabile. Riguardo al secondo dubbio, la Corte si limita a rilevare che allo Stato membro è lasciata ampia discrezionalità in merito alle misure da introdurre ai fini dell'implementazione dei casi di esclusione *ex art. 45, par. 2, dir. 04/18, c.d. casi di esclusione facoltativa* (per il Regno Unito v. art. 23, par. 4, lett. f) delle Public Contract Regulation del 2006; per la Francia v. l'art. 43 del Codes des marchés publics e l'art. 8 dell'Ordonnance n. 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics). Gli Stati hanno infatti la possibilità di non applicare affatto le cause in questione, oppure di graduarle sulla base di considerazioni di ordine giuridico, economico e sociale. La previsione di una franchigia, come quella di 100 euro e del delta 5% tra somme dovute e versate individuata dal legislatore italiano, non è sproporzionata nella misura in cui costituisce una forma di attenuazione

dell'assai più perentoria disciplina comunitaria, che facoltizza l'esclusione *tout court*. Quanto affermato, secondo la Corte, è vero *a fortiori* per gli appalti sotto soglia, che non sono assoggettati alle procedure rigorose di cui alla direttiva e che quindi non possono che trarre beneficio da una franchigia. Testualmente: «[o]rbene, l'articolo 45, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2004/18 consente agli Stati membri di escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico ogni operatore economico che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali, senza che sia previsto un qualsivoglia importo minimo di contributi arretrati. In tale contesto, il fatto di prevedere un siffatto importo minimo nel diritto nazionale costituisce un'attenuazione del criterio di esclusione previsto da tale disposizione e non può, pertanto, ritenersi che vada oltre il necessario. Ciò vale, a fortiori, riguardo agli appalti pubblici che non raggiungono la soglia definita dall'articolo 7, lettera c), di tale direttiva e, di conseguenza, non sono assoggettati alle procedure particolari e rigorose previste dalla direttiva stessa».

3. – Un punto che vale la pena affrontare riguarda l'annoso contrasto giurisprudenziale in tema di sussistenza di cause ostative. Incidentalmente si ricordi che, prima dell'arresto della Plenaria (Ad. plen., sent. 8/2012, cit.), era la tesi sostanzialistica a essere in auge. In base a quest'ultima, la declaratoria di irregolarità contenuta nel DURC costruisce mero «grave indizio» di una grave violazione contributiva. La valutazione della gravità della violazione – definitivamente accertata – dovrà essere sempre compiuta in concreto e le disposizioni contenute nel d.l. 70/2007 interpretate alla stregua di parametri guida non vincolanti per la stazione appaltante (Cons. St., sez. IV, sent. 24-2-2011, n. 1228, in *Riv. trim. appalti*, I, 2012, con nota di R.A. Pistilli, *L'esclusione dalla gara d'appalto per violazione degli obblighi contributivi previdenziali ed assistenziali: il giudizio sulla gravità della violazione e la configurabilità di una falsa dichiarazione in caso di bando generico, tra orientamenti giurisprudenziali ed intervenute modifiche normative*).

La tesi formalistica, al contrario, non consente alcuna valutazione da parte dell'amministrazione ed esternalizza il relativo potere in favore degli enti previdenziali e assistenziali, cui è demandato il compito di rilasciare il DURC (Cons. St., Sez. V, 1-8-2007, n. 4273, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, 202; Cons. St., Sez. IV, 12-3-2009 in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 1214). Mentre per sostenere la tesi

formalistica era in passato necessario uno sforzo ermeneutico, da compiersi a partire da tutta una serie di elementi e in particolare a partire dalla natura del DURC (dichiarazione di scienza nonché atto di certificazione redatto da pubblico ufficiale, facente piena prova fino a querela di falso *ex art. 2700 c.c.*), ora è la lettera della legge a soccorrere e ad imporre la non sindacabilità del DURC.

La tesi sostanzialistica qui interessa sia in sé sia perché intimamente legata a una certa concezione dell'indagine di affidabilità del concorrente. I requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 c. 1 del Codice, anticipavamo, mirano principalmente a rassicurare la stazione appaltante dell'affidabilità, professionalità e integrità morale della controparte. Ciò a differenza dei requisiti di ordine speciale di natura tecnico-organizzativa e soprattutto economica, che non sono identici per tutte le gare ma variano in funzione dell'importo della gara stessa e del tipo di prestazione (v. R. Greco, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli [diretto da], *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008, 1271). Quanto affermato sembrerebbe deporre momentaneamente a favore della tesi formalistica, nella misura in cui proprio la necessità di accertare l'integrità morale e professionale a prescindere dal valore dell'oggetto dell'appalto consentirebbe l'utilizzo di criteri validi per tutti i tipi di appalto, dotati di fissità e conoscibilità *ex ante*. Tuttavia, non dimentichiamo, un conto è la violazione contributiva da accertare e riparare per ragioni di tutela dei lavoratori, altra cosa evidentemente è la valutazione della violazione contributiva per la stipula di un contratto. Ci chiediamo, a titolo di esempio, se davvero una violazione contributiva per una somma di 150 euro sia indice sicuro dell'inaffidabilità di un concorrente – per continuare nell'esempio – risultato aggiudicatario di un appalto di lavori del valore di 4.000.000 euro e magari anche respiscente poiché, nel momento in cui l'irregolarità è stata riscontrata, ha tempestivamente versato i contributi.

Al contrario, vi è chi nota come una qualsiasi violazione sia automaticamente sintomo di inaffidabilità: in tal caso non ci sarebbe spazio per gradazioni e franchigie, a meno che non sia il legislatore stesso a “concedere” rilevanza legislativa a una soglia minima di gravità; diversamente, il principio di proporzionalità avrebbe avuto rilevanza se il giudice *a quo* avesse posto l'accento sulla libera concorrenza anziché sull'affidabilità dell'operatore (P. Patrito, *La disciplina italiana sulla regolarità*

contributiva è compatibile con il diritto UE – Il commento, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 1172), perché nel primo caso le dimensioni dell'impresa, dell'appalto e l'occasionalità o meno dell'infrazione sarebbero state essenziali nel valutare l'alterazione della concorrenza stessa. Con ciò non si vuole esplicitamente aderire a una tesi piuttosto che all'altra, ma semplicemente notare come la questione sia assai più complessa di quanto possa sembrare a un primo sguardo.

Il giudice comunitario tenta di attribuire un peso specifico a due pericoli: il pericolo di ingiustizia nel caso concreto, che si avvera ove la stazione appaltante non possa deliberare in concreto la gravità; dall'altra, il pericolo che le diverse stazioni appaltanti degli Stati membri possano giungere ad apprezzamenti arbitrari, disomogenei e dunque in contrasto con il corretto funzionamento del mercato. Il pericolo di escludere per importi irrilevanti operatori economici non è stato evidentemente ritenuto prioritario e a far premio su questo non è stato tanto il dovere sociale di contribuzione a tutela dei lavoratori, quanto preoccupazioni riguardanti il funzionamento del mercato interno. Sarebbe stato, invece, preferibile analizzare l'atteggiarsi del principio di proporzionalità nel caso all'attenzione della Corte. Se da una parte la «idoneità» della misura da adottare non pone problemi particolari in quanto giudizio meccanico – in effetti, sbrigativamente svolto dalla Corte nella parte in cui ritiene la misura idonea a tutelare l'affidabilità della controparte –, non vale lo stesso per il secondo requisito. La necessità di adottare misure che non vadano oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo è centrale e si situa al cuore del principio di proporzionalità. D'altro canto, se la preoccupazione era quella di evitare giudizi discordanti e arbitrari da parte delle amministrazioni, si sarebbe potuto imporre al legislatore nazionale di compiere una valutazione più accurata, che recepisce sia criteri di calcolo del DURC che tutti i criteri indispensabili per il giudizio di proporzionalità, quali il numero di dipendenti, il fatturato dell'impresa etc. Così facendo la soglia, sì quantitativa, sarebbe divenuta flessibile, ragionevole, equa e soprattutto realmente indicativa di un comportamento incidente sull'affidabilità complessiva del contraente – a tutto vantaggio dell'efficienza dell'azione amministrativa, della tutela della concorrenza e, di conseguenza, del funzionamento del mercato interno.

4. – Non si può, infine, non dar conto dell'entrata in vigore della nuova direttiva sugli appalti pubblici (dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 26-2-2014, in *G.U.U.E* L 094, 28-3-2014, 65). Tra le novità più significative si registra innanzitutto un rafforzamento della disciplina delle esclusioni mediante conversione delle precedenti cause di esclusione facoltativa di cui all'art. 45, par. 2, lett. e) e f) dir. 04/18 in cause di esclusione obbligatoria. Difatti, l'accertamento definitivo dell'inadempimento degli obblighi previdenziali e tributari comporta l'esclusione automatica, a meno che gli Stati non introducano una deroga per «piccoli importi», rispetto ai quali l'esclusione sarebbe «chiaramente sproporzionata», o in altri specifici casi di cui al secondo alinea del paragrafo 3. Il riferimento testuale al principio di proporzionalità, da leggersi in combinato disposto con l'art. 18 dir. 14/24, potrebbe condurre ad esiti applicativi nuovi, che dipenderanno in definitiva dall'adozione di una tra le seguenti possibili interpretazioni: da un lato, una lettura "*minimal*" per cui la previsione di una qualsiasi franchigia renderebbe la norma nazionale non censurabile sotto il profilo della proporzionalità; dall'altro, una lettura più garantista che vieta l'esclusione ogniqualvolta questa sia sproporzionata tenuto conto del fatturato dell'impresa, del valore dell'appalto e dell'occasionalità dell'infrazione. È evidente che se la CGUE continuerà nel solco tracciato dalla sentenza che si commenta, a prevalere sarà il primo dei due esiti interpretativi. Se, al contrario, si valorizza il principio di proporzionalità nel suo significato di «argine dell'esercizio arbitrario dei pubblici poteri», in funzione di una riscoperta centralità del cittadino – che non può dissolversi quando questi instaura rapporti contrattuali con la pubblica Amministrazione – la seconda delle due letture sarà preferibile e funzionale allo scopo.



ISSN 2037-6677

2014/4

The *Dhahbi c. Italia* case: European symposium classes. When Strasbourg hits for not having seized Luxembourg first

***Caso Dhahbi c. Italia*: lezioni di simposio europeo. Quando Strasburgo condanna per non essere passati da Lussemburgo**

Ilaria Rivera

Motivation obligation - compulsory preliminary reference - fair trial



Caso Dhahbi c. Italia: lezioni di simposio europeo. Quando Strasburgo condanna per non essere passati da Lussemburgo

di Ilaria Rivera

1. – Con la sentenza *Dhahbi c. Italia* dell'8 aprile 2014 (ric. n. 17120/09), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per mancata motivazione in ordine al rifiuto di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU), nonché per la violazione dell'art. 8 CEDU, in combinato disposto con l'art. 14.

La vicenda, oggetto della pronuncia in commento, concerne un cittadino italiano – all'epoca dei fatti, cittadino tunisino – titolare di regolare permesso di soggiorno per lavoro e, quindi, regolarmente iscritto presso l'INPS, il quale aveva richiesto di fruire dell'assegno per nuclei familiari numerosi di cui all'art. 65 della legge n. 448 del 23 dicembre 1998. Secondo tale norma, l'assegno familiare è concesso dall'INPS alle famiglie composte da cittadini italiani residenti in Italia con almeno tre figli, tutti di età inferiore ai 18 anni, quando il loro reddito annuale è inferiore agli importi indicati nella tabella di cui al decreto legislativo n. 109 del 31 marzo 1998.

Sebbene la norma sia chiara nel riconoscere tale emolumento esclusivamente ai cittadini italiani, il ricorrente ne rivendicava l'attribuzione sulla base del principio di non discriminazione di cui all'art. 65 dell'Accordo euromediterraneo di associazione tra Comunità europea e Tunisia, ai sensi del quale «fatte salve le disposizioni dei paragrafi seguenti, i lavoratori di cittadinanza tunisina ed i loro familiari conviventi godono, in materia di previdenza sociale, di un regime caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza rispetto ai cittadini degli Stati membri nei quali essi sono occupati. L'espressione "previdenza sociale" copre gli aspetti della previdenza sociale attinenti alle prestazioni in caso di malattia e di maternità, di invalidità, di vecchiaia, di reversibilità, le prestazioni per infortuni sul lavoro e per malattie professionali, le indennità in caso di decesso, i sussidi di disoccupazione e le prestazioni familiari».

Il ricorrente, pertanto, adiva dapprima il Tribunale di Marsala, poi la Corte d'appello di Palermo, ed infine la Corte di cassazione, chiedendo infruttuosamente il riconoscimento dell'assegno in questione e chiedendo, altresì, di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in virtù dell'art. 267 TFUE per la corretta interpretazione delle norme dell'Accordo di associazione. La Corte di cassazione, infatti, nel rifiutare la concessione del contributo in questione, sottolineava che le disposizioni dell'Accordo euromediterraneo si applicassero soltanto alle prestazioni previdenziali, e non anche agli assegni assistenziali – come argomentato, al contrario, dal ricorrente, e che tale suo convincimento trovasse opportuno fondamento non solo nella nozione interna di "prestazione sociale", ma anche – e soprattutto – alla luce degli elementi costitutivi dell'istituto controverso.

2. – Ricostruita brevemente la vicenda che ha dato luogo alla sentenza annotata, occorre innanzitutto evidenziare i due elementi che vengono in rilievo e che danno poi corpo alle rispettive pronunce di condanna per violazione dei canoni convenzionali.

In primo luogo, emerge la questione attinente al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (sul tema, si vedano, tra i più recenti, R. Ciccone, *Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*, Napoli, Jovene, 2011; E. D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto e efficacia della*

pronuncia, Torino, Giappichelli, 2012; T. Giovannetti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in P. Passaglia [cur.], *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in www.cortecostituzionale.it, aprile 2010; A. Tizzano, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del diritto comunitario*, in *Dir. Unione eur.*, 2009, 146 ss.), richiesto dalla parte e negato – a giudizio della stessa, irragionevolmente – dal giudice.

Infatti, come sottolineato dal ricorrente, «dal momento che la Corte di cassazione doveva decidere come giudice di ultima istanza, essa era tenuta a sollevare una questione pregiudiziale in caso di dubbio sull'interpretazione del diritto comunitario» (p.to 27). D'altra parte, come evidenziato nella propria difesa dal Governo, «la Corte di cassazione ha ... considerato chiara la disposizione che doveva interpretare: in tal modo ... ritiene che essa abbia adempiuto ai suoi obblighi dal punto di vista dell'articolo 6 § 1 della Convenzione» (p.to 30). Sul punto, la Corte europea, richiamando la propria giurisprudenza (sentenza 10 aprile 2012, r. n. 4832/04, *Vergauwen c. Belgio*), ribadisce che «l'articolo 6 par. 1 pone a carico dei giudici interni l'obbligo di motivare rispetto al diritto applicabile le decisioni con le quali essi rifiutano di porre una questione pregiudiziale ... nel quadro specifico del terzo c. dell'art. 234 del Trattato che istituisce la Comunità europea (ossia l'attuale art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione [TFUE]), ciò significa che i giudici nazionali le cui decisioni non prevedono ricorsi giurisdizionali di diritto interno sono tenuti, quando rifiutano di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione del diritto dell'UE sollevata dinanzi ad essi, a motivare il loro rifiuto rispetto alle eccezioni previste dalla Corte di giustizia. *Devono dunque indicare le ragioni per le quali essi ritengono che la questione non sia pertinente, o che la disposizione di diritto dell'UE in causa sia già stata oggetto di interpretazione da parte della CGUE, o ancora che l'applicazione corretta del diritto dell'UE si impone con una evidenza tale da non lasciare posto ad alcun ragionevole dubbio*» (p.to 31; corsivi nostri).

Nell'elencare i requisiti necessari affinché il giudice nazionale di ultima istanza abbia la facoltà di non sollevare questione pregiudiziale, la Corte di Strasburgo effettua una fine operazione di rinvio alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che, in ultima analisi, è la sola detentrica del potere di interpretare autenticamente le norme comunitarie – compreso l'art. 267 TFUE – e di determinarne la loro corretta

applicazione. Si fa riferimento, in particolare, all'orientamento inaugurato con la sentenza della Corte di giustizia, del 27 marzo 1963, cause riunite C-28/62 e C-30/62, *Da Costa En Schaake*, in *Racc.*, 57 ss., e confluito nella celebre sentenza del 6 ottobre 1982, C-283/81, *CILFIT e al.*, in *Racc.*, 3415 ss., secondo la quale i giudici nazionali avverso le cui decisioni non è possibile proporre ricorso giurisdizionale sono tenuti qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essi, ad adempiere il loro obbligo di rinvio, salvo che non abbiano constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte (c.d. teoria dell'*acte éclairé*), ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (c.d. teoria dell'*acte claire*) (Si veda, sul punto, E. Russo, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in G. Iudica, P. Zatti [cur.], *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, 203 ss. Così, più di recente, anche Corte giust., sent. 11-9-2008, causa C-428/06 a C-434/06, *Union General de Trabajadores de La Rioja [GT-Rioja]*, in *Racc.*, I-6747 ss.). Nel solco di tale elaborazione giurisprudenziale si pongono anche le Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domanda di pronuncia pregiudiziale, pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea del 6 settembre 2012, C-338/01, emanate in attuazione del nuovo regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25 settembre 2012, e che sostituiscono la nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea del 25 maggio 2011, C-160/01. Ancora più di recente, sempre in ordine alla configurabilità dell'obbligo per il giudice di ultima istanza di effettuare rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, giova rammentare le argomentazioni svolte dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza 18 luglio 2013, C-136/12, *Consiglio Nazionale dei Geologi c. Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, non ancora pubblicata in *Racc.* (per un commento alla sentenza, si veda D.U. Galetta, *Niente di nuovo sul rinvio pregiudiziale: la Corte di giustizia ribadisce la sua consolidata giurisprudenza in materia e respinge il quesito ipotetico del Consiglio di Stato in materia di responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 824-834), nella quale il giudice europeo esplicita la *ratio* che informa l'art. 267 TFUE, alla luce del dettato testuale e delle ulteriori specificazioni in via pretoria, concludendo, quindi, che «[i] giudici non sono, pertanto, tenuti a sottoporre una questione di interpretazione del diritto dell'Unione

sollevata dinanzi ad essa se questa non è rilevante, vale a dire nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della controversia (sentenza del 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit e al.*, in *Racc.*, 3415, p.to 10). Per contro, ove essi accertino la necessità di ricorrere al diritto dell'Unione al fine di risolvere la controversia di cui sono investiti, l'art. 267 TFUE impone loro, in linea di principio, l'obbligo di sottoporre alla Corte qualsiasi questione di interpretazione che venga in essere (v. sentenza *Cilfit e al.*, cit., p.ti 11-20)» (p.to 27 della sentenza).

Da ciò, la Corte di Lussemburgo ha ulteriormente sviluppato il principio secondo il quale il giudice nazionale di ultima istanza, che si rifiuti – immotivatamente – di operare rinvio pregiudiziale dinanzi ad essa, determina la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario (così, Corte giust., sent. 30-9-2003, C-224/01, *Köbler*, in *Racc.*, I-10239 ss.; sent. 13-6-2006, C-173/07, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Racc.*, I-05243 ss.; sent. 24-11-2011, C-379/10, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, I-00180 ss. Sul tema, cfr. G. Di Federico, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Riv.dir.inter.priv.proc.*, 2004, 133-156; E. Scoditti, *“Francovich” presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro it.*, IV, 2004, 4-7, e più di recente, M. Condinanzi, *I giudici italiani «avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno» e il rinvio pregiudiziale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 295-334, oltre che R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia: la responsabilità dello Stato nazionale e quella del giudice*, relazione all'incontro di studio svoltosi a cura del CSM, Ufficio dei referenti per la formazione decentrata del distretto di Brescia – Settore Diritto europeo, Brescia 21 settembre 2012. Per un approfondimento della responsabilità, nel nostro ordinamento, per violazione manifesta del diritto comunitario, in inosservanza dell'art. 267, par. 3, TFUE, ai sensi della legge n. 117 del 13 aprile 1988, si vedano, tra gli altri, E. Tira, *La responsabilità civile dei magistrati: evoluzione normativa e proposte di riforma*, in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it, 4/2011; G. Ferri, *La responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano e le prospettive di riforma*, in *Diritto e società*, 1/2012, 151 ss.; M.A. Sandulli, *Riflessioni sulla responsabilità civile per le violazioni commesse dagli organi giudiziari*, in *Diritto e società*, 2/2012, 385 ss.).

Nella sentenza in commento, la Corte europea, pur guardando in filigrana la sentenza della Corte di cassazione del 15 aprile 2008, non rinviene alcun riferimento all'istanza di parte di sollevare questione di rinvio pregiudiziale, né tanto meno alcun accenno alle motivazioni che hanno condotto i giudici di legittimità a non perseguire la *via comunitaria*. E propria tenendo a mente i parametri individuati nella nota sentenza *CILFIT*, il giudice europeo conclude che, dall'esame della sentenza della Cassazione, dalla quale non risulta peraltro alcun rimando alla giurisprudenza comunitaria, non è possibile stabilire quale dei tre criteri (non pertinenza alla causa, norma già interpretata o disposizione chiara) abbia determinato l'esito di non sottoporre allo scrutinio della Corte di Lussemburgo la spinosa questione dell'ambito di applicabilità del principio di non discriminazione di cui agli Accordi euromediterranei e, più ampiamente, della corretta interpretazione della nozione di *sicurezza sociale* in ambito europeo.

Non può, quindi, non osservarsi come a ben poco valga la qualificazione di un giudice nazionale come “di ultima istanza” se sia, comunque, possibile per quest'ultimo rifiutarsi di operare il rinvio pregiudiziale, laddove sussistano ragioni adeguate e ben motivate. Offre un valido spunto, in tal senso, la stessa Corte di Strasburgo nella sentenza *Ullens de Schooten e Rezebek c. Belgio* (ricc. nn. 3989/07,38353/07) del 20 settembre 2011, che, a differenza del caso in esame, esclude la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU in quanto ritiene che il rifiuto opposto dal giudice belga sia stato sufficientemente motivato (per un commento alla sentenza, v. A. Ruggeri, *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezebek c. Belgio)*, in www.forumcostituzionale.it, 2011), nonché, più di recente, nella sentenza *Vergaunven* sopra citata, in cui la Corte ritiene pienamente legittimo l'operato della Corte costituzionale belga di non operare rinvio pregiudiziale *ex art. 267* TFUE.

3. – Ben più complessa ed articolata, seppur per la pluralità di norme che compongono il quadro di riferimento, è la questione attinente alla pronuncia di condanna per violazione dell'art. 8 CEDU, in relazione all'art. 14 CEDU. Come anticipato, la faccenda riguarda la corresponsione dell'assegno familiare previsto dall'art. 65 della legge 448/1998 solo per i cittadini italiani e, più ampiamente, la

questione dell'interpretazione dell'espressione "sicurezza sociale" e di quali tipi di provvidenze siano sussumibili in tale categoria e quali siano i destinatari (per una ricostruzione dei diritti sociali dello straniero, si veda W. Chiaramonte, *Previdenza e assistenza sociale degli stranieri. Prospettive nazionali e comunitarie*, in *Lavoro e diritto*, 2009, 4, in part. 595 ss.; Id., *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Riv. Dir. lav. e rel. Ind.*, 2008, 1, 101 ss.; AA.VV., *I diritti sociali degli stranieri*, Torino, 2009. Sulla questione della corresponsione dell'assegno familiare ai soli cittadini italiani, invece: A. Caligiuri, *L'accesso ai benefici di natura assistenziale dei cittadini extracomunitari soggiornanti in Italia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 1, 53-66; I. Traina, *Progressiva estensione del principio di parità di trattamento nell'accesso alle prestazioni assistenziali (nota a Trib. Udine 29 maggio 2010; Trib. Gorizia 1 ottobre 2010; Trib. Milano 29 settembre 2010; Trib. 30 luglio 2010)*, in *Riv. Critica dir.lav.*, 2010, 3, 899 e 900; G. Turatto, *Sicurezza sociale dei cittadini di stati terzi extracomunitari: note critiche a due sentenze in tema di parità di trattamento (Note a App. Palermo 17 gennaio 2005, n. 118, Trib. Trento 29 ottobre 2004, n. 2012)*, in *Riv. Giur. lavoro e prev. Soc.*, 2005, 4, 809-818).

In particolare, il ricorrente lamenta che la Corte di cassazione avrebbe errato nel qualificare l'assegno in esame come rientrante nella materia dell'"assistenza sociale", in quanto tale operazione ermeneutica non terrebbe conto del contesto normativo e giurisprudenziale europeo, ma solo di quello interno. A tal fine, egli richiama diverse pronunce della Corte di giustizia, proprio per dimostrare come anche le prestazioni sociali "non contributive" rientrino nel campo di applicazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 65 dell'Accordo con la Tunisia.

Prima di addentrarci in più generali considerazioni sulla portata discriminatoria o meno di misure assistenziali la cui concessione risulta subordinata al possesso di determinati requisiti, occorre delineare, seppur sommariamente, il contesto normativo piuttosto composito da cui trae origine la vicenda e che ha scatenato la necessità di operare aggiustamenti normativi e delicate operazioni interpretative.

L'art. 65, c. 1, della legge 448/1998 dispone che «con effetto dal 1° gennaio 1999, in favore di nuclei familiari composti da cittadini italiani residenti con tre o più figli tutti con età inferiore ai 18 anni, che risultino in possesso di risorse economiche non superiore al valore dell'indicatore della situazione economica di cui al d.lgs.

109/1998, tabella 1 ... è concesso un assegno ... ». L'art. 80 della legge n. 388 del 23 dicembre 2000 – più volte caduto sotto la scure dei giudici delle leggi laddove richiedeva, al fine dell'erogazione di determinate prestazioni sociali, la titolarità della carta di soggiorno ovvero di un determinato reddito minimo (cfr. Corte cost., sent. n. 40/2013, in materia di indennità di accompagnamento; n. 329/2011, in materia di indennità di frequenza per i minori; n. 187/2010, in materia di assegno mensile di invalidità; nn. 11/2009 e 306/2008, sempre in materia di indennità di accompagnamento per inabilità) – ha esteso tale beneficio economico anche ai cittadini comunitari (a sua volta, reso accessibile anche ai rifugiati od altri beneficiari di protezione sussidiaria sulla base della circolare INPS n. 9 del 22 gennaio 2010, in attuazione della dir. 2005/83 del Parlamento europeo e del Consiglio). Peraltro, l'art. 65 dell'Accordo tra Comunità europea e Tunisia del 17 luglio 1995 pone un divieto di discriminazione tra cittadini tunisini e cittadini comunitari, *in materia di previdenza sociale*.

A completamento del quadro così ricostruito, si sottolinea che l'art. 41 del decreto legislativo n. 286 del 25luglio 1998 (T.U. sull'immigrazione) stabilisce che «gli stranieri titolari della carta di soggiorno e di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno e nel loro permesso di soggiorni sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti». Tale norma è stata successivamente modificata dal sopracitato art. 80, c. 19, della legge 388/2000, che – nel prevedere che l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concessi, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno; per le altre prestazioni e servizi sociali l'equiparazione con i cittadini italiani è consentita a favore degli stranieri che siano almeno titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno – ha ristretto la platea dei destinatari delle suddette prestazioni economiche che costituiscono diritti soggettivi ai cittadini stranieri che siano in possesso di carta di soggiorno (*rectius*, di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, a seguito del decreto legislativo n. 3 dell'8 gennaio 2007, art. 1, c. 1, Attuazione delle

dir. 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo). Pertanto, è evidente che la legge finanziaria del 2001 (l. 388/2000) abbia posto le basi per l'equiparazione tra i cittadini italiani e i cittadini stranieri titolari di carta di soggiorno – meglio, permesso CE di soggiorno di lungo periodo – il cui rilascio è subordinato a talune condizioni, tra le quali la permanenza nello Stato italiano per almeno 5 anni, ai sensi dell'art. 9 del T.U. immigrazione (periodo elevato a sei anni con la l. 189/02 e riportato a cinque anni ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 3/07).

In tal senso, stante la lettera della norma, parrebbe derivare l'esclusione di tale provvidenza dall'ambito di applicazione del principio di non discriminazione. Tuttavia, piuttosto varia è stata la giurisprudenza di merito e di legittimità sul punto, che infatti, in un primo momento, ha attribuito all'assegno in questione portata assistenziale «in quanto attribuito secondo un criterio fondato sulla limitatezza del reddito della famiglia in correlazione alla composizione del nucleo familiare medesimo ... il beneficio non può essere riconosciuto ai lavoratori di nazionalità tunisina, rispetto ai quali l'art. 65 dell'Accordo del 17 luglio 1995 tra la Comunità europea e la Tunisia, ratificato con la legge n. 35 del 3 febbraio 1997, ha previsto esclusivamente l'estensione dei benefici previdenziali, indicazione che, riferita espressamente all'attività professionale salariata, alle condizioni di lavoro, alla retribuzione, al licenziamento, nonché a specifiche prestazioni connesso al rapporto di lavoro (quali le prestazioni in caso di malattia e di maternità, di invalidità, vecchiaia, reversibilità, infortuni sul lavoro e malattie professionali, decesso e disoccupazione), non ricomprende la materia assistenziale» (Corte cass., sent. 29-9-2008, n. 24278, in *Foro it.*, 2009, 176 ss.).

In un secondo momento, in totale revisione del precedente orientamento, anche se con riguardo ad altro tipo di emolumento economico (pensione di inabilità) e ad altro tipo di Accordo (Regno del Marocco), i giudici di legittimità, nel rigettare il ricorso dell'INPS, specificano che – analogamente a quanto previsto dall'Accordo di associazione tunisino – «l'art. 41 dell'accordo di cooperazione tra la Comunità europea ed il Regno del Marocco firmato il 27 aprile 1976 e recepito con regolamento CEE n. 2211/78 prevede che i lavoratori cittadini marocchini godano, in materia di sicurezza sociale, di un regime caratterizzato dall'assenza di qualsiasi

discriminazione basata sulla cittadinanza rispetto ai cittadini degli Stati membri nei quali essi sono occupati» e che «il concetto comunitario di sicurezza sociale deve essere valutato alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitaria per cui deve essere considerata previdenziale una prestazione è attribuita ai beneficiari prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione legalmente definita e riferita ad uno dei rischi elencati nell'art. 4, n. 1, del regolamento n. 1408/71 ... » (riprendendo, in tal modo, la giurisprudenza della Corte di giustizia, sent. 16-7-1992, C-78/91, *Hughes*, in *Racc.*, I-04839 ss.; sent. 10-3-1996, C-111/91, *Commissione c. Lussemburgo*, in *Racc.*, I-00817 ss.; sent. 10-10-1996, cause riunite C-245/94 e C-312/94, *Zachov e Hoever*, in *Racc.*, I-04895 ss.).

In particolare, il reg. 1408/71, di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale nazionale, si applica, infatti, secondo quanto stabilito dall'art. 4, n. 1, alle legislazioni concernenti le prestazioni di invalidità, vecchiaia e superstiti, alle prestazioni di malattia e maternità, alle prestazioni familiari e per disoccupazione, agli assegni per morte nonché alle prestazioni per infortuni sul lavoro e malattie professionali. Successivamente, l'art. 1 del Regolamento (CE) n. 859/03, del Consiglio, del 14 maggio 2003, in *G.U.U.E.* L 124, 20-5- 2003, che ha esteso le disposizioni del reg. 1408/71 ai cittadini di Paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità, ha ampliato l'operatività dei regolamenti (CE) n. 1408/71 e 574/72, del Consiglio, del 21 marzo 1972, in *G.U.C.E.* L 74, 27-11-1972 (ora regolamento (CE) n. 647/05, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 aprile 2005, in *G.U.U.E.* L 117/1, 4-5- 2005) anche ai cittadini di paesi terzi e ai loro familiari e superstiti, evidenziando, però, al *considerando* 12 che tale estensione non opera laddove tutti gli elementi prescritti dalla normativa comunitaria si collochino all'interno di un unico Stato membro. A tale limite hanno cercato di supplire gli Accordi di associazione – prima, di cooperazione – euro mediterranei, in virtù delle rispettive clausole di non discriminazione, e a prescindere dal fatto che il cittadino extracomunitario fosse “fermo” nel territorio di un determinato Stato, salva, in ogni caso, la necessità di valutare se la singola provvidenza rientra nell'ambito di applicazione del suddetto reg. 1408/71.

A seguito dell'adozione della direttiva n. 2003/109/CE, del Consiglio, del 25 novembre 2003, in *G.U.U.E.* L 016, 23-1-2004, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, recepita con il decreto legislativo n. 3 dell'8 gennaio 2007, la giurisprudenza di merito ha mutato il proprio orientamento arrivando, in taluni casi, ad esiti interpretativi originali in virtù di attente operazioni ermeneutiche “multilivello”, affermando che «il diritto all'assegno previsto dall'art. 65, legge n. 448 del 1998 (come modificato dall'art. 80, c. 5, l. 388/2000) per i nuclei familiari composti da cittadini italiani o comunitari residenti, con tre o più figli, aventi i requisiti economici richiesti, deve essere riconosciuto anche ai cittadini extra UE in virtù di un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata della suddetta norma, alla luce dell'art. 14 CEDU, dell'art. 21 della Carta fondamentale dell'Unione europea, nonché dell'art. 2, Cost. ... Al medesimo esito si perviene anche attraverso l'applicazione diretta dell'art. 41, c. 1, T.U. dell'Immigrazione oltre che dell'art. 9, c. 12, lett. c), d.lgs. n. 3 del 2007, che, in esecuzione della direttiva comunitaria CE n. 109 del 2003, sancisce il principio di parità di trattamento, nelle prestazioni socio-assistenziali, tra i cittadini stranieri soggiornanti di lungo periodo e i cittadini comunitari» (Corte d'appello, Milano, sez. lavoro, sent. 24-8- 2012, n. 867).

Proprio in riferimento alle prestazioni essenziali di cui all'art. 11 della suddetta direttiva, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 222 del 16 luglio 2013, ha affermato che «entro i limiti consentiti dall'art. 11 della direttiva 25 novembre 2003, n. 2003/109/CE ... cui ha conferito attuazione il decreto legislativo n. 3 dell'8 gennaio 2007 ..., e comunque nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo assicurati dalla Costituzione e dalla normativa internazionale, il legislatore possa riservare talune prestazioni assistenziali ai soli cittadini e alle persone ad essi equiparate soggiornanti in Italia, il cui *status* vale di per sé a generare un adeguato nesso tra la partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale della Repubblica, e l'erogazione della provvidenza».

A ben guardare, però, il legislatore italiano, pur recependo la summenzionata direttiva (d.lgs. 3/2007), non ha modificato l'art. 65 della legge 448/1998, che pertanto ha continuato a non applicarsi ai cittadini stranieri soggiornanti di lungo periodo. Solo a seguito della procedura di infrazione avviata contro lo Stato italiano

(n. 2013/4009), si è provveduto ad estendere tale beneficio anche ai cittadini stranieri soggiornanti di lungo periodo ai sensi dell'art. 13, c. 1, della legge n. 97 del 6 agosto 2013 (legge comunitaria 2013), facendo di fatto venire meno il requisito *implicito* richiesto – ossia quello della cittadinanza – e lasciando inalterato per tutte le categorie previste (cittadini italiani, comunitari ed extracomunitari soggiornanti di lungo periodo) quello *esplicito* del reddito massimo.

4. – Tornando più specificatamente alle argomentazioni addotte a suffragio della pronuncia di condanna, occorre osservare che la Corte europea chiarisce che l'art. 8 CEDU, invocato dal ricorrente, non pone un obbligo positivo in capo agli Stati contraenti di assicurare determinate prestazioni a tutela della vita privata e familiare (così, CO.D.U. 27-4-1998, ric. n. 20458/92, *Petrovic c. Austria* par. 26; 9-7-2009, ric. n. 46368/06, *Zeibek c. Grecia*, p.to 32; 28-10-2010, ric. n. 40080/07, *Fawsie c. Grecia*, p.to 27). Ciò nonostante, qualora lo Stato autonomamente predisponga determinate misure ovvero adotti determinati provvedimenti a sostegno della vita familiare, questi ultimi ricadranno *de plano* nel campo di applicazione di tale articolo (CO.D.U. 25-9-2005, ric. n. 59140/00, *Okpisz c. Germania*; 25-10-2005, ric. n. 58453/00, *Niedzwiecki c. Germania*; 28-10-2010, cit.; 28-10-2010, ric. n. 40083/07, *Saidoun c. Grecia*; ed infine, *Petrovic c. Austria*, cit., in ordine all'indennità di congedo parentale, e sent. 31-4-2009, ric. n. 44399/05, *Weller c. Ungheria*, in ordine all'assegno di maternità). In tal modo, la Corte sembra superare il tentativo del ricorrente di inquadrare la vicenda che lo interessa nell'alveo dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 CEDU, in materia di tutela della proprietà, che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, ricomprenderebbe anche le prestazioni sociali, di tipo contributivo e non (così, CO.D.U. 16-9-1996, ric. n. 17371/90, *Gaygusuz c. Austria*, in materia di assegno di urgenza ai disoccupati cessati dalle indennità ordinarie di disoccupazione, a carico dei comuni; 30-9-2003, ric. n. 40892/98, *Koua Poirrez c. Francia*, in materia di assegno per disabili; *Zeibek c. Grecia*, cit., *Fawsie c. Grecia*, cit., e *Saidoun c. Grecia*, cit., in materia di vitalizio e assegni familiari alle madri in qualità di «capofamiglia di una famiglia numerosa»; *Weller c. Ungheria*, cit., in tema di assegno di maternità; *Okpisz c. Germania*, cit., in tema di assegni familiari. Per un approfondimento si veda G. Turatto, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti*

dell'uomo in relazione ai temi della previdenza e della protezione sociale, in *Riv.giur.lav. e prev.soc.*, 2012, in particolare 703 ss.).

La Corte, peraltro, nel riconoscere e dichiarare la portata dell'art. 8 CEDU, lega l'assunto circa la sua violazione ad un altro parametro convenzionale, ossia l'art. 14 CEDU, che disciplina più ampiamente il principio di non discriminazione, e che, per la sua formulazione piuttosto ampia ed indeterminata, non ha «un'esistenza autonoma, in quanto vale unicamente per il “godimento dei diritti e delle libertà”» (p.to 39) espressamente previsti dalla Convenzione, dal cui combinato ne scaturiscono le puntuali elaborazioni (tra le altre, CO.D.U. 21-2-1997, ric. n. 20060/92, *Van Raalte c. Paesi Bassi*, p.to 33; *Petrovic*, cit., p.to 22).

Come più volte affermato dai giudici europei, il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 non ha una struttura rigida ed inderogabile, ben potendo invece tollerare – al pari di quanto sia possibile constatare con riguardo al nostro art. 3 della Costituzione italiana – trattamenti differenziati per far fronte a situazioni diverse. Tuttavia, affinché la differente disciplina apprestata non si trasformi in una discriminazione a danno dei soggetti che ne sono destinatari, è opportuno che sia adottata tutta una serie di accorgimenti atti a rendere la scelta normativa quanto più oggettiva possibile. Riprendendo le stesse parole usate dalla Corte, una disparità di trattamento risulta essere discriminatoria «se non è basata su una giustificazione oggettiva e ragionevole, ossia se non persegue uno scopo legittimo o se non vi è un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito» (p.to 45).

È naturale che qualunque scelta circa l'eventuale erogazione di emolumenti economici ricada, come tutte le altre, nel margine di apprezzamento proprio di ciascuno Stato, che permane il solo decisore politico in grado di poter stabilire discrezionalmente il proprio ambito di intervento e di regolazione. Pertanto, è possibile introdurre a livello nazionale misure che consentano la diversificazione di disciplina tra categorie di soggetti diversi, a seconda del contesto socio-economico ovvero di peculiari condizioni contingenti (CO.D.U. 19-2-2013, ric. n. 19010/07, *X e al. c. Austria*; 7-11-2013, ric. nn. 29381/09, 32684/09, *Vallianatos c. Grecia*. D'altra parte, tali disparità non debbono trovare il proprio fondamento in elementi soggettivi, quali la cittadinanza, che, come tali, sono insuperabili da parte del

soggetto potenzialmente interessato e che, solo eccezionalmente, possono essere ritenuti legittimi dalla Corte stessa (in tal senso, CO.D.U., *Gaygusuz*, cit.; *Koua Poirrez*, cit.; sent. 18-2-2009, ric. n. 55707/00, *Andrajeva c. Lettonia*; 21-6-2011, ric. n. 5335/05, *Ponomaryovi c. Bulgaria*).

Alla luce di tali considerazioni, la scelta di escludere dall'attribuzione dell'assegno familiare in questione i cittadini stranieri sulla base del solo requisito della cittadinanza è stata ritenuta dalla Corte europea discriminatoria. E ciò in ragione di due riflessioni principali: in primo luogo, perché il ricorrente – sebbene all'epoca dei fatti non soddisfacesse il requisito della cittadinanza italiana o, in ogni caso, comunitaria – risultava titolare degli altri requisiti richiesti ai fini dell'erogazione dell'emolumento; in secondo luogo, perché – ancora più rilevante – lo stesso risultava essere possessore di un regolare titolo di soggiorno per lavoro, con conseguente iscrizione all'ente previdenziale per il versamento dei relativi contributi.

Sebbene, infatti, il dato testuale sia chiaro nel senso di non includere i cittadini stranieri tra i possibili beneficiari dell'assegno per nuclei familiari numerosi, la Corte contempera tale *dictum* con l'esigenza di valutare il singolo caso posto alla propria attenzione, ed, in particolare, di considerare la peculiare situazione in cui versa il soggetto ricorrente, la cui sola condizione personale è bastata ad escluderne la fruibilità.

Pertanto, una volta individuata nella cittadinanza la sola ragione fondante del diverso trattamento apprestato allo straniero, a nulla valgono i “motivi di bilancio” adottati dallo Stato per giustificare tale differente disciplina, appunto perché quest'ultimi, pur essendo reputati dalla Corte pienamente legittimi, non sono i reali motivi giustificativi alla base della suddetta previsione normativa. Come argutamente sottolineato dalla Corte, poco convince il richiamo alla penuria delle risorse finanziarie disponibili se «ad un cittadino di un tale Stato che si trovi nelle stesse condizioni del ricorrente sarebbe accordato l'assegno in questione» (p.to 53).

La Corte europea evidenzia, quindi, la particolare fragilità dei diritti di carattere sociale, destinati, spesso, a rimanere lettera morta nei cataloghi di riferimento perché semplicemente non attuabili nella scarsità della copertura finanziaria. (In tema di limiti alla concessioni di prestazioni sociali in ragione della scarsa disponibilità

finanziaria, si vedano, ad esempio, Corte cost., sent. 16-4-2005, n. 99, e 8-6-1994, n. 240, in materia di trattamenti pensionistici. Più ampiamente, sulla tutela dei diritti sociali nel contesto giuridico europeo, si vedano A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013; D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e politiche e crisi economica*, in www.gruppodipisa.it, 6 giugno 2013; G. Romeo, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, in L. Mezzetti, A. Morrone [cur.], *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, 487 ss; P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in F. Facury, R. Romboli, M. Revenga [cur.], *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali: prima giornata internazionale di diritto costituzionale: Brasile, Spagna, Italia*, Milano, 2009, 93 ss.; C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali tra Costituzione e diritto europeo*, Relazione al Convegno su “Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani”, 25-26 marzo 2011, Università degli studi di Perugia; A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it, 4/2011).

5. – La pronuncia in commento – nell'attribuire al ricorrente (al tempo dei fatti, cittadino straniero) l'assegno familiare per nuclei familiari numerosi di cui all'art. 65 della l. n. 448/1998 e successive modificazioni – sicuramente rappresenta una riconferma dell'ormai consolidata giurisprudenza europea in materia di riconoscimento di prestazioni assistenziali e previdenziali. Essa, infatti, si pone nel solco di quell'orientamento volto ad estendere i benefici sociali anche ai cittadini stranieri, in ragione del fatto che la loro mancata attribuzione non può in alcun caso derivare esclusivamente dal difetto del requisito della cittadinanza nazionale. Ciò che, però, in questa sede arricchisce l'argomentazione motivazionale del giudice europeo è la ricostruzione del diritto del soggetto richiedente alla luce non solo del quadro normativo convenzionale, ma anche del più complessivo quadro normativo “europeo”. La Corte di Strasburgo, infatti, nel condannare l'Italia per violazione degli artt. 6, par. 1, e 8, in combinato all'art. 14, CEDU, richiama la normativa

europea in materia e la porta a sistema con la propria. Ne deriva un'articolazione argomentativa composita, che il giudice europeo sembra ben padroneggiare, e che rinviene i propri snodi significativi nel reciproco intrecciarsi delle norme e delle giurisprudenze (Corte di giustizia UE e Corte europea dei diritti dell'uomo). In tale prospettiva, quindi, la Corte europea parrebbe strutturare la portata dei parametri convenzionali, alla luce dei quali valutare la pretesa violazione denunciata, in considerazione delle norme comunitarie (*rectius*, europee) rilevanti nella fattispecie in esame, facendo rientrare sotto il proprio scrutinio anche la loro corretta interpretazione, seppure veicolata per il tramite del formante convenzionale. Operazione certamente delicata, che la Corte intraprende per la definizione (o, almeno, il tentativo di essa) di un sistema integrato dei diritti sociali e delle relative prestazioni, indicando al percorso che si è sopra delineato la meta più alta di un "simposio europeo" che ne garantisca la maggior tutela.

Questo "nobile scopo" farebbe della Corte di Strasburgo organo di chiusura di un sistema giurisdizionale in cui le sarebbe subordinata perfino la Corte di giustizia. Volendo, infatti, condurre alle estreme conseguenze le conclusioni a cui giunge la Corte europea nella pronuncia in commento, non potrebbe non considerarsi come i giudici europei si facciano garanti della violazione di un meccanismo processuale puramente comunitario, arrivando ad indicare anche i possibili rimedi per far valere tale violazione nelle opportune aule giudiziarie (azione di responsabilità extracontrattuale per violazione manifesta del diritto comunitario). D'altra parte, perseguendo un siffatto ragionamento, non si rischierebbe, piuttosto, di attribuire al giudice di Strasburgo una primazia decisionale che forse non le è propria e che forse finirebbe per conciliarsi male anche con lo stesso dettato convenzionale? È vero, sì, che con l'adesione dell'Unione europea alla CEDU l'articolato contesto eurocomunitario sarà destinato a complicarsi ulteriormente con l'attribuzione alla Corte europea della facoltà di sindacare la compatibilità degli atti comunitari con le disposizioni della Convenzione, ma, in ogni caso, è difficile credere che questo potrebbe portare a riconoscere alla stessa la facoltà di farsi garante né dell'osservanza del diritto comunitario né, tantomeno, della corretta ed uniforme applicazione di tale diritto all'interno degli ordinamenti interni.

Ciò che è innegabile è che il rinvio pregiudiziale comporta un dialogo istituzionalizzato tra giudici (interni e comunitari) – poco importa se questo si risolva in un obbligo ovvero in una facoltà – che non preclude, in linea di principio, la partecipazione di soggetti estranei alla lettera dell’art. 267 TFUE ma, comunque, interessati alla coerente attuazione dello strumento processuale in questione. Invero, la Corte di Strasburgo, sebbene si limiti a prendere in considerazione la procedura di rinvio pregiudiziale di cui all’art. 267 TFUE come *interposta* rispetto alla valutazione dell’osservanza del parametro costituito dall’art. 6 CEDU, e quindi a circoscrivere il proprio giudizio al fine di valutare esclusivamente se il procedimento interno si sia volto nella regolare esplicazione di tutti gli aspetti procedurali – compreso quello volto ad ottenere una pronuncia sulla più giusta interpretazione della norma comunitaria di cui deve farsi applicazione nel caso concreto –, non sembrerebbe essere relegata ad un ruolo di mero nunzio degli orientamenti giurisprudenziali comunitari. Lungi dall’occupare una posizione di osservatore esterno dei meccanismi che vivificano i canali comunicativi giurisdizionali eurointegrati, i giudici europei partecipano attivamente a questo confronto e vi apportano il proprio originale contributo. In quest’ottica, la sentenza in commento sembrerebbe rappresentare una chiara espressione di siffatta tendenza. In particolare, nella sentenza annotata, la Corte non solo richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia sull’istituto del rinvio pregiudiziale e sulle possibilità di deroga all’obbligo di farvi ricorso, ma inserisce magistralmente le proprie argomentazioni – per il tramite della propria giurisprudenza – a sostegno delle prassi giurisprudenziali comunitarie. Quella di cui si fa portatrice non è, quindi, un’operazione di esclusivo – si perdoni il gioco di parole – *rinvio* alla giurisprudenza comunitaria sul punto, ma soprattutto di supporto e di alimentazione proprio di quella giurisprudenza, assicurando il proprio apporto creativo. (Sul dialogo tra giudici – *rectius*, tra Corti – e sul ruolo di questi ultimi nel contesto giuridico eurounitario, si vedano, tra i più recenti, G. Martinico, O. Pollicico, *The Interaction between Europe’s Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supernational Laws*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishin, 2012; E. Baronincini, L.S. Rossi [cur.], *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli. Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Napoli, Jovene, 2010; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010; S. Triolo, *(Non) solo di dialogo vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra*

le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali, in www.forumcostituzionale.it, 13 aprile 2011; N. Zanon [cur.], *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, Jovene, 2006; P. Bilancia, E. De Marco [cur.], *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè, 2004. Per una analisi critica del crescente attivismo delle Corti, con particolare riguardo alla Corte di Strasburgo, si veda soprattutto O. Pollicino, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir.Un.Eur.*, 2009, 1 ss.).

In questa più che in altre occasioni, è possibile toccare quasi con mano quella interazione giudiziaria tra i diversi sistemi di tutela dei diritti che si sostanzia nell'integrazione dei rispettivi parametri normativi e delle realtà giurisdizionali. Non sarebbe eccessivamente ardito osservarsi come la corretta interpretazione del diritto UE giovi alla corretta applicazione del diritto convenzionale, che, a sua volta, si riflette nel corretto riconoscimento dei diritti fondamentali dei singoli. In questa prospettiva, il rinvio pregiudiziale si porrebbe come grimaldello per l'efficace perfezionamento del processo di integrazione giudiziaria *eurounitaria* (secondo la locuzione coniata da A. Ruggieri) – e per l'affermazione concreta di quei principi di leale collaborazione e di proficua interazione che dovrebbero innervare i rapporti tra le diverse sedi istituzionali. (Sul rinvio pregiudiziale come canale di leale collaborazione, v., tra le altre, Corte giust., sent. 11-3-1980, C-104/79, *Foglia c. Novello*, in *Racc.*, 3045 ss.; ord. 26-1-1990, C-286/88, *Falciola*, in *Racc.*, I-00191 ss.; sent. 11-7-1991, C-386/89, *Crispoltoni*, in *Racc.*, I-04863 ss.; sent. 16-7-1992, C-67/91, *Dirección general de defensa de la competencia*, in *Racc.*, I-04785 ss. Inoltre, v. D.U. Galetta, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2/2012, 431 ss.). Secondo una felice espressione usata da P. Pescatore – seppur con riguardo al quadro di sintesi strettamente comunitario, ma ugualmente valida anche alla luce del crescente ruolo della giurisprudenza della Corte EDU – il rinvio pregiudiziale funge come canale di comunicazione «da giudice a giudice» e veicola, nel passaggio tra gli ordinamenti, quegli strumenti informativi atti a contribuire alla predisposizione di un'uniforme tutela dei diritti fondamentali, ormai scevri da qualsiasi matrice nazionale (*Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986/1, 26 ss.

Così, anche, Corte giust., sent. 15-1-2013, C-416/10, *Križan*, non ancora pubblicata in *Racc.*; sent. 16-12-2008, C-210/06, *Cartesio*, in *Racc.*, I-09641 ss.; sent. 9-11-2010, C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, in *Racc.*, I-10847 ss.).

Ben rileva A. Ruggeri quando afferma che «la regola, vero e proprio canone di azione e di relazione, è che tutte le Corti sono perciò sollecitate ad una sana competizione, al fine di apprestare ... la più adeguata, in ragione del caso, tutela ai diritti. In questo quadro, non v'è, non può esservi, né un vertice né una base ma solo un piano orizzontale al quale si dispongono in circolo, ricercando le forme ottimali del mutuo sostegno, tutte le Corti, giudici comuni compresi ... » (*Corti e diritti, in tempo di crisi*, in www.gruppodipisa.it, relazione al Seminario del Gruppo di Pisa su Sovranità statale, costituzionalismo multilivello e dialogo tra le Corti, Scilla (Reggio Calabria), 21 settembre 2012, 19). Quello su cui devono concentrarsi le molteplici sinergie ordinamentali è la creazione di un sistema giuridico europeo di reciproco scambio, in cui ciascuna Corte deve accettare di non poter imporre l'ultima parola alle altre, in considerazione del fatto che ciò che deve emergere non è questo o quel giudice, ma il singolo in quanto detentore di tutta una serie di diritti soggettivi che possono rafforzarsi solo attraverso l'opera degli operatori giuridici. Ragionerebbe male chi arrivasse ad osservare sotto la lente di ingrandimento il giudice avulso da qualsiasi implicazione pratica, in quanto il sindacato di quest'ultimo è direttamente funzionale ad assicurare – o quantomeno a contribuire ad assicurare – la migliore tutela possibile dei diritti fondamentali. A ciò, in fondo, gioverebbero le numerose Carte di diritti a più riprese proclamati: a rendere ancora più esplicite e pregnanti quelle formulazioni normative a presidio delle singole posizioni giuridiche soggettive, e non già a rinforzare il potere decisionale di cui dispone il giudice in sé considerato.

D'altra parte, riprendendo ed (in parte) rielaborando le parole di A. Ruggeri (*Corti e diritti in tempo di crisi*, cit.), sarebbe utile che il confronto tra i diversi livelli giudiziari – destinato a potenziarsi ulteriormente a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 16 CEDU, che disciplina la richiesta di parere preventivo alla Corte di Strasburgo da parte delle Corti nazionali di ultima istanza – fosse fatto *in vivo*, non *in vitro*, con la specifica ponderazione delle concrete connotazioni del singolo caso, che

– più che le rigide regole normative – ben potrebbero indirizzare l'azione dei giudici e guidarne la mano nell'individuazione della protezione più ampia.

In conclusione, dalla cornice argomentativa entro cui si è svolta questa riflessione sembrerebbe emergere come il fine di un siffatto meccanismo giurisdizionale sarebbe quello di incentivare la ricerca di strumenti sempre più raffinati a tutela dei diritti fondamentali, e, proprio in questa prospettiva, la sentenza *Dhabbi c. Italia* confermerebbe come il fitto intreccio tra le Carte e tra le Corti debba plasmarsi, di volta in volta, in ragione della necessità di salvaguardare i diritti fondamentali e di eliminare ogni possibile discriminazione nel riconoscimento degli stessi.



Svizzera. I cittadini bocciano l'acquisto di nuovi aerei militari

di Vittorio Fara

Lo scorso 18 maggio, accanto all'iniziativa sui salari minimi che ha avuto grande eco anche sulla stampa straniera, il popolo svizzero ha respinto con il 53,4% dei votanti la Legge federale sul fondo per l'acquisto dell'aereo da combattimento *Gripen* (c.d. Legge sul "Fondo *Gripen*"). Il fondo prevedeva lo stanziamento di 3,1 miliardi di franchi svizzeri in undici anni per l'acquisto di 22 cacciabombardieri Saab JAS 39 *Gripen* per le forze aeree dell'Esercito svizzero necessari alla sostituzione dei 54 F-5 *Tiger* ormai prossimi all'obsolescenza.

La proposta presentata dal Consigliere federale Uli Maurer, capo del Dipartimento federale della Difesa, e sostenuta dal Consiglio federale, era stata approvata nel settembre dall'anno scorso dal Parlamento, con ampie maggioranze, cui era seguita la richiesta popolare del referendum facoltativo in conformità all'art. 141 della Costituzione federale del 1999.

Il Consiglio federale e il Parlamento avevano sostenuto l'acquisto ritenendolo indispensabile ammodernare la flotta aerea necessaria a garantire la sicurezza del territorio svizzero. Inoltre, era stata evidenziato come la scelta degli aerei *Gripen*, sotto l'aspetto finanziario, fosse più vantaggiosa rispetto ad altre soluzioni prese in considerazione e che i nuovi velivoli sarebbero stati meno della metà di quelli obsoleti da sostituire. Al contrario, i comitati referendari ritenevano, con varie

sfumature, che l'acquisto di 22 velivoli *Gripen* fosse superfluo, troppo oneroso e riferito ad un aereo, di fatto, ancora in fase di progetto.

L'esito referendario contrario alle scelte delle Autorità federali non era scontato. Infatti, è la prima volta che i cittadini svizzeri respingono una proposta per l'acquisto di armamenti e, più in generale, è una delle rare volte in cui hanno espresso un parere contrario a un progetto avallato da Governo e Parlamento per quanto concerne l'Esercito; solo nel 1987 fu respinta la creazione di una base militare e la partecipazione di unità dell'Esercito svizzero alle operazioni sotto l'egida dell'ONU. Il risultato rappresenta, quindi, una svolta rispetto a quello registrato nel 1993 quando venne ratificato, con voto popolare, l'acquisto di 34 aerei da combattimento F/A-18 di produzione statunitense.

Se da un lato la bocciatura del finanziamento per l'acquisto di nuovi aerei militari rappresenta una vittoria per la sinistra e, in generale, del mondo pacifista elvetico, forti soprattutto nel Ticino e nei Cantoni francofoni -mentre nei Cantoni di lingua tedesca l'elettorato ha seguito prevalentemente le indicazioni delle Autorità federali-, dall'altro non si può ritenere che vi sia un'affermazione di segno "antimilitarista" dell'elettorato svizzero. È da ricordare che nel settembre 2013 la proposta di abolire l'obbligo costituzionale del servizio militare maschile (art. 59 Cost.) era stata respinta con percentuali quasi "plebiscitarie" (73,2% dei votanti).

Il ruolo delle forze armate è stabilito nella Costituzione federale (art. 58) e trova un convinto sostegno nella popolazione che vede nelle stesse un sicuro presidio della neutralità e della sicurezza che consente, inoltre, alla Confederazione di partecipare alle missioni internazionali sotto l'egida dell'ONU e di avere un ruolo attivo pur nell'ambito della scelta fondamentale della neutralità. Un ruolo di cui si avvale in questo periodo con la presidenza di turno OSCE per una mediazione nella crisi ucraina.

L'obbligatorietà del servizio militare e il sistema dei richiami periodici nel corso della vita professionale sono caratteri distintivi della Confederazione svizzera -e per alcuni aspetti della vicina Austria- rispetto al resto dell'Europa occidentale dove è adottato il modello di forze armate professionali basato sull'arruolamento volontario. Di recente (2011) anche la Germania federale ha abbandonato la coscrizione obbligatoria-.

I risultati del voto hanno ricevuto numerosi commenti dai partiti politici svizzeri che, superati i toni propri della campagna referendaria, durante la quale i contrari all'acquisto degli aerei erano identificati come contrari all'esistenza dell'esercito federale, si sono espressi per il pieno rispetto della volontà popolare, anche se con varie sfumature. Per il Partito liberale radicale (PLR) l'esito referendario è da interpretare come un "rifiuto" del modo in cui è stata condotta la procedura d'acquisto che ora si dovrà ripetere o per cui si dovrà attendere il 2025, quando dovranno essere sostituiti altri velivoli obsoleti, per operare un acquisto unico. Dello stesso avviso il Partito popolare democratico (PPD) che ha sottolineato come si potrà riproporre il tema solo quando dovranno essere sostituiti gli aerei F/A-18. Infine, l'Unione democratica di centro (UDC) e il Partito borghese democratico (PBD) hanno inteso il voto popolare non pregiudizialmente contrario alle forze armate alle quali, invece, devono essere accordati nuovi investimenti.

È da ricordare che la scelta dei *Gripen* era stata anch'essa oggetto di un articolato dibattito che aveva visto contrapporsi alla proposta degli svedesi i francesi con i *Rafael* e gli *Eurofighter* del consorzio formato dal gruppo franco-tedesco *Airbus*, da *British Aerospace* e dall'italiana *Finmeccanica*. La scelta governativa per gli aerei svedesi *Gripen* non solo non aveva raccolto un vasto consenso nell'opinione pubblica, ma aveva favorito il riaccendersi delle polemiche di quanti sostenevano i produttori concorrenti.

Le ricostruzioni giornalistiche hanno fatto emergere l'esistenza di un'accesa competizione fra i vari costruttori europei, decisi a tutto pur di prevalere, e ben diversa dal profilo unitario che dovrebbe avere la Politica di sicurezza e difesa comune europea (PESC) anche riguardo alle forniture dei sistemi d'armi e la loro vendita sul mercato internazionale.

Il voto dello scorso maggio si può spiegare essenzialmente come una "sfiducia" nei confronti della politica degli armamenti portata avanti dal Consiglio federale e, in particolare, del ministro della Difesa Maurer, che ha più volte comparato la tutela dello spazio aereo "al tetto di una casa che bisogna di tanto in tanto rinnovare", paragone questo che però non ha fatto breccia nell'elettorato. Le motivazioni di ordine finanziario hanno spinto l'elettorato svizzero, molto prudente su questo aspetto, a ritenere eccessiva la spesa per l'acquisto degli aerei, in un momento in cui

si prevedono rilevanti tagli alle risorse destinate alla previdenza, alla formazione e allo sviluppo di politiche energetiche alternative.

Gli argomenti contro i caccia svedesi sollevati dai media e dai comitati referendari sono stati -per certi versi- simili alle argomentazioni che in Italia suggeriscono di cancellare, o -quanto meno- di ridurre drasticamente, gli F-35: costo eccessivo, problemi di sviluppo del velivolo e, non secondario, il fastidio dell'elettorato per il sospetto di ingerenza da parte della diplomazia svedese che avrebbe cercato di condizionare le scelte governative durante il processo di selezione del nuovo caccia.

In Italia si è iniziato a parlare del progetto di acquisto gli aerei F-35 di produzione statunitense nel 1996 e, successivamente, nel 1998 è stato firmato il “Memorandum of Agreement” per la fase concettuale-dimostrativa con un investimento di 10 milioni di dollari. Nel 2002, dopo l'approvazione delle Commissioni Difesa di Camera e Senato, è stata confermata la partecipazione alla fase di sviluppo. Nel 2009 le Commissioni parlamentari hanno espresso parere favorevole sullo schema di programma trasmesso dal Governo che comprendeva l'acquisto di 131 F-35 al costo di 12,9 miliardi di euro.

Nel 2012, l'allora ministro della Difesa [Di Paola](#), nel quadro delle riduzioni di spesa del suo ministero, ha proposto tra i vari provvedimenti quello di diminuire l'acquisto di F-35 da 131 a 90 unità, poi approvato dalle Camere. Varie parti politiche hanno mosso critiche al progetto già dai primi giorni del 2012 proprio a causa dell'elevato costo dei 131 aerei ordinati inizialmente che è lievitato verso l'alto arrivando probabilmente a 200 milioni di dollari ad aereo. Nel febbraio 2013, il Governo italiano ha materialmente ordinato 3 velivoli e firmato il contratto per altri 3: il primo F-35 sarà consegnato solo nel 2015 ed entrerà in servizio l'anno dopo.

Il governo “Renzi” ha scelto di congelare qualunque spesa per il programma nel corso del 2014, in attesa che il “Libro Bianco per la sicurezza internazionale e la difesa” definisca le esigenze delle forze armate italiane. Lo scorso 24 settembre la Camera dei deputati ha votato a favore (275 voti favorevoli, 45 contrari, 152 astenuti) sulla mozione del Partito democratico (PD) che impegna il Governo a ridurre a metà il budget finanziario previsto inizialmente per il programma F35. Nella mozione PD s'impegna l'esecutivo a ricercare anche “ogni possibile soluzione

e accordo con i partner internazionali”, allo scopo di “massimizzare i ritorni economici, occupazionali e tecnologici”.