

*DPCE online* – n. 1/2017

ISSN: 2037-6677

# DPCE ONLINE



### Direttore responsabile

Giuseppe Franco Ferrari

### Sede e direzione,

Università comm.le L. Bocconi,  
via Röntgen 1, 20136 – MILANO

Tel. (+39) 02.5836.5227

mail: [dpceonline@dpce.it](mailto:dpceonline@dpce.it)

Sito internet: [www.dpce.it](http://www.dpce.it)

ISSN : 2037-6677

*I saggi, le note e i commenti pubblicati nella Rivista sono soggetti a un sistema di double-blind peer review. Gli interessati possono prendere visione delle relative **linee guida** raggiungibili cliccando [qua](#).*

Le **proposte editoriali** – esclusivamente in formato .doc o .docx e corredate da un breve cv – vanno inviate all'indirizzo di posta elettronica sopra indicato.

### Comitato scientifico

Domenico Amirante, Antonio Andreani, Paolo Benvenuti, Fernanda Bruno, Ruggiero Cafari Panico, Marina Calamo Specchia, Michele Carducci, Paolo Carrozza, Carlo Casonato, Fabrizio Cassella, Stefano Ceccanti, Andrea Comba, Mario Comba, Pasquale Costanzo, Guerino D'Ignazio, Ginevra Cerrina Feroni, Giovanni Cordini, Patrizia De Pasquale, Alfonso Di Giovine, Giampiero Di Plinio, Giuseppe Franco Ferrari, Tommaso Edoardo Frosini, Carlo Fusaro, Silvio Gambino, Mario Ganino, Alessandra Gianelli, Adriano Giovannelli, Maurilio Gobbo, Tania Groppi, Enrico Grosso, Guido Guidi, Flavia Lattanzi, Aldo Ligustro, Vincenzo Lippolis, Roberto Mastroianni, Luigi Melica, Luca Mezzetti, Laura Montanari, Giuseppe Morbidelli, Costantino Murgia, Nino Olivetti Rason, Maurizio Oliviero, Romano Orrù, Elisabetta Palici di Suni, Giuseppe Palmisano, Giampaolo Parodi, Mario Patrono, Lucio Pegoraro, Valeria Piergigli, Antonio Reposo, Paolo Ridola, Angelo Rinella, Giancarlo Rolla, Giorgio Sacerdoti, Roberto Scarciglia, Stefano Sicardi, Rolando Tarchi, Roberto Toniatti, Alessandro Torre, Maria Paola Viviani Schlein, Luigi Volpe, Mauro Volpi.

### Redazioni territoriali

La Rivista si vale del contributo di [44 redazioni territoriali](#), incardinate in altrettanti atenei italiani.

### Collaboratori stranieri

Charles F. Abernathy (USA), Rainer Arnold (Germania), José Asensi (Spagna), Boguslaw Banaszak (Polonia), Daniel Barbu (Romania), Richard Bauman (Canada), Victor Bazán (Argentina), Christian Bidegaray (Francia), Andrea Biondi (UK), Torsten Bjerkén (Svezia), Carlos Blanco de Morais (Portogallo), Roberto L. Blanco Valdés (Spagna), Allan Brewer Carías (Venezuela), Bojko Bucvar (Slovenia), Laurance Burgogue-Larsen (Francia), Paolo Carozza (USA), Alberto Ricardo Dalla Via (Argentina), José Alfonso Da Silva (Brasile), Francis Delpérée (Belgio), Carlos Delpiazco (Uruguay), Silvio Devetak (Slovenia), Sean Donlan (Irlanda), Claude Emeri (Francia), Francisco Fernández Segado (Spagna), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Brasile), Manuel Gutan (Romania), Tomás Font i Llovet (Spagna), Christian Frank (Svizzera), Anna Gamper (Austria), Manuel Gutan (Romania), Gábor Hamza (Ungheria), Volkmar Götz (Germania), José Joaquim Gomes Canotilho (Portogallo), Andrew Harding (Canada), A.E. Dick Howard (USA), Paul Jackson (UK), Ernesto Jinesta Lobo (Costa Rica), Jiri Jirasek (Rep. Ceca), Christian Joly (Francia), Mariana Karagoyzova (Bulgaria), Anatoli Kovler (Russia), Cesar Landa (Perù), Juan Fernando López Aguilar (Spagna), Jorge Miranda (Portogallo), Jörg Monar (Germania), Sandra Morelli Rico (Colombia), Karlos Navarro (Nicaragua), Humberto Nogueira Alcalá (Cile), Nestor Osuna Patiño (Colombia), Otto Pfersmann (Francia), Alfredo Mordechai Rabello (Israele), Thierry Renoux (Francia), Olivo Rodríguez (Santo Domingo), Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (Spagna), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Spagna), Jurij Shulzhenko (Russia), Guillaume Tusseau (Francia), Diego Valadés (Messico), Mauro Zamboni (Svezia), Jan Wawrzyniak (Polonia), Diana Woodhouse (UK).

## Indice dei contributi

### EDITORIALE

- T. Groppi**, *L'attacco allo Stato di diritto in Turchia: l'onda lunga del 1989 è definitivamente finita?* p. 1

### SAGGI

- M. Pellingra Contino**, *Partecipazione ai processi decisionali ed accesso alla giustizia in materia ambientale: riflessioni a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia* p. 11
- A. Perfetti**, *La tutela della salute nell'Unione europea attraverso l'azione nel campo delle malattie rare* p. 31
- A. Sina**, *L'uso della comparazione nella giustizia costituzionale albanese* p. 49
- M. Trapani**, *La corruzione e l'etica pubblica alla prova delle istituzioni: corsi e ricorsi di un istituto dimezzato nella questione brasiliana* p. 67

#### • Casi e questioni: Brexit di fronte alla Corte Suprema

- G.G. Carboni**, *La Corte Suprema e le sorti del referendum nel Regno Unito* p. 87
- G.F. Ferrari**, *La Corte Suprema, brexit e le sorti del costituzionalismo britannico* p. 95
- C. Martinelli**, *I poteri costituzionali di fronte alla brexit: la UKSC fissa i confini* p. 99
- F. Rosa**, *Westminster first* p. 105

### NOTE E COMMENTI

#### • Corte di Giustizia dell'UE

- F. Campodonico**, *Irretroattività della lex mitior: la CGUE segue la Cassazione* p. 111
- M. Ferrara**, *Un rinvio pregiudiziale non decisivo in tema di misure custodiali: il caso Milev v. Bulgaria* p. 115
- M.C. Locchi**, *Il diritto all'indennizzo delle vittime di reato: l'Italia condannata dalla Corte di Giustizia per inadempimento della dir. 2004/80/CE* p. 119
- A. Perelli**, *Riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso e pensione di reversibilità, tra eguaglianza e irretroattività* p. 125
- C. Pesce**, *Biblioteche e prestito librario digitale: nuovi istituti giuridici o evoluzione di quelli esistenti?* p. 129
- M. Salerno**, *La concorrenza delle farmacie on line scardina i prezzi uniformi e apre nuovi scenari nella liberalizzazione del mercato dei farmaci* p. 133
- G. Santilli**, *L'extradizione in uno Stato terzo del cittadino di uno Stato membro. Condizioni di ammissibilità e strumenti alternativi di cooperazione giudiziaria* p. 137
- F. Santolini**, *Espulsione del genitore (straniero) e diritti del minore (cittadino): il ruolo della cittadinanza dell'Unione* p. 141
- E. Sorda**, *Principio di effettività e protezione internazionale del richiedente asilo fra norme europee e disciplina nazionale: la CGUE si pronuncia sul caso Danqua* p. 145

#### • Corti straniere

- E. Bertolini**, *Selfie con Merkel? Diffamazione, hate speech, fake news e responsabilità dei social networks: un difficile bilanciamento* p. 149
- F.E. Grisostolo**, *La tauromachia come arena di scontro sulle competenze nell'Estado autonómico. A prima lettura della sentenza del Tribunal Constitucional n. 177/2016* p. 155

#### I collaboratori del presente fascicolo

p. 163



## Contents

### EDITORIAL

- T. Groppi**, *The attack on the rule of law in Turkey: is the long wave of 1989 finally over?* p. 1

### ARTICLES

- M. Pellingra Contino**, *Participation in decision making and access to justice in environmental matters: some reflections about the recent EUCJ case law* p. 11
- A. Perfetti**, *Health protection in the European Union by means of the action in the field of rare diseases* p. 31
- A. Sina**, *The use of comparative method in the Albanian constitutional justice* p. 49
- M. Trapani**, *Corruption, public ethics and the institutional framework: Brazilian occurrences and recurrences of a halved institution* p. 67

#### • Topical Issues: Brexit and the UKSC

- G.G. Carboni**, *The Supreme Court and the future of the referendum in the UK* p. 87
- G.F. Ferrari**, *The UKSC, brexit and the destiny of the British constitutionalism* p. 95
- C. Martinelli**, *Constitutional powers facing brexit: UKSC fixes the limits* p. 99
- F. Rosa**, *Westminster first* p. 105

### NOTES AND COMMENTS

#### • Court of Justice of the EU

- F. Campodonico**, *Non-retroactivity of the lex mitior: the ECJ follows the Italian Court of Cassation* p. 111
- M. Ferrara**, *A not decisive preliminary ruling about custodial measures: the Milev v. Bulgaria case* p. 115
- M.C. Locchi**, *The right of crime victims to compensation: Italy condemned for failing to comply with Dir. 2004/80/CE* p. 119
- A. Perelli**, *Recognition of same-sex unions and the right to survivor's pension, between equality and non-retroactivity principles* p. 125
- C. Pesce**, *Libraries and digital lending of an electronic book: new legal bodies or evolution of existing ones?* p. 129
- M. Salerno**, *Online pharmacies competition undermines fixed prices and opens new scenarios in the liberalization of pharmaceutical market* p. 133
- G. Santilli**, *Extradition to a third state of a member state's citizen. Admissibility requirements and other judicial cooperation measures* p. 137
- F. Santolini**, *Expulsion of the parent (third-country national) and rights of the young child (citizen): the role of the EU citizenship* p. 141
- E. Sorda**, *Principle of effectiveness and asylum seeker's international protection between European and National law: ECJ ruling on the Danqua case* p. 145

#### • Foreign Jurisdiction

- E. Bertolini**, *A Selfie with Merkel?? Defamation, hate speech, fake news and ISPs liability: a difficult balance* p. 149
- F.E. Grisostolo**, *Tauromachy as battlefield on competences in the Spanish Regional State. Decision no. 177/2016 of the Tribunal Constitucional* p. 155

### Contributors

p. 163



## **L'attacco allo Stato di diritto in Turchia: l'onda lunga del 1989 è definitivamente finita?**

*di Tania Groppi*

1. – Dove va la Turchia? Questa domanda si fa ogni giorno più drammatica in questi primi mesi del 2017, alla vigilia di un referendum costituzionale, previsto per il 16 aprile, che rappresenta un momento decisivo non solo nella storia di questo Paese.

La vicenda della Turchia non può non richiamare l'attenzione (e la reazione) di quelli che, tra gli accademici italiani, coltivano relazioni di amicizia e collaborazione con colleghi e con università turche. Ma soprattutto essa deve, a mio avviso, essere attentamente monitorata dai costituzionalisti e comparatisti. Siamo infatti di fronte al tentativo di instaurare un regime autoritario attraverso una revisione costituzionale che non si limita a ratificare uno *status quo*, come può avvenire quando una nuova costituzione autoritaria sia introdotta a seguito di un colpo di Stato. Qui è la revisione stessa, approvata nel rispetto (almeno formale) della precedente legalità costituzionale, che è finalizzata a introdurre, se confermata dal popolo a maggioranza, un assetto istituzionale contrario ai principi dello Stato di diritto.

Siamo in altre parole davanti a un fallimento della democrazia costituzionale, quella forma di Stato che, a seguito delle vicende tragiche della prima metà del XX secolo, ha cercato di introdurre meccanismi giuridici finalizzati a proteggere la democrazia proprio nei confronti delle maggioranze politiche, potenziando lo Stato di diritto attraverso strumenti di garanzia dei diritti fondamentali e della rigidità delle costituzioni.

Non è il primo fallimento a cui ci tocca assistere. Dopo la decade trionfale degli anni '90, nei quali l'espansione globale dello Stato costituzionale ha fatto parlare della "fine della storia", il XXI secolo ci ha portato in un'epoca di incertezza e instabilità, nella quale anche in Europa molti degli *acquis* del secolo precedente sembrano rimessi in discussione. Il primo Paese a cadere sotto i colpi di maggioranze antidemocratiche è stata l'Ungheria, ove la Costituzione del 2011 ha rappresentato un regresso rispetto al precedente ordinamento instaurato dopo la fine del comunismo. Adesso è la volta della Turchia che, pur con le sue peculiarità, fa pienamente parte dello spazio giuridico europeo e ha intrapreso, proprio nel post-1989, un cammino verso l'instaurazione della democrazia costituzionale.

2. – Che la Turchia sia un Paese “in between”, sospeso tra Europa e Asia, tra modernità e tradizione, tra laicità e islamismo, non è cosa nuova. Per quel che riguarda il diritto costituzionale, questo “stare a metà strada” è ben espresso nel titolo di un volume pubblicato nel 2015, *Le droit constitutionnel turc. Entre coup d’Etat et démocratie* (gli autori sono Ibrahim Ö. Kaboğlu e Eric Sales, Paris).

L’alternanza di fasi di democratizzazione e di involuzioni autoritarie ha caratterizzato la storia della Repubblica di Turchia a partire dalla sua proclamazione un po’ meno di un secolo fa, il 29 ottobre 1923, con rilevanti, benché non sempre lineari, conseguenze in termini di diritto costituzionale. Le due Costituzioni successive a quella di Atatürk (del 1924) sono state adottate, nel 1961 e nel 1982, a seguito di colpi di Stato militari, durante lo stato di emergenza, sia pure con contenuti diversissimi tra di loro: inquadrabile nella tradizione della democrazia liberale la prima, fortemente connotata dal ruolo dei militari la seconda.

Gli sviluppi geopolitici successivi al 1989 hanno avuto conseguenze rilevanti, benché non immediate, anche sulla Turchia, mettendo in moto un processo di riforme costituzionali e legislative, anche sotto la spinta delle istituzioni europee.

Da un lato, infatti, benché la Turchia fosse membro del Consiglio d’Europa fin dal 1950 e avesse ratificato la CEDU nel 1954, è con il riconoscimento, nel 1989, del carattere vincolante delle decisioni della Corte di Strasburgo e poi con l’entrata in vigore del Protocollo XI – che ha introdotto il ricorso individuale alla Corte – che la giurisprudenza di Strasburgo ha iniziato ad incidere in maniera pervasiva sull’ordinamento turco. Dall’altro, benché l’accordo di associazione tra la Turchia e la Comunità economica europea risalgia al 1964, è soprattutto con l’avvio del percorso di pre-adesione, a partire dal Consiglio europeo di Helsinki del 1999, che la condizionalità europea ha esercitato ampia influenza sulla Turchia. Nello sforzo di rispondere ai criteri di Copenaghen essa ha realizzato importanti riforme volte a garantire i diritti fondamentali, che si sono mosse lungo alcuni assi principali: la progressiva riduzione del ruolo dei militari nelle istituzioni; il rafforzamento dell’indipendenza, sia interna che esterna, della magistratura; la garanzia del giusto processo, specialmente in campo penale.

Questo percorso, che è andato avanti grosso modo fino al 2013, non è stato privo di rilevanti elementi di ambiguità, come le innumerevoli condanne da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo hanno continuato a testimoniare. L’irrisolto conflitto curdo, con la correlata proclamazione dello stato di emergenza in ampie zone del territorio, ha dato luogo a gravi violazioni dei diritti umani, compreso un frequente uso della tortura. La legge anti-terrorismo del 1991, rimasta immutata nel suo nucleo fondamentale e specialmente nella definizione assai vaga del terrorismo, ha consentito l’applicazione di misure molto dure a condotte che non necessariamente implicavano l’uso della violenza. Particolarmente problematica è rimasta la questione della libertà di espressione, per il permanere nel codice penale di numerosi reati di opinione, con rilevanti conseguenze per giornalisti, accademici, intellettuali. La soglia di sbarramento del 10% prevista dalla legislazione elettorale (e “salvata” da Strasburgo), al contempo, ha contribuito ad impoverire la rappresentanza politica e a polarizzare il confronto elettorale.

Protagonista di gran parte di questa stagione di riforme è stato il partito islamista guidato da Recep Tayyyp Erdoğan, l'AKP, al potere dal 2002, nell'ambito di una forma di governo parlamentare, divenuta semipresidenziale a seguito della revisione costituzionale del 2007, che ha introdotto l'elezione diretta del presidente della Repubblica.

3. – La tendenza si è però nettamente invertita a partire dal 2013: è come se le ambiguità che hanno continuato a contrassegnare il percorso della Turchia verso la democrazia e lo Stato di diritto siano venute allo scoperto, fino a deflagrare dopo il tentato colpo di Stato del 15 luglio del 2016, per dar luogo a una *escalation* autoritaria che vorrebbe trovare il proprio momento di consacrazione nella revisione costituzionale.

Due eventi sembrano aver messo in moto, nel 2013, il percorso di allontanamento della Turchia dall'itinerario verso lo Stato di diritto: le proteste della società civile nell'episodio di Gezi Park, represso con straordinaria durezza, e le indagini sulla corruzione del Governo che hanno portato alle dimissioni di quattro ministri. Da lì ha preso avvio non solo una prepotente repressione dell'indipendenza della magistratura e della libertà di espressione, ma l'adozione di una serie di misure legislative volte a smantellare i passi avanti compiuti, a partire perlomeno dalla cd. "omnibus law" del 15 febbraio 2014, passando per il cd. "pacchetto sicurezza" del 27 marzo 2015. Tutto ciò mentre venivano abbandonati i tentativi di raggiungere un accordo con i curdi e veniva meno la prospettiva di una pacificazione del sud-est della Turchia; mentre il partito filo-curdo HDP riusciva a superare lo sbarramento nelle elezioni del 7 giugno 2015; mentre veniva eroso il consenso elettorale di Erdoğan che, per cercare di recuperare la maggioranza perduta, ha sciolto il Parlamento appena eletto e ha indetto nuove elezioni il 1 novembre dello stesso anno; mentre la crisi economica colpiva il Paese, sempre più coinvolto nella crisi siriana e bersaglio del terrorismo.

A riprova di questo clima possono essere richiamati due episodi della prima metà del 2016.

Innanzitutto, la reazione di sproporzionata durezza, verbale e fattuale, del Governo contro i 1128 docenti universitari firmatari di una petizione dal titolo "We will not be a party to this crime" (resa pubblica l'11-1-2016), che chiedeva la cessazione dello stato d'assedio e delle violazioni dei diritti commesse dall'esercito turco nei territori curdi e l'apertura di negoziati di pace (il gruppo è divenuto noto col nome di "Academics for Peace"). Alcuni dei firmatari sono stati arrestati, altri sottoposti ad inchieste penali e alcuni licenziati già nei mesi seguenti all'appello, ben prima, cioè, della proclamazione dello stato di emergenza, suscitando reazioni di sdegno in tutto il mondo.

Inoltre, va menzionata la singolare legge costituzionale del 12 aprile 2016 che ha aggiunto una disposizione transitoria alla Costituzione, sulla base della quale è stata sospesa per quindici giorni l'immunità parlamentare, determinando la sottoposizione a procedimenti penali, per reati di opinione, di 139 dei 550 deputati (ben 51 di essi membri del partito HDP, 12 dei quali sono stati arrestati nel novembre 2016): una revisione costituzionale *ad personam*, ritenuta dalla Corte costituzionale non sindacabile in sede di ricorso diretto (e non impugnata in via d'azione da 1/5 dei componenti dell'Assemblea,

come sarebbe stato possibile, per i timori del partito di opposizione, il partito kemalista CHP, di vedersi qualificato come complice dei terroristi di fronte all'opinione pubblica), che è stata nettamente condannata, tra l'altro, dalla Commissione di Venezia (*Opinion* n. 858/2016 del 14-10-2016).

4. – È in questo contesto, già gravemente deteriorato, che si collocano le misure adottate in reazione al fallito colpo di Stato del 15 luglio 2016 e la revisione costituzionale sottoposta al referendum del 16 aprile 2017.

Per limitarsi a una rapida sintesi, lo stato di emergenza proclamato dal Governo all'indomani del tentato colpo di Stato è stato prorogato tre volte col consenso del Parlamento. In base al diritto emergenziale (artt. 15, 120, 121 Cost. e legge sullo stato di emergenza del 1983) il Governo può adottare decreti-legge, che devono successivamente essere approvati dal Parlamento. Attraverso tali decreti, i diritti fondamentali possono essere limitati o sospesi in tutto o in parte, ma solo nella misura in cui le circostanze lo richiedano e nel rispetto degli obblighi internazionali. Dei 21 decreti ad oggi adottati, soltanto 5 sono stati approvati dal Parlamento ma cionondimeno restano in vigore. Inoltre, la Corte costituzionale, con un *overruling* della sua precedente giurisprudenza, ha stabilito con quattro decisioni del 12 ottobre e del 2 novembre 2016, rese a seguito di ricorsi di incostituzionalità da parte dell'opposizione, di non poter sindacare tali decreti di emergenza.

Ma è il contenuto dei decreti che ha sollevato le maggiori preoccupazioni, portando a una netta presa di posizione della Commissione di Venezia (v. *Opinion* n. 865/2016 del 12-12-2016 e *Opinion* n. 872/2017 del 13-3-2017).

Tali decreti hanno determinato il licenziamento di migliaia di dipendenti pubblici (circa 150.000 secondo il Consiglio d'Europa), compresi giudici e docenti universitari, la chiusura di giornali, radio, televisioni, di scuole, fondazioni, associazioni. Risalta particolarmente la stretta sulle università: viene stabilito che tutti i rettori siano nominati dal presidente della Repubblica, mentre il numero dei docenti licenziati (senza diritto alla pensione e con sospensione del passaporto) ammonta a diverse migliaia. Tra di essi sono compresi 312 "Academics for Peace". Ben 84 dei 330 accademici licenziati col decreto del 7 febbraio 2017 fanno parte degli "Academics for Peace". Tra di loro figura anche il professor Ibrahim Kaboğlu, dell'Università di Marmara a Istanbul, già presidente dell'Associazione turca per le ricerche di diritto costituzionale e membro del Consiglio direttivo della *International Association of Constitutional Law*. Il professor Kaboğlu, oltre che un docente amatissimo dai suoi studenti e uno studioso apprezzato in tutto il mondo, è anche uno strenuo difensore dei diritti umani, molto esposto sui *mass media*. In particolare, in questi mesi si sta opponendo alla revisione costituzionale ed è divenuto uno dei bersagli del Governo di Erdoğan.

Quel che è evidente è che, con il pretesto di combattere i seguaci di Fetullah Gülen, accusato di essere all'origine del tentativo di colpo di Stato, in realtà il Governo si sta sbarazzando di tutti i suoi oppositori, tra i giudici, nelle università, nei ministeri, nell'esercito, nella stampa e negli altri mezzi di comunicazione. È difficile immaginare come una corretta campagna referendaria possa svolgersi in un clima di questo tipo. A

riprova di ciò, va aggiunto che il decreto-legge n. 687, dell'8 febbraio 2017, ha sottratto al Consiglio elettorale supremo (l'autorità indipendente che si occupa dello svolgimento delle elezioni e dei referendum) il potere di sanzionare le emittenti che non rispettino le norme sulla distribuzione degli spazi nella campagna elettorale e ha liberalizzato le pubblicità elettorali sulle reti private.

Quanto alla revisione costituzionale, anche qui sia sufficiente menzionare alcuni dati assai sintetici (che sono pienamente sviluppati nel parere della Commissione di Venezia, *Opinion* n. 875/2017 del 13-3-2017), sia a livello di procedimento che di contenuti.

La legge costituzionale n. 6771, approvata il 21 gennaio 2017 con 339 voti favorevoli su 550 (quindi ottenendo i necessari 3/5 per poter essere sottoposta al referendum, sulla base dell'art. 175) è il risultato di un procedimento estremamente rapido, consumatosi in poche settimane (il disegno di legge era stato presentato dalla maggioranza parlamentare il 10 dicembre 2016), senza alcuna consultazione e partecipazione pubblica, in un clima di scontro tra maggioranza e opposizione e nella violazione delle norme del regolamento parlamentare e della Costituzione sul voto segreto. Ma, quel che è più grave, la revisione è avvenuta durante lo stato di emergenza, in un clima generale di paura e di intimidazione sulla base delle "purghe", del divieto di manifestare nelle vie della capitale decretato dal governatore di Ankara e in presenza delle limitazioni della libertà di espressione e della persecuzione degli stessi parlamentari già in essere prima del tentato colpo di Stato.

Circa i contenuti della revisione, risaltano due principali aspetti: da un lato la iperpresidenzializzazione, dall'altro la limitazione dell'indipendenza del potere giudiziario. L'attuale forma di governo semipresidenziale verrebbe infatti trasformata in forma di governo presidenziale, ma in assenza dei *checks and balances* dell'esperienza statunitense. Per fare soltanto alcuni esempi, il presidente, unico titolare del potere esecutivo, eletto per un mandato di cinque anni rinnovabili una volta, sarebbe sempre eletto contestualmente all'Assemblea legislativa monocamerale, secondo il principio *simul stabunt simul cadent*. Ma mentre il presidente potrebbe in qualsiasi momento sciogliere l'Assemblea (con la conseguente cessazione anche del proprio mandato), quest'ultima per autosciogliersi, determinando anche nuove elezioni presidenziali, avrebbe bisogno della maggioranza dei 3/5. Inoltre, se tale autoscioglimento avvenisse nel secondo mandato del presidente, questi potrebbe correre per un terzo mandato, e se l'ipotesi si ripetesse, per un quarto ecc. Il presidente disporrebbe di enormi poteri: proclamare lo stato di emergenza; adottare decreti-legge di emergenza (fonti primarie che possono intervenire in qualsiasi materia); adottare decreti su molte materie (la forza di tali decreti non è chiara; sembra ci sia una divisione di competenza tra leggi e decreti, ma in molti campi in assenza della legge potrebbero sempre e comunque intervenire i decreti); porre il veto su qualsiasi legge (che potrebbe essere superato soltanto a maggioranza assoluta); nominare e revocare i suoi vicepresidenti, i ministri e gli alti funzionari dello Stato. Ancora più grave è l'ulteriore incremento del ruolo che un presidente siffatto avrebbe per quanto riguarda le nomine nel potere giudiziario e nella Corte costituzionale. Già la Costituzione attuale riconosce al presidente un significativo potere al riguardo, ma va ricordato che si tratta del presidente di una Repubblica

parlamentare. Il Consiglio dei giudici e dei procuratori, composto di 13 membri, sarebbe presieduto dal ministro della giustizia e ne sarebbe membro di diritto anche il sottosegretario alla giustizia (entrambi nominati dal presidente). Ad essi si aggiungerebbero altri 11 membri scelti tra diverse categorie di giudici, pubblici ministeri, professori universitari: 4 nominati direttamente dal presidente, 7 eletti dal Parlamento a maggioranza dei 3/5. In totale, il presidente potrebbe nominare direttamente 6 membri su 13, e dato che deterrà necessariamente la maggioranza nel Parlamento, non è improbabile che ne ottenga un altro (o più) arrivando a controllare agevolmente il Consiglio e pertanto la magistratura. Quanto alla Corte costituzionale, i suoi componenti passerebbero da 17 a 15 come conseguenza dell'abolizione dei giudici militari in tempo di pace (questa è l'unica modifica formale), ma la trasformazione della figura del presidente enfatizzerebbe ulteriormente i problemi già oggi esistenti nella sua composizione: ben 12 giudici di nomina presidenziale e tre di nomina parlamentare (che possono essere eletti, dopo i primi due scrutini, con maggioranza semplice), scelti sulla base di terne di nomi, la maggioranza delle quali indicate dalle giurisdizioni superiori (esse stesse grandemente a rischio vista la composizione del Consiglio dei giudici e procuratori).

5. – Mi pare che queste vicende forniscano innumerevoli spunti di riflessione per i costituzionalisti. Mi limito a segnalarne due.

Innanzitutto, come accennavo all'inizio, c'è la questione della incapacità, da parte dello Stato costituzionale, di resistere agli attacchi che vengano portati a colpi di maggioranza alle sue strutture fondamentali: possiamo certamente sottolineare la fragilità dello Stato di diritto in Turchia, costruito incrementalmente anche grazie alla condizionalità europea, il fatto che non sia mai stato scardinato completamente il retaggio autoritario, insito ad esempio nella legislazione penale e nelle difficoltà di assicurare l'indipendenza della magistratura, ma il campanello d'allarme resta.

Resta perché, una volta che si utilizza il diritto, e soprattutto la revisione costituzionale, per smantellare i principi cardine del costituzionalismo, viene messa in discussione la stessa ragion d'essere dello Stato costituzionale. Ricordando il titolo del celebre saggio di Elster, su Ulisse e le sirene, la scena che si delinea sotto i nostri occhi mostra un Ulisse che si è sciolto dai lacci troppo deboli che lo legavano e in procinto di tuffarsi verso un mare popolato da attraenti, quanto pericolose, sirene.

Resta perché quella turca va ad affiancarsi ad altre involuzioni autoritarie avvenute o in corso, come quella ungherese e polacca, nonché alla insofferenza crescente, da parte dei populismi di tutti i colori e di tutti gli orientamenti, per i limiti al potere delle maggioranze politiche.

Inoltre, mi pare significativo che l'attacco allo Stato costituzionale in Turchia non sia avvenuto, direttamente, attraverso il prisma dei diritti fondamentali. La parte della Costituzione sui diritti rimane, per il momento, immutata, a testimonianza di quanto siano importanti anche nei regimi autoritari le costituzioni di facciata e di quanto sia pervasiva la retorica dei diritti umani. Ci si poteva forse immaginare, da parte di un partito islamista come l'AKP, un attacco frontale ai diritti della donna, o alla libertà di

coscienza. Non è escluso che questo sia all'orizzonte, ma la prima mossa è stata indirizzata contro la parte istituzionale della Costituzione, ovvero i *checks and balances* nella forma di governo e l'indipendenza della magistratura, elementi cardine dello Stato di diritto fin dalla sua origine ottocentesca.

In conclusione, che fare di fronte a queste nuove sfide, impensate fino a pochi anni fa, quando ci sembrava che le “magnifiche sorti e progressive” della democrazia costituzionale non potessero conoscere battute d'arresto?

Non pretendo qui di proporre risposte, ma soltanto di sottolineare la centralità di questa tematica – ovvero quella dell'attacco allo Stato costituzionale, in Turchia e altrove – per gli studiosi di diritto costituzionale e comparato. E la questione, strettamente legata, di chi possano o debbano essere i suoi difensori, a livello domestico e internazionale. Cercando di ricordare che non siamo meri osservatori, come potrebbero, forse, esserlo degli entomologi. Nella consapevolezza che attraverso la scelta dei nostri temi di ricerca, attraverso le nostre collaborazioni accademiche, attraverso il nostro contributo alla formazione dei giuristi, attraverso la nostra presenza nella società civile, siamo attori, anzi, siamo chiamati ad essere protagonisti dei fenomeni che studiamo

Siena, 29 marzo 2017



# Saggi



# Partecipazione ai processi decisionali ed accesso alla giustizia in materia ambientale: riflessioni a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia

di Massimo Pellingra Contino

**Abstract:** *Participation in decision making and access to justice in environmental matters: some reflections about the recent EUCJ case law* – This paper addresses the issue of the right of access to information, participation in decision making and access to justice in environmental matters, on the basis of the Aarhus Convention. The reflection arises from a dispute between the Lesoochranskezoskupenie VLK (Association for the Protection of Forests), and Obvodnyurad Trencin (district office in Trencin, Slovakia), about the instance of the association of recognition of status as a party in the administrative procedure. Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in conjunction with Article 9, par. 2 and 4, of the Aarhus Convention provides for the effective judicial protection of the rights attributed to an environmental organization that meets the requirements prescribed by Article 2, par. 5, of the Convention and Article 6, par. 3 of Directive 92/43/EEC on the conservation of natural habitats and of wild flora and fauna.

**Keywords:** Access; Information; Participation; Administrative procedure; Environmental organization.

11

## 1. Premesse

L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'art. 9, par. 2 e 4, della Convenzione di Aarhus<sup>1</sup>, sancisce il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva - in condizioni tali da garantire un ampio accesso alla giustizia - dei diritti tale da soddisfare i requisiti prescritti dall'art. 2, par. 5 della richiamata Convenzione nonché dal diritto dell'Unione, in particolare dall'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, come modificata dalla direttiva 2006/105/CE.

Sulla Convenzione di Aarhus si è sviluppata una giurisprudenza della Corte di

---

<sup>1</sup> L'Unione europea ha aderito alla Convenzione di Aarhus, che è stata approvata con decisione 2005/370/CE, del 17-2-2005. La citata Convenzione predispose un complesso di garanzie a tutela delle collettività interessate dagli effetti dei processi decisionali in materia ambientale e si pone in attuazione del decimo Principio della Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo del 1992 che si fonda su tre pilastri: l'accesso alle informazioni ambientali, la partecipazione ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale. Obiettivo della Convenzione è quello di incrementare il coinvolgimento dei cittadini sia nell'ambito della partecipazione ai procedimenti amministrativi, sia della ben più incisiva *judicial review*. Per una ricostruzione dello studio della materia ambientale, cfr. F. Fuentes Bodelon, *L'environnement comme system global, implications juridiques, Introduction au recueil de teste internationaux. Calidad de Vida, medio ambiente y ordenacion del territorio*, Madrid, 1983, 25 ss.

giustizia e del Tribunale, spesso chiamati ad interpretare il contenuto del regolamento (CE) n. 1367/2006, dedicato all'applicazione della Convenzione alle istituzioni e agli organi europei, nonché della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale.

Pertanto, oltre alle ipotesi di accesso alla giustizia in materia ambientale, la Corte di Giustizia e il Tribunale si sono pronunciati in materia di atti impugnabili ai sensi dell'art. 9 della Convenzione e di accesso alle informazioni ambientali, nonché sulla legittimazione al ricorso delle associazioni.

L'art. 47 e l'art. 6, par. 1, lettera b) della Convenzione di Aarhus, sono oggetto di disamina nel senso che ostano a un'interpretazione delle norme di diritto processuale nazionale secondo cui un ricorso contro il diniego ad un'associazione ambientale della qualità di parte nel procedimento amministrativo di autorizzazione di un progetto, non deve necessariamente essere esaminato nel corso dello svolgimento di quest'ultimo procedimento. Quest'ultimo può essere concluso definitivamente prima dell'adozione di una decisione giurisdizionale definitiva sulla qualità di parte, ed è automaticamente respinto, comportando la necessità per l'organizzazione di proporre un ulteriore ricorso al fine di ottenere tale qualità e sottoporre a controllo giurisdizionale il rispetto da parte delle autorità nazionali competenti dei loro obblighi derivanti dall'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43.

## 2. Il contenuto della pronuncia della Corte di Giustizia

Ciò premesso, al fine della trattazione della tematica è opportuno soffermarci sulla recente sentenza del 8 novembre 2016<sup>2</sup> per riflettere sul procedimento principale e sull'annessa questione pregiudiziale.

Il 28 aprile 2014 la Repubblica slovacca informava la Commissione europea della designazione del sito di Strážovské vrchy (Monti di Strážov, Slovacchia), di una superficie totale di circa 59 000 ettari, come zona di protezione speciale ai sensi della direttiva 79/409, in modo da garantire la conservazione e la riproduzione di alcune specie di uccelli di rilevanza europea, come il falco pellegrino (*falco peregrinus*).

Con la decisione 2008/218/CE, la Commissione in data 25 gennaio 2008, aveva adottato, secondo le prescrizioni della direttiva 92/43, un primo elenco aggiornato di siti di importanza comunitaria per la regione biogeografica alpina. Una parte del suddetto sito, di una superficie di circa 29 000 ettari, era stata iscritta nell'elenco dei siti di importanza comunitaria.

Il 18 novembre 2008 la LZ era stata informata dell'avvio, da parte dell'Ufficio distrettuale di Trenčín, di un procedimento amministrativo relativo a una domanda, proposta dalla Bielypotoka.s., di autorizzazione di un progetto di costruzione di una recinzione al fine di ampliare una riserva per l'allevamento di cervi, su parcelle situate nel sito protetto di Strážovské vrchy.

La LZ, a seguito della comunicazione del verbale della fase orale del procedimento e dei documenti preparatori della decisione di rilascio dell'autorizzazione richiesta, chiedeva la sospensione del procedimento amministrativo, alla luce della sussistenza di elementi contrari al rilascio di un'autorizzazione.

---

<sup>2</sup> Corte di Giustizia dell'UE (grande sezione), sent. 8-11-2016, causa C-243/15, *Lesoochránárske zoskupenie VLK c. Obvodný úrad Trenčín*.

Si trattava di un'autorizzazione fondata su documenti di cui alle osservazioni della *Štátna ochrana prírody – Správa CHKO* (Autorità pubblica per la tutela dell'ambiente – Servizio relativo alle aree naturali protette, Slovacchia), presentate in data 3 dicembre 2008. Successivamente, con decisione del 23 aprile 2009, l'Ufficio distrettuale di Trenčín respingeva la domanda della LZ atta ad ottenere il riconoscimento della qualità di parte nel procedimento amministrativo di autorizzazione poiché la normativa applicabile riconosceva alle associazioni con personalità giuridica quali la LZ soltanto la qualità di «terzo interessato» e non quella di «parte nel procedimento».

Con decisione del 1 giugno 2009, divenuta definitiva il 10 giugno 2009, il ricorso amministrativo gerarchico proposto dalla LZ avverso tale decisione era respinto dal *Krajský úrad životného prostredia v Trenčíne* (Ufficio regionale per l'ambiente di Trenčín, Slovacchia) per il medesimo motivo.

Con decisione del 10 giugno 2009, divenuta definitiva il 19 giugno 2009, l'Ufficio distrettuale di Trenčín rilasciava l'autorizzazione richiesta dalla Bielypotok.

L'11 giugno 2009, la LZ proponeva ricorso avverso le decisioni di cui al procedimento principale dinanzi al *Krajský súd v Trenčíne* (Tribunale regionale di Trenčín, Slovacchia), al fine di ottenere la qualità di parte nel procedimento amministrativo in forza dell'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus.

Il Tribunale regionale di Trenčín, sospeso il procedimento in attesa della pronuncia da parte della Corte della sentenza dell'8 marzo 2011, *Lesoochránárske zoskupenie (C-240/09)*, con decisione del 23 agosto 2011, annullava le decisioni di cui al procedimento principale, soprattutto sulla base delle argomentazioni logico-giuridiche della richiamata sentenza.

Con decisione del 26 gennaio 2012, il *Najvyšší súd Slovenskej republiky* (Corte Suprema della Repubblica slovacca, Slovacchia), annullava la decisione del 23 agosto 2011 del *Krajský súd v Trenčíne* (Tribunale regionale di Trenčín) e rinviava la causa dinanzi a tale giudice.

Dalla pronuncia del 26 gennaio 2012 si deduceva che, ai sensi della normativa processualcivile slovacca, successivamente alla chiusura definitiva nel merito di un procedimento amministrativo, avvenuta a seguito della decisione del 10 giugno 2009 dell'Ufficio distrettuale di Trenčín in merito all'accoglimento della domanda di autorizzazione, non fosse più necessario il controllo giurisdizionale autonomo della decisione di rigetto della qualità di parte in un procedimento amministrativo.

La *ratio* logico-giuridica si radica sulla circostanza che i diritti procedurali siano esercitabili soltanto nell'ipotesi di procedimento ancora pendente e non definito; il richiedente detta qualità non può più avvalersene una volta che tale procedimento si sia concluso definitivamente nel merito.

Ed anche se il procedimento giurisdizionale relativo al riconoscimento di tale qualità deve essere concluso, la persona interessata deve essere avvisata della facoltà di rivestire la qualità di parte nel procedimento proponendo un ricorso in qualità di «parte pretermessa» - secondo le previsioni dell'art. 250 (b), par. 2, cpp. - da esperire nel termine legale di tre anni di cui all'art. 250 (b), par. 3, del codice *de quo*.

Con decisione del 12 settembre 2012, il *Krajský súd v Trenčíne* (Tribunale regionale di Trenčín), annullava di nuovo le decisioni di cui al procedimento principale.

Secondo l'Ufficio distrettuale di Trenčín, il procedimento giurisdizionale

relativo alla domanda volta ad ottenere la qualità di parte di tale procedimento amministrativo non era ancora concluso in via definitiva. Pertanto, secondo le motivazioni giudiziali fino alla pronuncia in via definitiva, il procedimento sulla domanda di autorizzazione avrebbe dovuto essere sospeso.

Con decisione del 28 febbraio 2013, il Najvyšší súd Slovenskej republiky (Corte Suprema della Repubblica slovacca), annullava la decisione del 12 settembre 2012 del Krajský súd v Trenčine (Tribunale regionale di Trenčín) per i medesimi motivi di cui alla sua decisione del 26 gennaio 2012. Con decisione del 23 novembre 2013, il Krajský súd v Trenčine (Tribunale regionale di Trenčín) respingeva la domanda di concessione della qualità di parte nel procedimento proposta dalla LZ e relativamente alla possibilità di avanzare la richiesta della qualità di parte nel procedimento proponendo un ricorso quale «parte pretermessa» in forza dell'art. 250 (b), par. 2, del codice di procedura civile, dato che, nel frattempo, era scaduto il termine di tre anni di cui all'art. 250 (b), par. 3, di tale codice.

Il giudice del rinvio considerava che, alla luce della sentenza dell'8 marzo 2011, Lesoochránárske zoskupenie poneva il quesito se, in un caso come quello di cui al procedimento principale e relativo ai diritti di cui i soggetti godono ai sensi dell'ordinamento dell'Unione, in forza dell'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43, *il diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva, sancito dall'art. 47 della Carta, e l'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente<sup>3</sup> perseguito tanto da tale direttiva quanto dall'art. 9 della Convenzione di Aarhus, siano stati rispettati.*

Il giudice del rinvio si poneva a favore di una interpretazione del diritto processuale nazionale nel senso che il procedimento amministrativo di concessione di un'autorizzazione non potesse continuare né concludersi definitivamente, fino al momento dell'adozione di una decisione giurisdizionale definitiva relativa alla domanda volta al riconoscimento della qualità di parte in tale procedimento amministrativo<sup>4</sup>.

Il proseguimento del procedimento amministrativo, come rilevato dai giudici della Corte di Giustizia, e relativo alla domanda di autorizzazione, avrebbe potuto non rispettare il principio del contraddittorio. Soltanto colui che richiedeva l'autorizzazione era parte in seno al procedimento e non poteva escludersi che, in deficit di partecipazione di organizzazioni od associazioni per la difesa dell'ambiente come la LZ, argomenti per la protezione dell'ambiente non fossero né discussi né

---

<sup>3</sup> Il legislatore comunitario non ha affrontato la questione della definizione dei livelli di protezione dell'ambiente, puntando l'attenzione sull'individuazione dei principi per la tutela effettiva dell'ambiente. La Cedu, peraltro, non attribuisce un pieno riconoscimento del diritto dell'uomo all'ambiente, ma ha favorito l'incremento di una giurisprudenza c.d. ambientale degli organi giurisdizionali della Convenzione medesima. In seno alla Cedu manca una disciplina specifica di tutela dell'ambiente ma gli organi di Strasburgo sono riusciti ad interpretare la tutela dell'ambiente. La Corte di Strasburgo è giunta ad un riconoscimento della sussistenza di un diritto all'ambiente, nei termini di un diritto-dovere, in forza di una normativa e giurisprudenza europea che evidenzia l'incisività della protezione e della tutela dell'ambiente all'interno della sfera dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, nonché attraverso l'elevazione ad interesse nell'accezione di contemperamento tra interessi individuali e collettivi. Cfr. per quanto concerne l'ordinamento italiano, L. Mariotti, *La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Studi in memoria di F. Piga*, I, Milano, 1992, 584; P. Salvatore, *Il problema della legittimazione: interesse legittimo, interesse diffuso, interesse di fatto*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Roma, 1989, 498 ss.; F.G. Scoca, *Interessi protetti*, in *Enc. giur.*, 1989, XVIII, 1.

<sup>4</sup> A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

argomentati, con la conseguenza che non sarebbe stato raggiunto l'obiettivo principale procedimentale e cioè di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente<sup>5</sup>.

A contrario, si sarebbe potuto ritenere che il proseguimento del procedimento amministrativo relativo alla domanda di autorizzazione, anche qualora sia pendente il procedimento giurisdizionale relativo a una domanda di riconoscimento della qualità di parte nel procedimento, consente un trattamento particolarmente rapido di detta domanda di autorizzazione. Se tale procedimento amministrativo non potesse proseguire senza che sia stato definitivamente statuito sulle azioni giurisdizionali relative all'ottenimento di tale qualità, il richiedente l'autorizzazione potrebbe contestare agli organi amministrativi un trattamento iniquo.

Najvyšší súd Slovenskej Republiky (Corte Suprema della Repubblica slovacca), decideva quindi di sospendere il giudizio e di porre innanzi alla Corte di giustizia la sopra richiamata questione pregiudiziale.

Il giudice del rinvio chiedeva se l'art. 47 della Carta, congiuntamente all'art. 9 della Convenzione di Aarhus, debba essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, esso osta ad un'interpretazione delle norme di diritto processuale nazionale secondo la quale un ricorso contro una decisione con cui è negata a un'organizzazione per la tutela dell'ambiente la qualità di parte in un procedimento amministrativo di autorizzazione di un progetto, non deve necessariamente essere esaminato durante lo svolgimento di tale procedimento, che può essere concluso in modo definitivo prima che venga adottata una decisione giurisdizionale definitiva sulla qualità di parte, ed è automaticamente respinto non appena tale progetto è autorizzato, costringendo detta organizzazione a proporre un ricorso differente per ottenere tale qualifica e sottoporre a un controllo giurisdizionale il rispetto da parte delle autorità nazionali competenti dei loro obblighi derivanti dall'art. 6, par. 3, di detta direttiva.

Alla luce dell'oggetto della questione pregiudiziale, interessante è, in forza dell'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43, la valutazione delle incidenze<sup>6</sup> sul sito interessato del piano o progetto prima della sua approvazione e di tutti gli aspetti del piano o progetto tali da - singolarmente o contestualmente ad altri piani o progetti - pregiudicare gli obiettivi di conservazione di tale sito.

Come noto, infatti, l'autorizzazione ad attività su sito protetto ha luogo soltanto a condizione che si accerti l'assenza di effetti pregiudizievoli per l'integrità del suddetto sito.

Come si evince dal ragionamento logico-giuridico della Corte, ciò avviene quando non sussistono dubbi ragionevoli sulla presenza di tali effetti<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. D. Amirante, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Napoli, 2003; *Id.*, *Ambiente e principi costituzionali nel diritto comparato, Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, Milano, 2000, *passim*; M. Zinzi, *La charte de l'environnement française tra principi e valori costituzionali, Profili di diritto comparato*, 2011, 87-90; E. Capaccioli, A. dal Diaz, *Ambiente (Tutela dell')*, in *Noviss. Dig.it.*, Appendice, 1980, 257 ss.; A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 32 ss.; T. Martines, *L'ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in V. Pepe (a cura di), in *Pol. leg. Amb.*, 1996, 20 ss.; G.F. Scoca, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quad. reg.*, 1989, 547 ss.

<sup>6</sup> M. Benozzo, F. Bruno, *La valutazione di incidenza. La tutela della biodiversità tra diritto comunitario, nazionale e regionale*, in *Quad. riv. giur. amb.*, 2009, 172 ss.

<sup>7</sup> Cfr. sent. del 24-11-2011, C-404/09, *Commissione c. Spagna*, p.to 99, nonché del 14-1-2016, C-399/14, *Grüne Liga Sachsen e a.*, p.ti 49 e 50.

L'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43 contribuisce alla realizzazione dell'obiettivo perseguito dalle misure adottate, e cioè – secondo l'art. 2, par. 2, della stessa direttiva – assicurare il mantenimento o il ripristino<sup>8</sup>, in uno stato di conservazione soddisfacente, degli habitat naturali e delle specie di fauna e flora selvatiche di interesse dell'Unione e, dell'obiettivo più generale della stessa direttiva, volto a garantire un livello elevato di protezione dell'ambiente per quanto riguarda i siti protetti in forza della stessa<sup>9</sup>.

È incompatibile con il carattere vincolante di cui all'art. 288 TFUE escludere che gli obblighi imposti dalle direttive possano essere fatti valere dagli interessati. I singoli possono avvalersi della direttiva 92/43 dinnanzi al giudice; i giudizi nazionali possono considerare tale direttiva in modo da controllare se l'autorità nazionale che ha rilasciato un'autorizzazione relativa a un piano o a un progetto abbia rispettato gli obblighi ad essa incombenti in forza del richiamato art. 6, par. 3 e sia pertanto rimasta entro i limiti di discrezionalità conferiti alle autorità nazionali competenti da tale disposizione<sup>10</sup>.

Secondo quanto previsto dall'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43, in combinato disposto con l'art. 6, par. 1, lettera b), della Convenzione di Aarhus, le autorità nazionali competenti, prima di dare il loro accordo a un piano o a un progetto devono, se del caso, chiedere il parere dell'opinione pubblica.

Quest'ultima disposizione prevede che le disposizioni dell'art. 6 della Convenzione di Aarhus in materia di partecipazione del pubblico alle decisioni su determinate attività, si applicano qualora si tratti dell'adozione di decisioni relative ad attività non elencate nell'allegato I che possano avere effetti significativi sull'ambiente. Come risulta dall'art. 6, paragrafi 3, 4 e 7, si conferisce al pubblico, in particolare, il diritto di partecipare «effettivamente al processo decisionale in materia ambientale<sup>11</sup>», presentando, «per iscritto o, a seconda dei casi, in occasione di audizioni o indagini pubbliche in presenza del richiedente, eventuali osservazioni, informazioni, analisi o

---

<sup>8</sup> Cfr. C. Malinconico, *I beni ambientali*, Padova, 1991, 307 ss. secondo l'A., la legge n. 309/1986 conferisce alle associazioni riconosciute una posizione differenziata e qualificata rispetto agli altri soggetti. Cfr. anche G. Endrici, *La tutela dell'ambiente umano*, in *Dir. pubbl.*, 2004, I, 303 ss. che invece si sofferma sul ruolo dei cittadini in materia di responsabilità ambientale, discute “della relazione di cittadinanza amministrativa, con il corollario di diritti e doveri che ne consegue; del diritto dell'informazione ambientale, della elaborazione e rappresentazione delle domande rivolte alla politica sui temi dell'ambiente, del principio di sussidiarietà orizzontale”.

<sup>9</sup> A. Conio, F. Dinelli, *Tutela della biodiversità e protezione della natura e del mare*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 369-386. La protezione della natura si concretizza nella tutela della biodiversità, in inglese *biodiversity*, che dal punto di vista etimologico designa la varietà delle specie, degli ecosistemi e del loro patrimonio genetico, attenzionati sia dall'ordinamento internazionale sia da quello comunitario. Quest'ultimo più specificamente ha avuto un ruolo preponderante nell'adozione di atti normativi recepiti dal diritto interno, dai quali ha avuto *incipit* una rete europea di siti d'interesse naturalistico.

<sup>10</sup> Cfr. sent. 7-9-2004, C-127/02, *Waddenvereniging e Vogelbeschermingsvereniging*, p.ti 66 e 69.

<sup>11</sup> Cfr. in Italia, L. Carbonara, *Il principio di partecipazione nel procedimento ambientale*, in *Giust. amm., Riv. dir. pubbl.*, 16-12-2012; S. Marchisio, *Il diritto internazionale dell'ambiente*, in G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2008, 6 ss. J. Harrison *Legislazione ambientale e libertà di informazione: la Convenzione di Aarhus*, in *Riv. giur. amb.*, 2000, 1, 27-46; R. McCracken, G. Jones, *The Aarhus Convention*, in *Journal of Planning & Environment Law*, London, 2003, 802 ss.; R. Montanaro, *La partecipazione ai procedimenti in materia ambientale*, in *Il diritto all'ambiente salubre: gli strumenti di tutela. Lo status quo e le prospettive*, Milano, 2005, 188-222, ID., *L'ambiente e i nuovi istituti della partecipazione*, in A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002, 119-131.

pareri da esso ritenuti rilevanti ai fini dell'attività proposta». Tale partecipazione deve avvenire «in una fase iniziale, quando tutte le alternative sono ancora praticabili e tale partecipazione può avere un'influenza effettiva».

Nel procedimento principale la LZ, che ai sensi dell'art 2, par. 5, della Convenzione di Aarhus rientra nella nozione di «pubblico interessato» rientra anche nella nozione di «pubblico» secondo quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione medesima.

Se - come noto nel caso *de quo* - il progetto di costruzione di una recinzione su un sito protetto non rientra nelle attività di cui all'allegato I della Convenzione di Aarhus, l'avvio di un procedimento di autorizzazione di tale progetto (ai sensi dell'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43) si pone alla base della necessità per le autorità di valutare la rilevanza degli effetti di detto progetto sull'ambiente.

L'applicazione dell'art. 6 della Convenzione di Aarhus è disciplinata dal diritto nazionale della parte contraente interessata, con riguardo alle modalità della partecipazione del pubblico esplicitata dall'art.6, senza rimettere in causa il diritto di partecipazione conferito a un'organizzazione per la tutela dell'ambiente come la LZ, nei limiti in cui, nell'ambito procedimentale, debba essere adottata una delle decisioni di cui all'art. 6, par. 3, della direttiva Habitat.

La domanda di pronuncia pregiudiziale alla base della sentenza verte sull'interpretazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 9 della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, sottoscritta ad Aarhus il 25 giugno 1998 ed approvata a nome della Comunità europea con la decisione 2005/370/CE del Consiglio del 17 febbraio 2005.

### **3. La partecipazione tra tutela dell'ambiente e biodiversità**

La richiamata domanda è stata presentata in seno ad una controversia tra la Lesoochranarskezoskupenie VLK (Associazione per la protezione delle foreste), organizzazione di diritto slovacco per la tutela dell'ambiente e l'ObvodnyuradTrencin (Ufficio distrettuale di Trencin, Slovacchia), in merito all'istanza dell'associazione *de qua* volta al riconoscimento della qualità di parte nel procedimento amministrativo relativo ad una richiesta di autorizzazione di un progetto di costruzione di una recinzione nell'ottica dell'ampliamento di una riserva per animali selvatici su un sito protetto.

Già oggetto di una apposita Convenzione stipulata a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992 per la cui attuazione ha avuto luogo tra l'altro la dodicesima Conferenza delle Parti tenutasi a Pyeongchang dal 6 al 17 ottobre 2014, la salvaguardia della biodiversità è uno degli obiettivi primari del settimo Programma d'azione comunitaria in materia di ambiente ed è oggetto della c.d. "Strategia sulla biodiversità fino al 2020", adottata dalla Commissione Europea il 3 giugno 2011. L'idea di mettere in atto azioni e misure necessarie alla tutela della biodiversità ha trovato riscontro a livello nazionale con l'adozione nel 2010 della Strategia nazionale per la biodiversità.

La sentenza ivi annotata consente di soffermarsi in chiave comparatistica, sugli strumenti delle democrazie moderne atti a consentire ai privati di prendere parte ai procedimenti amministrativi e concorrere alla formazione delle decisioni pubbliche, nell'ottica di un approccio politico incentrato sulla circostanza di una non perfetta

omogeneità della biodiversità<sup>12</sup> a livello territoriale né su una medesima esposizione a rischio ambientale di tutti gli habitat e delle specie.

Al fine di preservare al meglio la biodiversità ed anche per attuare una tutela obbiettivizzata, il legislatore comunitario si è mosso verso la creazione di una rete di siti ad elevato valore naturalistico denominata Natura 2000, prevedendo in seno alla richiamata direttiva 92/43/CEE che qualsiasi piano o progetto suscettibile di incidere significativamente su un sito della rete Natura 2000 forma oggetto di una opportuna valutazione d'incidenza, tenendo conto degli obiettivi di conservazione del sito medesimo.

Ci si chiede pertanto se sia possibile rintracciare un concetto univoco di partecipazione astrattamente applicabile a tutti gli ordinamenti sulla base delle peculiarità distintive di ciascun ordinamento.

Uno degli aspetti cardine da analizzare è la modalità in cui la dottrina tradizionale, italiana<sup>13</sup>e straniera<sup>14</sup>, definisce il concetto di partecipazione al procedimento, contestualmente ad una indagine sui limiti di essa.

Si suole distinguere tra partecipazione interna al procedimento<sup>15</sup> (in via esemplificativa, presentazione di memorie, documenti, osservazioni da parte dei soggetti interessati) e partecipazione ai processi decisionali pubblici<sup>16</sup>, le cui radici non appartengono soltanto alle democrazie moderne ma anche a quelle antiche, e si basa sul principio della rappresentatività<sup>17</sup>.

Uno degli aspetti più significativi dell'attività "procedimentale" della P.A. afferisce comunque alla partecipazione dei privati. Per quanto concerne l'ordinamento giuridico italiano, all'argomento è dedicato l'intero Capo III della L. n. 241/1990 (artt. 7–13), rubricato "*Partecipazione al procedimento amministrativo*".

*Per generalia*, la normativa di diritto nazionale ed in particolare la l. n. 241/1990 s.m.i, salve alcune eccezioni, stabilisce la necessità della partecipazione al

<sup>12</sup> G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino, 1994; R. Pavoni, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004, *passim*; A. Simoncini, *Ambiente e protezione della natura*, Padova, 1996, *passim*; A. Fari, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013, 120 ss.

<sup>13</sup> S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004; M. Occhiena, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, 1993; M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000.

<sup>14</sup> P. Cane, *An introduction to administrative law*, Oxford, 1996; J.F. Garner, B.L. Jones, *Administrative Law*, London, 1986; E. Le Cornec, *La participation du public*, in *Rev. fr. dr. admin.*, 2006, 770 ss.

<sup>15</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 302: «possiamo poi aggiungere i poteri di partecipare al procedimento amministrativo: i documenti e le osservazioni che rappresentano il punto di vista del cittadino devono essere presi in considerazione dall'amministrazione precedente. Il titolare può così stimolare l'azione amministrativa, instaurando un dialogo che si conclude con l'emanazione del provvedimento».

<sup>16</sup> G. Annichiarico, *Contraddittorio e partecipazione: due principi di democrazia procedimentale*, in *Amministrativ@mente*, 8-9/2009; R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008; V. Denti, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 361 ss.; V. Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979, 58 ss.; A. Corasaniti, *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario* in *Riv. dir. civ.*, 1978, 196 ss.

<sup>17</sup> M. Occhiena, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. Cassese, *op. cit.*, 4128: «La partecipazione al procedimento amministrativo è l'istituto giuridico che permette ai soggetti non professionisti ... di intervenire nel corso di un processo decisionale svolto da un ente pubblico ... Questa tipologia di partecipazione, detta anche funzionale, si distingue da quella a carattere latu sensu politico ... caratterizzata da istituti di autogoverno e di democrazia diretta, di immissione degli utenti nelle strutture organizzative di servizi e di inserimento stabile di soggetti rappresentativi di interessi in organi collegiali amministrativi»; M. D'Alberti, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000,1.

procedimento amministrativo dei soggetti, portatori di interessi pubblici o privati, nonché dei portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati<sup>18</sup>, ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento finale.

La disamina degli interessi giuridicamente rilevanti non può avvenire disgiuntamente da quella dei soggetti portatori, che come sottolineato in dottrina è *il presupposto perché un interesse nasca e diventi giuridicamente rilevante*<sup>19</sup>.

Al di là del fatto che l'interesse all'ambiente possa concretizzarsi come diritto soggettivo di matrice individuale, la natura dell'interesse stesso è connaturata all'essenza del territorio e delle collettività che ci vivono, come nel caso *de quo*.

In altri termini, si tratta di un interesse di portata generale di cui sono portatori gli enti esponenziali delle collettività di natura territoriale, portavoce di un interesse pubblico, cioè privo di una determinata tutela, di un interesse in conflitto con altri interessi privati, sottratti dall'ordinamento all'autonomia delle parti; è parimenti pubblico quell'interesse che non soltanto sia sottratto alla libera disponibilità delle parti ma che sia "funzionalizzato"<sup>20</sup>.

Accade che dell'interesse ambientale si facciano portatori soggetti più o meno costituenti dei gruppi, o associazioni che assumono l'interesse come proprio, attraverso una rappresentazione soggettiva di esso.

Come si scorge dalle argomentazioni *ut supra*, si instaura una relazionalità tra gruppi ed istituzioni che inizia dapprima da una mancata legittimazione per poi passare ad un riconoscimento parziale, per approdare alla condivisione piena e concreta e quindi democratizzata. È il fenomeno delle c.d. rappresentatività di categorie che caratterizza così come i sindacati dei lavoratori o dei datori di lavoro, le stesse associazioni e gruppi di organizzazione ambientaliste, la cui legittimazione si intende sia nell'accezione processuale sia procedimentale.

L'interesse pubblico è anche l'interesse riferibile all'attività istituzionale di un soggetto della P.A. o in via diretta – cioè perseguito direttamente dal soggetto pubblico – o in via indiretta – e quindi avvalendosi di un concessionario o di un appaltatore o comunque da un intermediario controllato dallo stesso soggetto pubblico o del soggetto privato titolare di un interesse partecipativo ai sensi degli artt. 7 e 10 della legge n. 241 del 1990, così come recentemente riformata.

Quanto delineato, consente di riflettere sul moderno significato di ambiente come valore, che richiede interventi concreti da parte dello Stato per la sua protezione. La predisposizione di misure a tutela dell'ambiente diviene *condicio sine qua non* per una tutela fattiva del cd. diritto ad un ambiente salubre<sup>21</sup>.

L'ambiente, ormai codificato<sup>22</sup>, è oggetto mediato di tutela e viene in

---

<sup>18</sup> G. Rossi, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi speciali e pubblico potere*, Napoli, 1979, 265 ss.; M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Scritti in onore di Mortati*, 1977, 859 ss.

<sup>19</sup> G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 23; G. Villanacci, *Il danno ambientale in ambito civilistico tra poche luci e molte ombre*, in F. Pastore (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Un approccio multidisciplinare*, Roma, 2015, 85-94; V. Caianiello, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, in *Foro amm.*, 1987, 1318 ss.; M.S. Giannini, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1122 ss.

<sup>20</sup> S. Giacchetti, *Privatizzazioni. La nuova dimensione dell'interesse pubblico*, in *Rass. giur. en. el.*, 1999, 693.

<sup>21</sup> N. Colacino, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi di giurisprudenza*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, 2, 54 ss.; F. Pastore, *op. cit.*, 13-26.

<sup>22</sup> F. Fonderico, *La codificazione del diritto all'ambiente in Italia: modelli e questioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 612 ss.; Id., *La muraglia e i libri: legge delega, testi unici e codificazione del diritto ambientale*, in *GdA*, 2005, 585 ss.; P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004,

considerazione quale mezzo per assicurare il rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo anche di matrice giusnaturalistica<sup>23</sup>: la qualità del primo è migliorata e protetta in quanto funzionale al miglior godimento dei secondi. La protezione dell'ambiente<sup>24</sup> oggi è un nuovo valore in grado di contribuire ad un più equo bilanciamento tra la tutela dei diritti umani come previsto dalla Cedu e il principio della garanzia delle posizioni giuridiche soggettive individuali.

Nell'accennato clima di profondo rinnovamento ideologico, culturale, giuridico e politico, si è avvertita da parte degli operatori del diritto l'esigenza di ricorrere all'utilizzo di nuovi modelli, in modo da permettere una flessibilità operativa più elastica nonché una certa trasparenza in seno alla gestione ed alla capacità di acquisizione di risorse finanziarie, tecniche ed organizzative in materia ambientale.

La dottrina italiana ha dibattuto sulla natura dei diritti soggettivi<sup>25</sup> e degli interessi legittimi<sup>26</sup>, sulla loro autonomia o funzionalizzazione, nonché sulle ipotesi di violazione tali da far scaturire obblighi risarcitori e sulla rappresentazione degli strumenti di tutela, per far valere il rispetto delle regole e dei principi che disciplinano le decisioni in materia ambientale, in seno ad un panorama giuridico-politico-istituzionale ibrido, elastico, liquido per usare un'espressione cara al sociologo Zygmunt Bauman<sup>27</sup>.

Nella complessa realtà internazionale, come sottolineato in alcuni indirizzi dottrinari, la società corre il rischio di disperdere il concetto stesso di costituzione, che deve essere intimamente legato a quello di costituzionalismo, per evitare di incorrere nella perdita di identità giuridica, di smarrire il senso della unità e dello scopo pratico, cioè il riconoscimento dei diritti fondamentali e la loro protezione<sup>28</sup>.

Oggi indirizzi giurisprudenziali e dottrinari condivisi riconoscono alla partecipazione al procedimento amministrativo<sup>29</sup> un autonomo fattore legittimante al ricorso avanti al giudice amministrativo.

10 ss.; M.A. Sandulli, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, *passim*.

<sup>23</sup> G. Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in *Analisi e diritto*, 1998, 203 ss.; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1945, Milano, 1952, appendice su "La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico".

<sup>24</sup> Nel linguaggio normativo l'ambiente non è definito né definibile, non ne sono precisate le condizioni d'uso, né è riconducibile ad enunciati prescrittivi. Sul punto cfr., M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1973, 1 ss., il quale, negando all'ambiente il rango di nozione giuridica, vi ravvisava soltanto la somma di una pluralità di profili giuridicamente rilevanti. Si trattava di una dottrina che trovava conferma nella disciplina positiva inizialmente molto frammentata. Per una disamina sull'evoluzione della nozione di ambiente, cfr. B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 1990, 19 ss.; G. Rossi, *op. cit.*, 11-29.

<sup>25</sup> A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, Vol. XI, 1988; A. Pace, *Diritti fondamentali al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, 3-11; A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.*, 1991, 639-658.

<sup>26</sup> P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, V ed., Torino, 2015, 117-123.

<sup>27</sup> Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2001.

<sup>28</sup> S. Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino, 2016, 45-81; Id., *Per una teoria interculturale dei diritti fondamentali e della Costituzione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 119-149. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013; V. Baldini, *Diritto, pluralismo culturale, Costituzione. La prospettiva storico-filosofica quale "precomprensione" per l'interpretazione dei valori costituzionale*, in V. Baldini (a cura di), *Multiculturalismo*, Padova, 2012.

<sup>29</sup> R. Villata, *Interesse ad agire*, in *Enc. giur.*, vol. VII, 1990.

#### 4. La partecipazione procedimentale e l'azione dei pubblici poteri

La composizione tra interesse ambientale ed altri interessi rilevanti è garantita attraverso strumenti di collegamento e integrazione tra procedimenti. L'istituto della conferenza di servizi, la disciplina dei procedimenti interessati e gli istituti che li caratterizzano sono posti al centro della tutela pubblicistica dell'ambiente. La scelta di concentrare nel procedimento le garanzie per i soggetti interessati all'ambiente ha reso più articolato e complesso l'iter amministrativo di avvio ed esercizio di molteplici attività incidenti sull'ambiente.

L'azione dei pubblici poteri a tutela dell'ambiente sembra caratterizzarsi oggi per il più elevato grado di procedimentalizzazione che essa assume anche nella complessa attività istruttoria ricca di apporti tecnici e partecipativi. La complessità e centralità di un'istruttoria tecnica e partecipata, come implicitamente si deduce dalla pronuncia che ivi si commenta, sono caratteristiche fondamentali dell'azione pubblica a tutela dell'ambiente.

La partecipazione nel procedimento svolge uno scopo sia di carattere difensivo sia collaborativo, con la facoltà di rappresentare nell'ambito del procedimento gli stessi interessi adducibili in un eventuale processo amministrativo. In altri termini, si anticipa in sede procedimentale il contraddittorio che avverrebbe solo in sede processuale.

Le informazioni apportate nel procedimento possono rivelarsi utili per l'istruttoria amministrativa, agevolandone la completezza. Pertanto, la partecipazione al procedimento amministrativo – come nel caso della pronuncia della grande sezione oggetto di analisi – ha la funzione di far emergere gli interessi sottesi all'azione amministrativa di natura comunque discrezionale<sup>30</sup>, in modo da orientare le scelte della P.A. attraverso una valutazione degli interessi in gioco per il raggiungimento della miglior soddisfazione possibile dell'interesse pubblico.

La giurisprudenza italiana tra l'altro ha rilevato che la partecipazione procedimentale<sup>31</sup> è volta alla effettiva e concreta realizzazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 della Costituzione e quindi, in ultima analisi, alla corretta e giusta formazione della volontà di provvedere da parte della pubblica Amministrazione.

La partecipazione procedimentale esprime l'esigenza di offrire uno strumento di collaborazione alla cura dell'interesse pubblico. Un diritto amministrativo povero di istituti partecipativi procedimentali non potrebbe mai garantire uno svolgimento corretto e fattivo dell'azione amministrativa.

La partecipazione del privato al procedimento non deve essere intesa in un'ottica negativa di ingolfamento dell'*agere* amministrativo poiché, come si è avuto modo di sottolineare, non va sottaciuta la rilevante funzione collaborativa dalla stessa assolta che permette alla Pubblica Amministrazione di comparare al meglio gli interessi sottesi e di giungere nel modo migliore alla decisione per il pubblico interesse.

La partecipazione diviene essa stessa strumento, non solo di garanzia, ma di

---

<sup>30</sup> M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 70 ss.; E. Follieri, *Situazioni giuridiche soggettive* in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 145-150; F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss. Cfr. altresì L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; D.J. Calligan, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999.

<sup>31</sup> R. Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 327-341.

raggiungimento del principio dell'efficienza dell'amministrazione.

È necessario inoltre rammentare che, in forza di una costante giurisprudenza, spetta ai giudici degli Stati membri, in forza del principio di leale cooperazione enunciato dall'art. 4, par. 3, TUE, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione. L'art. 19, par. 1, TUE prevede che gli Stati membri hanno il compito di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per garantire una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Per quanto riguarda le decisioni amministrative adottate nell'ambito dell'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43, tale obbligo deriva altresì dall'art. 47 della Carta.

Nell'ipotesi in cui uno Stato membro stabilisca norme di diritto processuale applicabili ai ricorsi vertenti sull'esercizio dei diritti conferiti a un'organizzazione per la tutela dell'ambiente dall'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43, in combinato disposto con l'art. 6, par. 1, lettera b), della Convenzione di Aarhus, lo Stato membro attua gli obblighi derivanti da tali disposizioni e si deve quindi considerare che attui il diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta.

La Corte di Giustizia affronta la tematica del diritto a un ricorso effettivo, stante che l'art. 19, par. 2, della Convenzione di Aarhus conferisce un diritto di ricorso alle organizzazioni per la tutela dell'ambiente purché soddisfino i requisiti di cui all'art. 2, par. 5 di tale Convenzione, ipotesi che ricorre nel caso della LZ, dato che il ricorso è diretto contro una decisione che rientra nell'ambito di applicazione di detto art. 9, par. 2 della menzionata Convenzione.

Come rilevato in seno alle argomentazioni dell'Avvocato generale al par. 80 delle sue conclusioni, le decisioni adottate dalle autorità nazionali che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43 rientrano, anche, nel campo di applicazione dell'art. 9, par. 2 della stessa, in quanto tali decisioni comportano che le autorità competenti valutino, prima di autorizzare una qualunque attività, se essa possa avere effetti significativi sull'ambiente.

La disposizione *de qua* contempla l'obiettivo di garantire un «ampio accesso alla giustizia» al pubblico interessato, che comprende le organizzazioni per la tutela dell'ambiente che soddisfano i requisiti prescritti dall'art. 2, par. 5, di tale convenzione come modificata dalla direttiva 2003/35/CE, che riprende in termini quasi identici l'art. 9, par. 2, della Convenzione di Aarhus.

In seno ai diritti che una siffatta organizzazione non governativa deve poter far valere nell'ambito di un ricorso ai sensi dell'art. 9, par. 2, della Convenzione di Aarhus rientrano le norme di diritto nazionale derivanti dall'art. 6 della direttiva 92/43. L'art. 9, par. 4, della Convenzione di Aarhus esige che le procedure di cui all'art. 9, par. 2, della stessa offrano rimedi «adeguati ed effettivi».

In mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, sono gli ordinamenti giuridici nazionali dei singoli Stati membri a dover stabilire le modalità procedurali per i ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione, fermo restando che gli Stati membri sono tenuti a garantire in ogni caso la tutela effettiva di tali diritti e, in particolare, il pieno rispetto del diritto a un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, sanciti dall'art. 47 della Carta<sup>32</sup>.

Si rammenta che l'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43 istituisce un procedimento di controllo preventivo fondato su un criterio di autorizzazione che, contenendo il

---

<sup>32</sup> V., in tal senso, le sent. dell'8-3-2011, C-240/09, *Lesoochránárskezoskupenie*, p.to 47, e del 15-9-2016, C-439/14 e C-488/14, *Star Storage e a.*, p.to 46.

principio di precauzione<sup>33</sup>, consente di prevenire efficacemente pregiudizi all'integrità dei siti protetti dovute ai piani o ai progetti proposti, dal momento che impone alle autorità nazionali competenti di negare l'autorizzazione di un piano o progetto qualora sussistano incertezze sull'assenza di effetti pregiudizievoli di tali piani o progetti per l'integrità di tali siti<sup>34</sup>.

Nel procedimento principale, la LZ ha partecipato al procedimento di autorizzazione nella sua qualità di «terzo interessato» in modo da far valere argomenti volti a dimostrare che il progetto in questione nel procedimento principale potesse pregiudicare l'integrità di un sito protetto, ma la qualità di «terzo interessato» non equivale a quella di «parte nel procedimento».

Nel caso della pronuncia oggi annotata, l'interpretazione del diritto processuale nazionale, contestata dalla LZ, non consente di garantire ad un'organizzazione come la LZ una tutela giurisdizionale effettiva delle varie prerogative inerenti al diritto di partecipazione del pubblico, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Aarhus.

Dalla documentazione processuale risulta che la qualità di «parte nel procedimento», qualora fosse stata concessa alla LZ, le avrebbe consentito di partecipare più attivamente all'iter decisionale sviluppando i suoi argomenti vertenti sui rischi di pregiudizio all'integrità del sito protetto da parte del progetto proposto, i quali peraltro avrebbero dovuto essere presi in considerazione dalle autorità competenti prima dell'autorizzazione e della realizzazione di tale progetto.

Il giudice del rinvio ha, peraltro, rilevato che, poiché solo il richiedente l'autorizzazione è a pieno titolo parte nel procedimento, non può escludersi che, in assenza di partecipazione al procedimento amministrativo di una organizzazione per la tutela dell'ambiente come la LZ in qualità di parte nel procedimento, argomenti tendenti alla tutela dell'ambiente non siano né presentati né presi in considerazione, con la conseguenza che l'obiettivo fondamentale previsto all'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43, ovvero quello di garantire un livello elevato di protezione dell'ambiente, non sarebbe raggiunto.

La qualità di «terzo interessato» della LZ riconosciuta nel procedimento principale, è insufficiente a far valere, nell'ambito di un ricorso, i suoi argomenti volti a contestare la legittimità della decisione di autorizzazione, dal momento che, per poter proporre un tale ricorso, è necessario avere la qualità di «parte nel procedimento».

Alla luce di quanto precede, l'art. 47 della Carta, in combinato disposto con l'art. 9, par. 2 e 4, della Convenzione di Aarhus, poiché sancisce il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, in condizioni che garantiscono un ampio accesso alla giustizia, dei diritti conferiti a un'organizzazione per la tutela dell'ambiente che soddisfi i requisiti prescritti dall'art. 2, par. 5, di tale convenzione dal diritto dell'Unione, nella specie dall'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43, in combinato disposto con l'art. 6, par. 1, lettera b), di detta convenzione, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come

---

<sup>33</sup> M. Marchese, *Il principio di precauzione tra luci ed ombre*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it); S. Grassi, A. Gragnani, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, 149 ss.; G. Di Cosimo, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 2006; L. Butti, *The precautionary principle in environmental law*, Milano, 2007, 99 ss.; G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1106. Sul principio di precauzione nell'ordinamento italiano vedi, S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 102 ss.

<sup>34</sup> V. le sent. del 7-9-2004, C-127/02, *Waddenvereniging e Vogelbeschermingsvereniging*, p.ti 57 e 58, nonché del 14-1-2016, C-399/14, *Grüne Liga Sachsen e a.*, p.to 48.

quella di cui al procedimento principale, osta a un'interpretazione delle norme di diritto processuale nazionale secondo la quale un ricorso contro una decisione recante diniego a un'organizzazione del genere della qualità di parte nel procedimento amministrativo di autorizzazione di un progetto che deve essere realizzato su un sito protetto ai sensi di tale direttiva, non deve necessariamente essere esaminato nel corso dello svolgimento di quest'ultimo procedimento, che può essere concluso in via definitiva prima che sia adottata una decisione giurisdizionale definitiva sulla qualità di parte, ed è automaticamente respinto non appena tale progetto è autorizzato, costringendo in tal modo tale organizzazione a proporre un ricorso di altro tipo per poter ottenere tale qualità e sottoporre a controllo giurisdizionale il rispetto da parte delle autorità nazionali competenti dei loro obblighi derivanti dall'art. 6, par. 3, di detta direttiva.

Dalla disamina della sentenza, si deduce che la protezione dell'ambiente richiama responsabilità individuali e preoccupazioni collettive<sup>35</sup>, stante l'inserimento della tutela dell'ambiente all'interno della sfera dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, nonché della medesima tutela come interesse generale in un'ottica di contemperamento tra interessi individuali e generali.

L'interpretazione della Corte Europea ha configurato la protezione dell'ambiente quale tutela riflessa alla lesione di taluni diritti e libertà individuali garantiti dalla CEDU. Risale agli inizi degli anni ottanta del Novecento, la dichiarazione di ammissibilità - da parte della Commissione EDU - di ricorsi individuali, sul presupposto di una protezione indiretta dell'ambiente operata in una società democratica in cui l'interesse generale può ben giustificare la restrizione dei diritti e delle libertà<sup>36</sup>.

## 5. Il concetto di partecipazione: profili di diritto comparato

Ciò premesso, è opportuno, in sede di analisi di dibattito scientifico, accennare ad alcune peculiarità proprie di taluni ordinamenti giuridici.

Si è preferito optare per una sintetica analisi del concetto di partecipazione facendo riferimento a taluni sistemi giuridici come quello italiano, francese, inglese e statunitense nonché tedesco e spagnolo in modo da ricostruire il concetto di partecipazione<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> M. De Salvia, M. Remus, *Ricorrere a Strasburgo. Presupposti e procedure*, Milano, 2011, 188-192. Di particolare interesse risulta il caso *L'erabliere A.S.B.L. c. Belgio*, 24-2-2009. La ricorrente, un'associazione *no profit* per la difesa dell'inquinamento della regione «Marche-Nassogne» in Belgio, ha proposto ricorso in annullamento avverso un permesso di urbanizzazione presentato dalla società cooperativa Indelux per l'estensione della capacità di una discarica superiore di un quinto rispetto alla capacità iniziale. Al rilascio del permesso di urbanizzazione da parte del Comune, l'associazione ha proposto ricorso al Consiglio di Stato per l'annullamento del provvedimento, con inibitoria dell'esecuzione. La ricorrente ha eccepito la violazione della direttiva n.85/337 sulla valutazione dell'impatto di alcuni progetti pubblici e privati sull'ambiente, della direttiva n.1999/31 sullo smaltimento dei rifiuti, del decreto dell'11 settembre 1985 riguardante la valutazione sull'impatto ambientale nella Vallonia, nonché della legge del 12 luglio 1973 sulla salvaguardia dell'ambiente. Il Consiglio di Stato ha dichiarato irricevibile il ricorso. L'associazione ha proposto ricorso innanzi la Corte di Strasburgo, per violazione del diritto di accesso ad un Tribunale, garantito dall'art. 6 della convenzione. La Corte ha accolto il ricorso in forza del fatto che nell'ipotesi in cui gli interessi difesi da un insieme di cittadini o da un'associazione mirano a contestare un atto lesivo dei propri interessi in relazione alle circostanze del caso, alla natura dell'atto impugnato, alle caratteristiche dell'associazione, allo scopo della sua attività, alla sua limitazione geografica, è possibile invocare l'applicabilità dell'art.6 della Convenzione.

<sup>36</sup> R. Della Seta, *La difesa dell'ambiente in Italia: storia e cultura del movimento ecologista*, Milano, 2010, 11-25.

<sup>37</sup> E. Gualmini, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Bari, 2003, in cui l'A. si sofferma sull'evoluzione dell'apparato amministrativo di cinque grandi democrazie contemporanee: Stati

Si tratta di una scelta dettata dall'intento di individuare quegli ordinamenti in cui si riconosce in particolare la partecipazione connessa alla rilevanza sempre più pregnante delle organizzazioni ed associazioni pubbliche e private. La tutela degli interessi legittimi prevista dalla legge 241/90 prevede che le stesse possibilità di partecipare al processo decisionale siano fornite sia ai singoli interessati sia alle associazioni che rappresentano interessi collettivi, laddove tali interessi possano essere eventualmente pregiudicati dalle decisioni in questione.

Il legislatore italiano ha riconosciuto alle associazioni di protezione ambientale la capacità di stare in giudizio anche nell'ipotesi in cui l'associazione stessa non sia direttamente danneggiata ed anche nel caso in cui non abbia un interesse legittimo diretto.

I requisiti cui le associazioni devono rispondere in Italia per ottenere il riconoscimento sono l'obiettivo di protezione nazionale, il carattere nazionale o la presenza almeno in cinque Regioni, l'ordine interno democratico, la continuità dell'azione e la sua rilevanza esterna.

A prescindere dalla rilevanza della presenza delle associazioni ambientali sul territorio, l'ordinamento italiano tutela e garantisce, da una parte, la posizione dei singoli di partecipare alle decisioni, facendo rilevare la propria posizione ed i propri interessi all'interno del procedimento; dall'altra parte, vi è l'esigenza per i poteri pubblici di assumere decisioni, relazionando e mediando tra le diverse posizioni giuridiche soggettive secondo le modalità più corrette.

Il dibattito giurisprudenziale e dottrinario è copioso; molto dibattuta è la questione, ad esempio, che riguarda i rapporti tra l'art. 10 *bis* e l'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 s.m.i.

Alcuni indirizzi in dottrina si muovono a favore dell'irrilevanza dell'omessa comunicazione di preavviso del rigetto dell'istanza, applicando la norma contenuta nell'art. 21 *octies* e facendo salvi quei provvedimenti che presentano un contenuto non diverso da quello che avrebbero avuto se la comunicazione fosse stata effettuata. Secondo altri, invece, deve essere *in primis* garantito il contraddittorio endoprocedimentale successivo alla comunicazione preventiva di rigetto, considerando il vizio relativo non sanabile<sup>38</sup>.

Si tratta di conclusioni confermate anche dall'evoluzione storica del diritto alla partecipazione<sup>39</sup>; il principio del giusto procedimento<sup>40</sup> è principio generale dell'ordinamento ma non principio costituzionale.

In Italia, le prime riflessioni sulla partecipazione alla vita pubblica si scorgono nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. che eliminava la tutela giurisdizionale dell'interesse

---

Uniti, Inghilterra, Francia, Spagna, Germania ed Italia. Sul punto cfr. G. Melis. *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996.

<sup>38</sup> Cfr. G. Gardini, L. Vandelli (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, 2013; S. Zaramella, *Omessa comunicazione e art. 21-octies della legge n. 241/1990*, in *Studium iuris*, 2006, 915 ss., con commento alla sentenza del TAR Puglia (LE), sez. I, 26-1-2006, n. 507.

<sup>39</sup> Cfr. M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 410, in cui discute di: «procedimenti di partecipazione nei termini testuali di «procedimenti (o più spesso subprocedimenti) dichiarativi, poiché ... non hanno come atto costitutivo un provvedimento, ma una dichiarazione partecipativa di conoscenza»; cfr. anche L. Zanobini *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954, 276: «con le richieste degli interessati l'autorità deve tenere conto anche delle opposizioni e deduzioni dei controinteressati, nei casi in cui queste sono ammesse».

<sup>40</sup> R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriguez, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 3 ss.

legittimo, consentiva alle parti coinvolte di prendere parte allo svolgimento delle decisioni, anche se la giurisprudenza del Consiglio di Stato, eccetto per la sussistenza di alcuni strumenti partecipativi, non prendeva in considerazione le istanze dei cittadini.

Con la legge sul procedimento amministrativo del 1990 s.m.i. è stato esteso il principio della partecipazione a tutti i procedimenti posti in essere dagli enti pubblici, salvo quelli espressamente esclusi dalla legge.

Ciò premesso, *quid iuris* per quanto concerne altri ordinamenti, come quello del Regno Unito? La partecipazione si traduce nel concetto di *consultation*<sup>41</sup>, che si caratterizza per la compresenza e partecipazione di un ampio numero di soggetti, e la possibilità che la decisione finale possa comportare effetti negativi sulle sfere giuridiche dei destinatari.

Non sussiste, in capo ai pubblici poteri<sup>42</sup>, un obbligo di consultare i soggetti privati prima di assumere una decisione, anche se la giurisprudenza ha scorto una serie di ipotesi nelle quali la consultazione si rende necessaria, prevedendo in caso contrario addirittura la delegittimazione dell'utilizzo di quel potere e l'invalidità dell'atto adottato.

In realtà, nel diritto inglese non si conoscono particolari modelli e forme di partecipazione alle decisioni pubbliche o comunque azioni esercitabili da associazioni, gruppi di soggetti, portatori di particolari interessi da rappresentare a livello locale, affinché possano contribuire alle decisioni che li concretamente li riguardano.

Ciò ci permette, nell'ottica comparatistica, di riflettere, ad esempio, sull'ordinamento francese, che si caratterizzava per un modello di amministrazione autoritaria, che limitava o escludeva del tutto la partecipazione dei soggetti privati e si incentrava sul concetto di accentramento di potere. Esso prevedeva un modello di amministrazione gerarchizzata e funzionalizzata al potere regio, con notevoli refluenze sulla tipologia di rapporto tra poteri pubblici e cittadini<sup>43</sup>.

In Francia, come anche nel Regno Unito, la predisposizione di adeguate procedure tese al coinvolgimento del pubblico nella partecipazione ai procedimenti ambientali, è intervenuta a colmare i vari contrasti e conflittualità connesse alle grandi decisioni pubbliche, tali da avere refluenze sull'ambiente.

Nei citati sistemi giuridici sono presenti procedure partecipative che si caratterizzano per tempestività e per essere gestite da apposite autorità amministrative indipendenti. Nell'esperienza francese, sin dal XIX secolo, la partecipazione viene in via esemplificativa garantita dall'istituto dell'*enquête publique*,

---

<sup>41</sup> Si fa uso della *consultation* soprattutto nei lavori preparatori degli atti normativi, ad esempio attraverso la pubblicazione di *Green Papers* e *White Papers*, che consentono alle parti interessate di conoscere l'iter del dibattito parlamentare ed esercitare azioni tese al riconoscimento delle proprie posizioni. Cfr. L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford-Portland, 2004, in part. 127 ss.: J. Beatson, M. Matthews, *Administrative Law: cases and materials*, Oxford, 1989, 780 che testualmente riferisce «Public local inquiries are an important feature of the British administrative process. Their most significant, but by no means their only, use is as part of the land-use planning process. ... By contrast with the process of much governmental rule-making, the land-use planning process is highly formalized and allows interested individuals and groups to have a say before decisions are made that will affect their rights and interests».

<sup>42</sup> P. Cane, *An introduction to administrative law*, Oxford, 1996, 194.

<sup>43</sup> G. Sgueo, *La partecipazione dei privati al procedimento. Profili comparati*, in *diritto.it*, 12-4-2007; R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, 2001, 485: «Lorsqu'elle est facultative, l'autorité compétente apprécie librement si elle doit y procéder. C'est pour elle une question d'opportunité ... Mais la consultation, quand elle a lieu, ne doit être un faux-semblant en aucun cas, c'est-à-dire même s'il s'agit d'une consultation facultative».

sub-procedimento dalla finalità istruttoria e partecipativa condotto da un organo terzo rispetto all'amministrazione decidente.

Le differenze concernono il tipo di amministrazione che svolge le consultazioni: quella locale nel caso inglese e le autorità nazionali o indipendenti, nel sistema giuridico francese. Quest'ultimo garantisce la partecipazione attraverso *organismes consultatifs*<sup>44</sup> come accade in materia ambientale.

Nel caso invece statunitense, in materia di accesso alla giustizia e di giusto processo, oltre che di giusto procedimento, si prendono in considerazione alcuni principi tra cui quello del *due process*<sup>45</sup> contemplato dalla Costituzione.

Altro aspetto di rilievo, analogamente al Regno Unito, concerne la preminenza del ruolo dell'attività normativa<sup>46</sup>. La circostanza che la *due process clause*<sup>47</sup> sia contemplata dalla Costituzione ha comportato che l'istituto della partecipazione giustificasse la supremazia dei poteri pubblici rispetto ai cittadini in quanto singoli o come facenti partii di un gruppo portatore di interessi diffusi o collettivi.

Questa differenza si riflette sulla partecipazione, che, nel caso americano, viene assicurata interpretando la *due process clause* come una garanzia anzitutto procedimentale<sup>48</sup>.

Anche in seno all'ordinamento europeo, tra i principi che informano l'attività amministrativa, si scorge quello del *duty of care*, ovvero l'obbligo di svolgere un'istruttoria imparziale che raccolga e valuti le circostanze sia di fatto sia di diritto.

L'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia è quella dell'applicabilità assoluta del richiamato principio del *duty of care*, a prescindere dalla presenza di previsioni legislative o della sussistenza di un rapporto diretto tra cittadino ed amministrazione europea<sup>49</sup>.

L'elaborazione del richiamato principio da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia ha prodotto risultati significativi negli ordinamenti nazionali, con l'obiettivo di cogliere le differenze per i singoli stati membri rispetto alla introduzione nei propri sistemi nazionali degli istituti partecipativi.

È emersa l'esigenza di semplificazione, di giusto procedimento, di garanzia di una corretta istruttoria, del diritto al contraddittorio ed in generale del *right to a good*

---

<sup>44</sup> Cfr. con riguardo all'ordinamento francese, *Direction de l'information légale et administrative on line, Découverte des institutions, Les organes consultatifs de la fonction publique territoriale et la participation des agents*, 8-2-2016.

<sup>45</sup> M. Comba, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. soc.*, 1992, 1269.

<sup>46</sup> P. Cane, *op. cit.*, 1996, 196, secondo cui «Much rule-making in the United States is done by statutory regulatory agencies set up to administer government control over particular areas of economic and social activity».

<sup>47</sup> Si tratta di una clausola che fa discutere i costituzionalisti americani. Vi è un legame profondo tra questa formula e la nozione di *rule of law*, con cui si intende sottrarre i consociati all'arbitrio del potere.

<sup>48</sup> S. Mashaw, *Administrative law. The american public law system*, St. Paul, 1985, 176 ss.

<sup>49</sup> G. Della Cananea, *I procedimenti amministrativi della comunità europea*, in M.P. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2003, 230 ss. E. Sanna Ticca, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004, 227-246. D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 819-857. E. Chiti, *Il principio di buona amministrazione*, in E. Chiti e al., *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Milano, 2005, 39-40; A. Serio, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 237-301; A. Zito, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 425-444.

*administration*<sup>50</sup>.

*Prima facie*, si trattava di un diritto contemplato da singole norme in relazione a procedimenti in grado di incidere negativamente sulle singole posizioni giuridiche soggettive; successivamente, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha esteso il diritto ad un corretto accesso alla giustizia ed in generale alla buona amministrazione tra i principi generali del diritto dei Paesi membri della Comunità europea.

## 6. Conclusioni

La partecipazione è indice della democraticità di uno Stato: quanto più si garantisce l'azione amministrativa, tanto più il risultato del procedimento rispecchia la volontà della collettività ai vari livelli locale, nazionale ed internazionale.

Il processo di integrazione europea ha giocato un ruolo fondamentale, influenzando *ab imo* le scelte del legislatore. In alcuni paesi come la Germania, la partecipazione procedimentale<sup>51</sup> è stata disciplinata in modo differente in quanto la struttura federale attribuisce rilevanti ma limitati poteri al *Bund*, al governo centrale.

L'esperienza del Regno Unito<sup>52</sup>, invece ha condotto verso istituti incentrati sulla partecipazione soprattutto a livello politico e non procedimentale/processuale.

L'introduzione nella Costituzione spagnola, a partire dal 1978, del principio della buona amministrazione<sup>53</sup> ha costituito un *incipit* per tanti altri Paesi europei e per la stessa Comunità, anche per quanto concerne la disciplina del diritto d'accesso e degli istituti della partecipazione.

L'attività della Corte di Giustizia, oggi, si iscrive, nel processo di integrazione<sup>54</sup> dei diritti dei paesi facenti parte della Comunità europea<sup>55</sup>. L'analisi delle radici storiche nonché giuridiche e filosofiche dei diritti fondamentali, evidenzia il

<sup>50</sup> G. Della Cananea, *Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali*, in S. Cassese, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 44 ss.; E. Chiti e al., *op. cit.*, 128 ss.

<sup>51</sup> A. Weber, *Il procedimento amministrativo in Germania*, in M.A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, 2000, 33 ss.

<sup>52</sup> P.J. Birkinshaw, *Il procedimento amministrativo nel Regno Unito*, in M.A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 30 ss.

<sup>53</sup> S. Cassese, *Il diritto alla buona amministrazione*, relazione alla "Giornata sul diritto alla buona amministrazione", Barcellona, 27-3-2009. Secondo l'A., il Trattato di Lisbona non corrobora esplicitamente la giurisprudenza comunitaria, «perché la portata dei suoi principi è più ristretta: ad esempio, essa stabilisce il diritto di essere uditi limitatamente ai procedimenti che possono concludersi con misure che colpiscono la persona, mentre la giurisprudenza ammette il diritto di essere ascoltati anche nel corso di procedimenti autorizzatori». In altri termini, il nocciolo duro del principio di buona amministrazione costituisce il nucleo principale del diritto amministrativo globale, in seno al quale la partecipazione si compone di diverse sfaccettature.

<sup>54</sup> M.P. Chiti, *Il Trattato sull'Unione Europea e la sua influenza sulla costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 343 ss.; S. Cassese, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 329 ss.; S. Battini, *L'influenza dell'integrazione europea*, in S. Cassese, C. Granchini (a cura di), *L'Amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, II ed., 1994, 169 ss.; E. Picozza, *Il diritto pubblico dell'economia nel processo di integrazione comunitaria*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, 1305 ss.

<sup>55</sup> S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in S. Cassese, F. Bignami, *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 36: «Poi, il termine integrazione indica un risultato unitario, che è ben lungi dall'essere reale. La realtà è, invece, fatta di accomodamenti, giustapposizioni e sovrapposizioni, assemblaggi, combinazioni, aggiunte, inserimenti e, quindi, presenta caratteristiche meno organiche e unitarie di quelle indicate nel termine integrazione»; S. Cassese, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1135-1141.

superamento della concezione generalista dell'universalità dei diritti dell'uomo<sup>56</sup>, a favore di un pieno riconoscimento e di una maggiore tutela in seno alle costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, memoria e futuro delle Costituzioni e del costituzionalismo moderno<sup>57</sup>.

Le continue evoluzioni degli indirizzi dottrinari, il progredire del ragionamento giuridico-filosofico in tema sono al centro della riflessione sui principi e sui diritti fondamentali come radice degli ordinamenti costituzionali.

Il tema della superiorità delle Costituzioni e il primato dei principi che le informano, anche sotto l'ottica comparatistica, consente di soffermarci sulla natura dei diritti fondamentali, evidenziando il superamento della concezione generalista dell'universalità dei diritti dell'uomo, soffermandosi sul pieno riconoscimento e sulla maggiore tutela in seno alle costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, "memoria e futuro delle Costituzioni e del costituzionalismo moderno".

Il *leitmotiv* oggi è la comparazione delle diverse esperienze costituzionali, da quella italiana e tedesca a quella francese e spagnola, a quella statunitense, alla luce dei processi di globalizzazione sia economica sia sociale che ha spinto verso una eccessiva frammentazione, settorializzazione che certamente non favorisce la ponderazione dei poteri e delle forze nel composito quadro delle garanzie costituzionali all'interno dell'ordinamento giuridico, interrogandosi sulla ragionevolezza nel bilanciamento fra diritti o addirittura tra principi, prescindendo da ciò che si intende per razionale in una determinata cultura, in un determinato ordine materiale.

---

<sup>56</sup> J. Friedman, M. Sherman, *Human rights: an International and Comparative Law bibliography*, Westport, 1985, *passim*.

<sup>57</sup> S. Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio*, cit., 65-77. Cfr. anche T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 56-57 in cui l'A. si sofferma sul c.d. *costituzionalismo globale*. In particolare, M. Tushnet, *The Inevitable globalization of Constitutional Law*, in 49 *VA J. Int. Law* 987 (2009); D. Beetham, *Diritti umani e democrazia: una relazione dalle molteplici facce*, in D. Archibugi, D. Beetham, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Milano, 1998, 25-33.



# La tutela della salute nell'Unione europea attraverso l'azione nel campo delle malattie rare

di Alessandro Perfetti

**Abstract:** *Health protection in the European Union by means of the action in the field of rare diseases –* Over recent years the European Union has carried out a remarkable action for fighting against rare diseases. This action has been developed in three directions: coordinating the national health policies; promoting the implementation of the regulations on orphan drugs and cross-border healthcare; supporting the *frontier* research for therapeutic treatments. Although characterized by the prevalence of non-binding acts and largely aimed at the coordination of the activities performed by Member States, the EU's action in this field has produced considerable developments in the improvement of care of millions of patients suffering from a rare disease in Europe.

**Keywords:** Rare diseases; National health policies; Orphan drugs; Cross-border healthcare; Public health.

## 1. Considerazioni introduttive

Il recente lancio della Campagna per l'intitolazione del 2019 quale Anno Europeo delle malattie rare ha rinnovato l'attenzione nei confronti dell'azione dell'Unione europea in questo campo.

Sono classificate come malattie rare quelle che non colpiscono più di cinque persone su diecimila<sup>1</sup>. Esse sono in via prevalente di origine genetica, ma comprendono anche rare forme tumorali, malattie e sindromi autoimmuni, malformazioni congenite e patologie di natura infettiva o tossica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Secondo un calcolo puramente aritmetico, tale valore si tradurrebbe in circa 246.000 persone affette su base UE-28. Tuttavia, a fronte di un basso indice di prevalenza, è molto elevato il numero delle malattie rare (tra 5000 e 8000), tanto che la popolazione affetta da almeno una di queste è tra i 27 e i 36 milioni. La scarsa precisione delle stime è dovuta all'incidenza sulla loro individuazione dell'affinamento degli strumenti diagnostici. Inoltre, come emerge dal Piano Nazionale Malattie Rare 2013-2016 del Ministero della Salute, «le analisi genetiche hanno dimostrato l'eterogeneità di molte malattie, per cui condizioni di per sé non rare, se considerate solo a livello del loro meccanismo molecolare, potrebbero rientrare nel novero della rarità (ad es. la forma più comune di sordità genetica interessa circa una persona ogni 10.000)», ([www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_2153\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2153_allegato.pdf), 4 ss.); questa circostanza rischia di creare anche delle stime in eccesso, poiché le suddette analisi producono talvolta una parcellizzazione di molte malattie, facendo considerare rare dal punto di vista genetico-molecolare malattie che dal punto di vista clinico-funzionale non lo sono.

<sup>2</sup> Sotto il profilo del decorso clinico, circa un terzo delle malattie rare attualmente note riduce le attese di vita a meno di cinque anni, mentre la maggior parte non ha una significativa incidenza sulla durata della vita, se vengono diagnosticate in tempo e trattate in maniera appropriata; una parte pur considerevole permette addirittura di svolgere una vita qualitativamente normale, anche in assenza di cure specifiche. Quanto alle disabilità correlate, esse possono riguardare le

Si tratta di un campo nel quale gli sviluppi più significativi si sono registrati in concomitanza con i progressi della scienza medica e farmaceutica, che ne hanno condizionato l'approccio e hanno orientato i processi di elaborazione delle politiche sanitarie settoriali. Ciò nondimeno, l'attuale assetto normativo in tema di classificazione e gestione delle malattie rare presenta ancora molte lacune.

La multidisciplinarietà è senz'altro l'aspetto dominante di tale azione e influenza qualsiasi soluzione di *governance* del settore. Ciò rappresenta tuttora un fattore di complessità e, dunque, frenante per i processi decisionali delle istituzioni europee volti alla disciplina organica della materia.

A ciò si aggiunga pure l'irrisorietà degli interessi economici sottesi a tali processi, per lo più riconducibile alle limitate prospettive di profitto collegate allo sviluppo e immissione in mercato di eventuali presidi terapeutici e strumenti diagnostici per le malattie rare.

A dispetto, ma forse anche a cagione delle suddette criticità, le malattie rare – peculiari per ridotto numero di persone affette e scarsità di conoscenze e competenze in proposito – rappresentano un ambito connotato da un elevato valore aggiunto a livello europeo, in cui la cooperazione consente di ottimizzare le risorse, economiche e non, e intervenire in modo efficiente nella lotta contro tali patologie. L'azione dell'Unione europea presenta, invero, margini di efficacia operativa e un impatto sulle condizioni dei pazienti di gran lunga superiori rispetto alle iniziative adottate a livello nazionale.

Di recente, la ricerca, in gran parte sperimentale, condotta nel campo delle malattie rare ha permesso di conseguire significativi risultati nella comprensione di taluni meccanismi eziologici di patologie comuni quali, *in primis*, il diabete e l'obesità, costituendo le prime un modello di riferimento in termini di disfunzione di determinati processi biologici<sup>3</sup>. Tuttavia, tali ricerche sono limitate, dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo, e appaiono ancora parecchio frammentarie e disperse in svariati centri e laboratori all'interno di differenti Stati membri.

Un ulteriore elemento di complessità è l'inadeguatezza di gran parte delle politiche sanitarie nazionali per le malattie rare che, unitamente alle insufficienti conoscenze specifiche, contribuiscono a creare un contesto caratterizzato da notevoli ritardi nei percorsi diagnostici e ostacoli, sovente di natura burocratica, nell'accesso ai trattamenti terapeutici. Dal punto di vista dei pazienti, tale situazione si traduce in una perdita progressiva di fiducia nei sistemi sanitari e in un aggravamento delle condizioni personali, fisiche e psicologiche, laddove almeno alcune delle malattie rare sarebbero compatibili con standard di vita ordinari e anzi potrebbero registrare importanti miglioramenti a fronte di diagnosi precise e tempestive e schemi terapeutici appropriati.

---

funzioni fisiche e/o mentali, le capacità sensoriali e comportamentali, limitando in molti casi lo sviluppo educativo, professionale e sociale della persona che ne è affetta.

<sup>3</sup> Il campo delle malattie rare rappresenta un ambito funzionale di ricerca anche rispetto alla mappatura del genoma umano e negli studi sulla clonazione genetica. La comunità internazionale di ricerca sulla biomedicina ha mostrato, inoltre, grande interesse per la comprensione dei meccanismi genetici caratterizzanti talune malattie rare, ritenendo di poter utilmente traslare i risultati conseguiti in materia nello studio di altre malattie. Come evidenziano C. Rodwell, S. Aymé, *Rare disease policy to improve care for patients in Europe*, in 10 *Biochim. Biophys. Acta*, 2332 (2015), «as most rare diseases result from a dysfunction of a single pathway due to a defective gene, understanding the impact of this defect yields insights into complex pathways in, generally, multifunctional common diseases».

Diagnosi, terapia e riabilitazione sono questioni cruciali affrontate in modo disomogeneo da parte degli Stati membri. Questo rischia di creare, nella pratica, discriminazioni pesanti a danno dei pazienti, i quali non usufruiscono degli stessi servizi e non hanno la stessa possibilità di scelta delle cure disponibili.

Dopo aver delineato il quadro giuridico europeo di riferimento per la lotta contro le malattie rare, l'esame si focalizzerà sulla disciplina in tema di farmaci orfani e assistenza sanitaria transfrontaliera in favore di pazienti affetti da malattie rare, nel tentativo di tracciare le linee di tendenza di un'azione che, pur con consistenti limiti, contribuisce al miglioramento del livello di salute di numerosi cittadini europei. I dati epidemiologici attuali dimostrano, infatti, che ad essere rare sono le malattie, non le persone malate.

## **2. I tratti essenziali dell'azione dell'Unione europea per la promozione della lotta contro le malattie rare**

In risposta all'urgenza di un approccio globale e integrato alla lotta contro le malattie rare, le istituzioni europee hanno adottato alcuni atti di indirizzo, dunque non vincolanti, volti a supportare le azioni dei singoli Stati membri e a favorirne il coordinamento, lasciandoli liberi di adeguare le suddette azioni alle rispettive scelte di politica sanitaria nazionale.

Gli atti in questione si fondano sull'art. 168 del TFUE, in tema di sanità pubblica<sup>4</sup>, il quale, com'è noto, attribuisce all'Unione una competenza di tipo complementare rispetto a quella degli Stati membri<sup>5</sup>. L'art. 6 del TFUE, a proposito della natura di tale competenza, stabilisce che l'Unione può «svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri», i quali mantengono le prerogative in merito alla definizione delle politiche sanitarie e l'organizzazione e fornitura di servizi sanitari e assistenza medica.

L'azione dell'Unione europea nel settore delle malattie rare rappresenta un apprezzabile esperimento, in materia di sanità pubblica, del noto metodo aperto di coordinamento<sup>6</sup>, attraverso cui gli Stati membri hanno individuato obiettivi termini

---

<sup>4</sup> La disposizione in esame stabilisce che «Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana. L'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale» (par. 1). L'adozione di atti nel settore è, inoltre, conforme al principio di sussidiarietà, poiché l'azione a livello di Unione è da considerarsi senz'altro più efficace rispetto a quella condotta dai singoli Stati membri.

<sup>5</sup> L'art. 168 del TFUE contempla anche alcuni limitati casi di competenza concorrente, ove stabilisce che l'Unione può intervenire al fine di affrontare problemi comuni di sicurezza, in tema di fissazione di parametri di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, sangue, emoderivati, medicinali e dispositivi di impiego medico, nonché nei settori veterinario e fitosanitario. (par. 4). Infine, il par. 5 prevede l'adozione di «misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, e misure il cui obiettivo diretto sia la protezione della sanità pubblica in relazione al tabacco e all'abuso di alcol, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri».

<sup>6</sup> Il metodo di coordinamento aperto nell'Unione europea è uno strumento giuridico non vincolante volto ad agevolare la cooperazione tra Stati membri e il coordinamento delle politiche in settori caratterizzati da bassi livelli di integrazione a livello europeo. Tale strumento non dà luogo a misure vincolanti per l'Unione e non richiede agli Stati membri di introdurre o modificare propri atti normativi. Sul metodo aperto di coordinamento nel diritto dell'Unione

di riferimento comuni, in vista dell'elaborazione delle rispettive misure di politica sanitaria in maniera coordinata e orientata alle buone pratiche realizzate da altri Stati membri.

La pietra miliare della suddetta azione è la Comunicazione della Commissione europea *Le malattie rare: una sfida per l'Europa*<sup>7</sup>, in cui per la prima volta è delineata in maniera compiuta la strategia dell'Unione europea.

Nella Comunicazione si enfatizzano i caratteri tipici delle malattie rare – basso livello di incidenza statistica, scarsa disponibilità di dati epistemologici e prodotti della ricerca medico-scientifica – quali presupposti e stimoli per il rafforzamento dell'azione dell'Unione in materia.

Quest'ultima si articola in tre priorità strategiche per l'azione dell'Unione europea nel medio-lungo periodo, le quali riflettono le problematiche fondamentali alla base dell'agenda politica dell'Unione: migliorare l'informazione; potenziare il sostegno alle azioni degli Stati membri; sviluppare la cooperazione europea.

Il miglioramento della riconoscibilità delle malattie rare rappresenta una questione cruciale e preliminare rispetto a ogni misura puntuale prevista nel quadro della suddetta strategia. È infatti essenziale classificare in modo preciso e generalizzato le malattie rare, al fine di renderle riconoscibili e veicolarne le informazioni rilevanti. Tale priorità ha un duplice *target* di beneficiari: gli operatori sanitari e le persone affette. La classificazione delle malattie rare dovrà essere realizzata in base a quella internazionale delle malattie, istituita dall'Organizzazione mondiale della sanità, la quale costituisce il sistema più usato a livello globale<sup>8</sup>.

Una migliore classificazione è altresì il presupposto di una più efficace diffusione delle conoscenze e informazioni sulle malattie rare. Eventuali misure al riguardo dovranno, inoltre, essere congegnate in modo da rispondere alle differenti esigenze informative di pazienti e personale delle istituzioni sanitarie. I primi hanno interesse a sapere che la propria patologia rientra tra quelle rubricate in via ufficiale e, quindi, oggetto di intervento da parte degli enti della sanità pubblica, laddove questi ultimi sono interessati a conoscere e condividere i prodotti della ricerca.

Un rilevante contributo al conseguimento della priorità strategica deriva dall'impiego del *database Orphanet*<sup>9</sup>, portale informativo delle malattie rare e dei

---

europea, si vedano, per tutti, S. Del Gatto, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Napoli, 2012; M. Humburg, *The Open Method of Coordination and European integration. The example of European education policy*, in 8 *Berlin WP on European Integration*, 1-28 (2008); E. Szyszczak, *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, in 12 *Eu. L.J.* 4, 486-502 (2006); C.M. Radaelli, *The Open Method of Coordination: A new governance architecture for the European Union?*, in 1 *Swedish Inst. for Eu. Pol. St.*, 1-67 (2003).

<sup>7</sup> Com. della Comm. *Le malattie rare: una sfida per l'Europa*, COM(2008) 679 def., dell'11-11-2008.

<sup>8</sup> La classificazione internazionale delle malattie (*International Classification of Diseases – ICD*) opera attualmente nella sua versione ICD10 – frutto dell'ultima revisione – e contempla solo un numero ristretto di malattie rare. Al fine di superare tale lacuna, è in fase di elaborazione la versione ICD11 – attesa per il 2017 – alla quale la Commissione europea ha peraltro contribuito con due *Joint Actions* (la n. 2008 22 91 e la n. 2011 22 11); la “beta-version” dell'ICD11 ha già rubricato circa 5000 malattie rare. Nonostante l'encomiabile sforzo classificatorio, è comunque opportuno sperimentare meccanismi di codificazione alternativi e più rapidi, giacché un'eventuale, auspicabile attuazione dell'ICD11 potrebbe non realizzarsi celermente dopo la formale adozione da parte dell'Assemblea mondiale della sanità. Per informazioni sull'ICD e i suoi sviluppi, si veda [apps.who.int/classifications](http://apps.who.int/classifications).

<sup>9</sup> *Orphanet* è il portale di riferimento per l'informazione sulle malattie rare e i farmaci orfani in Europa. Esso è stato istituito nel 1997 dal Ministero francese per la salute e la ricerca medica (INSERM, in acronimo), il quale coordina un consorzio di 40 Stati. I *team* nazionali hanno il

farmaci orfani, attivato e sostenuto con fondi europei<sup>10</sup>. Altrettanto rilevante è la promozione delle reti d'informazione di livello europeo; queste diventano cruciali nel garantire lo scambio di informazioni, migliorare la capacità di *governance* degli enti responsabili, raccogliere dati epidemiologici comparabili e favorire lo scambio delle migliori pratiche in tema di diagnosi, anamnesi e cura<sup>11</sup>.

---

compito di raccogliere informazioni sulle consulenze specialistiche, sui laboratori di diagnosi, sulle attività di ricerca in corso e sulle associazioni di pazienti nei rispettivi Stati. L'iniziativa ha ricevuto supporto finanziario dalla Commissione europea a partire dal 2000. Esso offre un accesso online gratuito a un repertorio delle malattie rare e offre i seguenti servizi agli utenti: un elenco delle malattie rare, con l'indicazione di un codice unico identificativo per ciascuna malattia rubricata (*Orphacode*); un'enciclopedia delle malattie rare in francese e in inglese, progressivamente tradotta nelle altre lingue del sistema (italiano, olandese, portoghese, spagnolo e tedesco); un elenco dei farmaci orfani con tutte le loro fasi di sviluppo; un elenco dei servizi specialistici presenti negli Stati che fanno parte di *Orphanet*, con informazioni sui centri specializzati, laboratori di diagnosi, progetti di ricerca in corso, sperimentazioni cliniche, registri, *network*, piattaforme tecnologiche e associazioni di pazienti; un servizio di assistenza alla diagnosi che permette la ricerca per segni e sintomi; un'enciclopedia sulle raccomandazioni per la presa in carico in situazioni d'urgenza e l'anestesia; una newsletter elettronica a cadenza quindicinale, *OrphaNews*, che offre una panoramica sulle notizie di attualità in campo scientifico e politico sulle malattie rare e i farmaci orfani; una raccolta di studi e articoli tematici, i *Quaderni di Orphanet*, consegnati anche al fine di supportare i *policy makers* in materia di salute pubblica. Il portale è accessibile su [www.orpha.net](http://www.orpha.net).

<sup>10</sup> La questione della classificazione e codificazione delle malattie rare è influenzata altresì dalla pluralità degli strumenti nazionali, sovente non completamente allineati fra di loro. Al fine di superare tale criticità, lo *European Commission Group of Experts on Rare Diseases* (EGRD) – istituito con decisione della Commissione europea del 30 luglio 2013, abrogativa della decisione del 30-11-2009, istitutiva dello *European Committee of Experts on Rare Diseases* (EUCERD) – ha proposto una serie di raccomandazioni miranti al miglioramento della classificazione delle malattie rare, le quali esortano gli Stati membri a standardizzare le proprie codificazioni in linea con gli *Orphacodes*. Sull'attività dell'EUCERD, si veda S. Aymé, C. Rodwell, *The European Union Committee of Experts on Rare Diseases: three productive years at the service of the rare disease community*, in 9 *Orphanet J. Rare Dis.*, 9-30 (2014). In aggiunta all'EUCERD, nel 2012 è stato creato l'*International Consortium for Human Phenotype Terminologies* (ICHPT), con il compito di individuare un nucleo ristretto di terminologie riferite alle principali anomalie fenotipiche riscontrabili nelle malattie rare di cui si raccomanda l'adozione da parte delle autorità sanitarie nazionali. Tale iniziativa dovrebbe contribuire ad armonizzare i dati e i meccanismi di classificazione e potenziare l'inter-operabilità dei database esistenti, con la finalità ultima di imprimere ulteriori sviluppi alle attività di ricerca nel settore.

<sup>11</sup> La rilevanza delle reti di informazione nel settore delle malattie rare è più che acclarata. In proposito, la Commissione europea, in seno al Gruppo di alto livello sui servizi sanitari e l'assistenza medica (istituito nel 2004), ha incaricato un sotto-gruppo di lavoro di mappare e mettere in rete le reti europee di riferimento (*European Reference Networks – ERN*), create su impulso della già ricordata Comunicazione *Le malattie rare: una sfida per l'Europa*. Le reti in questione sono strutture che mettono in comunicazione gli operatori sanitari specializzati in malattie rare dei diversi Stati membri, finalizzate a migliorare la conoscenza nel campo, facilitare la mobilità dell'*expertise* e *know-how* e supportare le autorità nazionali competenti a pianificare azioni e servizi di elevata specializzazione. Recentemente, la Commissione ha raccomandato criteri e condizioni standard per le reti già esistenti e per quelle in procinto di essere create (EUCERD, *Recommendations on European Reference Networks for rare diseases*, (2013), in [www.eucerd.eu](http://www.eucerd.eu)). L'obiettivo di tali raccomandazioni è quello di produrre una riduzione progressiva del numero delle reti nazionali e di qualificare unicamente quelle europee in possesso di elevata qualità, promuovendone i rapporti con «centres of expertise as well as other stakeholders involved in the care management of the patients such as specialised health and social care providers, patient groups, research groups and diagnostic laboratories». Recentemente la Commissione ha recepito le indicazioni contenute nelle suddette raccomandazioni, emanando la dec. n. 204/286/UE, relativa ai criteri e alle condizioni che devono soddisfare le reti di riferimento europee e i prestatori di assistenza sanitaria che desiderano aderire a una rete di riferimento europea, del 10-03-2014, e la dec. n. 2014/287/UE, che stabilisce criteri per l'istituzione e la valutazione delle reti di riferimento europee e dei loro membri e per agevolare lo scambio di informazioni e competente in relazione alla valutazione di tali reti, del 10-3-2014.

Quale seconda priorità strategica, la Commissione individua il rafforzamento del sostegno europeo all'azione delle istituzioni nazionali, nella convinzione che, a fronte di risorse ridotte e frammentate, riveste un'importanza notevole l'elaborazione di un approccio comune e coerente da parte di tutti gli Stati membri, anzitutto per ciò che concerne l'accesso alle cure e ai flussi informativi.

In proposito, il Consiglio ha adottato una raccomandazione *sull'azione nel campo delle malattie rare*<sup>12</sup>, in virtù della quale esorta gli Stati membri a porre in essere strategie ispirate a un approccio globale e integrato. Nello specifico, i piani sanitari nazionali dovrebbero avere carattere intersettoriale, coerentemente con la multidisciplinarietà del settore dei *rare diseases* ed essere orientati alla garanzia per i pazienti di un'assistenza qualitativamente elevata<sup>13</sup>. Anche il Consiglio considera fondamentale migliorare i meccanismi di classificazione delle malattie rare, allo scopo di renderle più riconoscibili e favorire così la condivisione delle conoscenze e competenze esistenti al riguardo<sup>14</sup>.

Gli incentivi alla ricerca sulle malattie rare, anche mediante la cooperazione e collaborazione transfrontaliere, dovrebbero essere potenziati e mirare a sfruttare al massimo il potenziale di risorse scientifiche esistente nell'Unione europea<sup>15</sup>. La raccomandazione auspica, altresì, che gli Stati adottino misure per facilitare l'accesso a cure sanitarie di qualità, in particolare attraverso l'identificazione di centri di competenza nazionali e regionali e promuovendo la loro partecipazione alle principali reti di riferimento europee<sup>16</sup>. Essa, inoltre, invita gli Stati ad adottare meccanismi che permettano di individuare e valorizzare le competenze nazionali nel campo delle malattie rare e metterle in comune con quelle acquisite negli altri Stati<sup>17</sup>. Infine, pone l'accento sulla necessità di aumentare il coinvolgimento attivo dei pazienti e delle organizzazioni che li rappresentano, per promuoverne l'*empowerment*<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Racc. del Cons. dell'8-6-2009 sull'azione nel campo delle malattie rare.

<sup>13</sup> I piani dovrebbero orientare le politiche sanitarie in tutti gli aspetti della gestione delle malattie rare, compresi «gli strumenti diagnostici, i trattamenti, l'abilitazione per le persone affette dalla malattia e, se possibile, i medicinali orfani» (*ivi*, par. 1). Inoltre, gli Stati sono chiamati a intervenire per integrare le iniziative presenti e future a livello locale, regionale e nazionale e, al fine di massimizzare gli investimenti pianificati, a definire un numero limitato di interventi prioritari all'interno dei rispettivi piani, con l'indicazione di obiettivi chiari e meccanismi di controllo.

<sup>14</sup> Tale azione dovrebbe mirare a «garantire che le malattie rare siano adeguatamente codificate e rintracciabili in tutti i sistemi di informazione sanitaria» (*ivi*, par. 2); per questo, gli Stati sono invitati a elaborare inventari c.d. *Orphanet-based*, facilmente accessibili e dinamici.

<sup>15</sup> Gli Stati membri possono raggiungere questo obiettivo, anzitutto attraverso un'opera di ricognizione e conseguente coordinamento delle risorse esistenti a livello nazionale (e regionale) ed europeo e, inoltre, individuando «le esigenze e le priorità per la ricerca di base, clinica, traslazionale e sociale nel settore delle malattie rare» e promuovendo «approcci cooperativi interdisciplinari», con la partecipazione di ricercatori europei ed extra-europei (*ivi*, par. 3).

<sup>16</sup> In tale direzione, va l'indicazione del Consiglio di valorizzare l'uso delle tecnologie più avanzate quali, tra l'altro, la telemedicina, «per garantire un accesso a distanza all'assistenza sanitaria specifica necessaria» (*ivi*, par. 4).

<sup>17</sup> Un contributo allo sviluppo e condivisione delle competenze potrebbe derivare dall'adozione di programmi nazionali di insegnamento e formazione adeguati ai fabbisogni degli operatori sanitari. A tal riguardo, la raccomandazione pone l'enfasi sullo sviluppo della formazione medica in settori riguardanti la diagnosi e la gestione delle malattie rare, «quali la genetica, l'immunologia, la neurologia, l'oncologia o la pediatria» (*ivi*, par. 5).

<sup>18</sup> Il Consiglio ritiene cruciale l'adozione di meccanismi nazionali di consultazione di pazienti e loro rappresentanti, indispensabili per l'elaborazione di programmi sanitari *patient-oriented*. Le organizzazioni di pazienti giocano un ruolo chiave nei processi di *empowerment* delle persone affette da una malattia rara; alla fine del 2015, sul database di *Orphanet* risultavano iscritte circa

La terza priorità strategica è rappresentata dallo sviluppo, sul piano europeo, della cooperazione e coordinamento nel campo delle malattie rare. Sulla cruciale rilevanza della cooperazione europea in materia si è già detto. Infatti, ancorché tutti gli Stati membri abbiano più volte dichiarato la volontà comune di garantire un accesso generale a un'assistenza sanitaria di qualità, su una base di equità e solidarietà<sup>19</sup>, nella pratica la rarità delle malattie si riflette nella limitatezza delle conoscenze al riguardo e nell'inadeguatezza dei servizi di diagnosi e cura. Per questo motivo, il rafforzamento degli strumenti di cooperazione tra gli Stati membri costituisce un fattore nodale di creazione di economie di scala in termini di competenze tecniche e capacità di orientamento delle politiche sanitarie nazionali. Un notevole progresso in tal senso si è registrato con l'adozione di una specifica disciplina europea in tema di assistenza sanitaria transfrontaliera<sup>20</sup>.

L'Unione europea ritiene di contribuire alla lotta contro le malattie rare, anzitutto, promuovendo l'accesso a servizi sociali specializzati, i quali potranno elevare sensibilmente la qualità della vita dei pazienti. In questa direzione, vanno i servizi di assistenza telefonica, quelli di assistenza *di sollievo* e i programmi di c.d. *ricreazione terapeutica*; tutti questi si pongono come obiettivi la sensibilizzazione, lo scambio delle buone pratiche e la condivisione e circolazione dei piani d'azione nazionali a favore delle persone con disabilità.

Un altro ambito di intervento è quello del miglioramento dell'accesso ai farmaci orfani, di cui si tratterà nel prosieguo del presente lavoro<sup>21</sup>. Sul punto, la Commissione intende promuovere lo scambio di informazioni tra gli Stati membri e le autorità europee competenti sulla valutazione scientifica del valore clinico aggiunto dei medicinali orfani.

Dal punto di vista delle possibilità terapeutiche a disposizione dei pazienti, si rende opportuno rendere più agevoli e snelle le procedure per accedere ai nuovi medicinali, prima che siano autorizzati o, addirittura, rimborsati. In quest'ottica, la Commissione ha, negli ultimi anni, fatto continue pressioni sull'Agenzia europea per i medicinali, per indurla a modificare la sua prassi nel senso di facilitare l'accesso a tali farmaci da parte di pazienti che, sovente, presentano preoccupanti indici di morbidità<sup>22</sup>.

Un utile contributo all'azione europea nel campo delle malattie rare viene, inoltre, dall'impiego generalizzato delle tecnologie più avanzate. In particolare, gli

---

2500 organizzazioni specifiche. Sul piano europeo, è attiva EURORDIS, un'alleanza di organizzazioni e individui particolarmente attiva nei dibattiti riguardanti la situazione e i diritti dei pazienti.

<sup>19</sup> Si vedano le Conclusioni del Cons. sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione europea, del 2-6-2006, ove si afferma che «i principi e i valori generali di universalità, accesso a un'assistenza di buona qualità, equità e solidarietà rivestono un'importanza fondamentale per i pazienti che soffrono di malattie rare».

<sup>20</sup> In proposito, si veda più ampiamente *infra*, par. 4.

<sup>21</sup> *Infra*, par. 3.

<sup>22</sup> In virtù delle norme che ne disciplinano l'attività autorizzatoria, l'Agenzia europea per i medicinali procede di volta in volta all'esame delle domande di autorizzazione presentate dalle aziende farmaceutiche, per quei farmaci per i quali è richiesta un'approvazione centralizzata. Laddove i requisiti in tema di qualità, sicurezza ed efficacia del medicinale sottoposto ad esame siano soddisfatti, il Comitato di riferimento adotta un parere positivo – nel termine di 210 giorni, suscettibile tuttavia di sospensioni nel caso di richiesta di chiarimenti o sopravvenienza di nuove evidenze scientifiche – che viene inviato alla Commissione europea, la quale procede a fornire l'autorizzazione all'immissione in commercio, valida in tutti gli Stati membri.

strumenti elettronici *online* e *open source*, molti dei quali collegati al già ricordato *Orphanet*, hanno già dimostrato la loro utilità nel favorire i contatti tra i pazienti, raccogliere e condividere dati e risultati tra i gruppi di ricerca, reclutare persone affette disponibili a partecipare alle sperimentazioni cliniche e, cosa ancora più importante, migliorare la circolazione dei medici specializzati e dei servizi sanitari. Nel novero dei progetti finanziati dal Settimo Programma Quadro, spiccano quelli in tema di telemedicina, la quale mira a superare il *gap* della distanza fisica tra paziente e centro medico di eccellenza, mettendo a disposizione del primo, attraverso il ricorso alle più avanzate tecnologie, competenze e risorse altamente specialistiche nel campo delle malattie rare<sup>23</sup>.

Alla luce dei progressi tecnologici, la cooperazione europea assume una rilevanza chiave nel potenziamento e diffusione dello *screening*, anche neonatale, della popolazione. Come già dimostrato nel campo di altre patologie, il ricorso a *test* automatizzati per l'individuazione di molte malattie rare, *in primis* quelle di natura endocrino-metaboliche, può contribuire alla formulazione di valutazioni da porre a fondamento delle scelte nazionali di politica sanitaria<sup>24</sup>. Non è di secondario rilievo, infine, il fatto che tali interventi presentano costi contenuti.

Collegate a tali misure, sono quelle di c.d. *genetic counseling*. Si fa qui riferimento a tutti quei *test* genetici in grado di rivelare la predisposizione a una data malattia rara, preziosi per la diagnosi tempestiva e la realizzazione di veri e propri *screening* a cascata su interi gruppi familiari. In questo ambito, la Commissione intende promuovere l'elaborazione, a livello europeo, di norme e procedure chiare e trasparenti, volte a facilitare lo scambio di competenze e conoscenze acquisite, allo scopo di aiutare le persone alle quali è stata diagnosticata una malattia rara a comprenderne le caratteristiche e gestirne il decorso.

Va infine evidenziato come la gran parte delle malattie rare potenzialmente curabili non riceva alcun trattamento terapeutico. L'assenza di terapie adeguate dipende da tre fattori: i meccanismi fisio-patologici di base di tali malattie non sono del tutto noti; nelle fasi iniziali dello sviluppo clinico non esistono forme significative di supporto; l'industria farmaceutica mostra uno scarso interesse a investire nella ricerca di nuovi farmaci, poiché i relativi processi sono lunghi e costosi e le prospettive di profitto sono molto contenute<sup>25</sup>. Per questo, la Commissione intende agevolare forme di dialogo strutturato tra le società produttrici di farmaci e gli enti

<sup>23</sup> D'impatto altrettanto positivo sono risultati quei progetti di ricerca finanziati dall'Unione europea in tema di modellizzazione informatizzata dei processi fisiologici e patologici, utili nella prospettiva di migliorare la comprensione dei meccanismi eziologici e il decorso clinico.

<sup>24</sup> La Commissione ha commissionato un *report* sulle migliori pratiche di screening neonatale per le malattie rare attivi in tutti gli Stati membri, inclusivo di una mappatura dei centri abilitati, il numero dei neonati sottoposti ad esame e il numero delle malattie scrutinate (si veda la *Call for tenders* lanciata nel quadro dell'*EU Program of Community Action in Public Health (work plan 2009)*, sul tema *Evaluation of population newborn screening practices for rare disorders in Member States of the European Union*). Il *report* evidenzia un quadro molto disomogeneo: in quasi tutti gli Stati membri esistono organi che si occupano di *screening* neonatale, mentre varia molto il numero delle malattie esaminate ([ec.europa.eu/eahc/documents/news/Executive\\_Report\\_to\\_EC\\_20120108\\_FINALE.pdf](http://ec.europa.eu/eahc/documents/news/Executive_Report_to_EC_20120108_FINALE.pdf)). Sulla base di tale *report*, l'EUCERD ha adottato il parere *New born screening in Europe. Opinion of the EUCERD on potential areas for European collaboration*, che evidenzia le aree di maggior interesse per la cooperazione europea in tema di *screening* neonatale delle malattie rare ([www.eucerd.eu/wp-content/uploads/2013/07/EUCERD\\_NBS\\_Opinion\\_Adopted.pdf](http://www.eucerd.eu/wp-content/uploads/2013/07/EUCERD_NBS_Opinion_Adopted.pdf)).

<sup>25</sup> Per una disamina dei suddetti fattori, si veda A. Schieppati, J. Henter, E. Daina, A. Aperia, *Why rare diseases are an important medical and social issue*, in 6 *The Lancet*, 2039-41 (2008).

competenti a erogare finanziamenti in proposito, cosicché le une possano conoscere in anticipo gli eventuali benefici connessi allo sviluppo di nuovi farmaci e gli altri abbiano tutti gli elementi per poter apprezzare il valore dei presidi terapeutici oggetto di valutazione e, quindi, decidere di finanziarli.

### 3. La disciplina europea in tema di qualificazione e commercializzazione dei farmaci orfani

I farmaci orfani sono quei farmaci destinati «alla diagnosi, alla profilassi o alla terapia di un'affezione che comporta una minaccia per la vita o la debilitazione cronica e che colpisce non più di cinque individui su diecimila nella Comunità»<sup>26</sup>. La qualificazione di un farmaco come orfano discende, dunque, in primo luogo, dal relativo collegamento con una malattia rara. Questo rapporto mette la questione dello sviluppo e incentivazione dei farmaci orfani al centro dell'azione dell'Unione europea nel campo delle malattie rare. Per tale motivo, la già ricordata Comunicazione *Le malattie rare: una sfida per l'Europa* ritiene prioritario rafforzare la cooperazione a livello europeo in tema di valutazione scientifica del relativo valore terapeutico.

È evidente come la questione cruciale della promozione dei farmaci orfani sia la scarsa convenienza economica da parte delle aziende farmaceutiche a sviluppare e commercializzare nuovi presidi terapeutici destinati alla cura di malattie con una bassa prevalenza statistica. Non per altro, farmaci siffatti si definiscono *orfani* proprio perché nessuna azienda farmaceutica sarebbe disposta, alle normali condizioni di mercato, a investire nella loro ricerca e sviluppo<sup>27</sup>.

Nondimeno, il principio di universalità dell'assistenza sanitaria di buona qualità comporta che i pazienti colpiti da una malattia rara abbiano diritto ad accedere a farmaci che presentino stesse qualità, efficacia e sicurezza garantite ad altri pazienti. Ciò impone un'attività promozionale, anche attraverso misure di supporto finanziario, volta ad agevolare la creazione e diffusione di nuovi medicinali per la terapia di un *rare disease*. E tale promozione dovrebbe realizzarsi a livello europeo, poiché interventi nazionali, peraltro fra loro non coordinati, rischierebbero di essere inefficaci e, al limite, provocare distorsioni della concorrenza fra le imprese farmaceutiche e porre nuovi ostacoli agli scambi di merci nel mercato interno.

Alla luce di tali considerazioni, l'Unione europea ha ritenuto di disciplinare le procedure per l'assegnazione della qualifica di farmaco orfano, stabilendo una serie di misure di favore per le imprese che decidano di intraprenderne lo sviluppo e commercializzazione<sup>28</sup>. Merita qui rilevare come tale disciplina, pur se collegata da

---

<sup>26</sup> Art. 3, par. 1, lett. a) del reg. n. 141/2000/CE del P.E. e del Cons., concernente i medicinali orfani, del 16-12-1999.

<sup>27</sup> Sulle ragioni economiche sottese alle scelte in tema di malattie rare e farmaci orfani, si veda J.M. Graf von der Schulenburg, M. Frank, *Rare is frequent and frequent is costly: rare diseases as a challenge for health care systems*, in 16 *Eur. J. Health Econ.*, 11 (2015).

<sup>28</sup> Gli atti dell'Unione europea arrivano con un certo ritardo sulla scena internazionale, rispetto, a titolo di esempio, alla normativa statunitense adottata con l'*Orphan Drug Act of 1983*, del 4-1-1983, la quale prevede incentivi di diversa natura per stimolare le aziende farmaceutiche a produrre medicinali di scarso interesse commerciale. Per una disamina comparata delle normative sui farmaci orfani adottate, si vedano L. Martina, C. Denti, S. Garattini, *Farmaci orfani e malattie rare: un confronto internazionale delle normative di riferimento*, in 2 *Farmeconomia e percorsi terapeutici*, 2001, 185 ss. e R. Joppi, V. Bertelè, S. Garattini, *Orphan drugs, orphan diseases. The first decades of orphan drug legislation*, in 69 *Eu. J. Clin. Pharmacology*, 1009-24 (2012).

un punto di vista materiale con gli obiettivi dell'azione dell'Unione nel campo delle malattie rare, ha la sua base giuridica (formale) nell'art. 114 del TFUE, in materia di ravvicinamento «delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

Tra i criteri per l'assegnazione della qualifica di farmaco orfano, oltre al collegamento con una malattia rara, l'art. 3 del regolamento n. 141/2000 prevede che il rispettivo *sponsor* sia in grado di dimostrare la bassa probabilità che «in mancanza di incentivi, la commercializzazione di tale medicinale all'interno della Comunità sia tanto redditizia da giustificare l'investimento necessario».

Al fine di regolamentare l'assegnazione della qualifica in questione, esso istituisce, presso l'Agenzia europea per i medicinali, un Comitato per i medicinali orfani, con il compito di esaminare le domande presentate dalle imprese farmaceutiche<sup>29</sup>. Il Comitato ha anche una funzione consultiva, in quanto può suggerire alla Commissione europea misure per l'attuazione della politica dell'Unione in materia di farmaci orfani e può assistere la stessa Commissione «nell'ambito delle discussioni internazionali su questioni relative ai medicinali orfani e nell'ambito delle relazioni con le associazioni che sostengono i pazienti»<sup>30</sup>.

La procedura per l'assegnazione della qualifica e l'iscrizione nel Registro dei medicinali orfani pone a carico dello *sponsor* una serie di obblighi informativi preventivi: egli è tenuto, tra l'altro, a corredare la richiesta di informazioni relative ai principi attivi del medicinale e alle indicazioni terapeutiche proposte. A seguito dell'eventuale iscrizione nel Registro<sup>31</sup>, lo *sponsor* è obbligato a presentare all'Agenzia una relazione sullo stato di sviluppo del farmaco qualificato come orfano.

Una volta ottenuta l'assegnazione della qualifica, l'Agenzia può autorizzare l'immissione in commercio del medicinale orfano, in parziale deroga alle norme previste per gli altri medicinali<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Il Comitato è composto da un membro nominato da ciascuno Stato membro, tre membri nominati dalla Commissione europea in rappresentanza delle organizzazioni dei pazienti e tre membri nominati dalla stessa, in base alle raccomandazioni dell'Agenzia europea per i medicinali. Al fine di tutelarne l'attività, l'art. 4, par. 7 prevede che «i membri del Comitato sono tenuti, anche dopo la cessazione delle loro funzioni, a non divulgare informazioni del tipo coperto da segreto professionale».

<sup>30</sup> Art. 4, par. 2, lett. c). Sul ruolo dei pazienti e relative organizzazioni nei processi decisionali in tema di accesso ai farmaci orfani, si veda C.M. Douglas, E. Wilcox, M. Burgess, L.D. Lynd, *Why orphan drug coverage reimbursement decision-making needs patient and public involvement*, in 119 *Health Pol'y*, 588-96 (2015).

<sup>31</sup> L'art. 5 prevede una procedura molto articolata in cui intervengono, con diversi ruoli, l'Agenzia, la Commissione, gli Stati membri e le parti interessate. Il par. 15 disciplina anche la cancellazione dal Registro, nell'ipotesi in cui «sia accertato, prima della concessione dell'autorizzazione di immissione in commercio, che il medicinale in questione non risponde più ai criteri enunciati all'art. 3» (lett. b). Il *Commission Staff Working Document – Inventory of Union and Member State incentives to support research into, and the development and availability of, orphan medicinal products – State of play 2015*, n. SWD (2015) 13 final, del 26-1-2016 (ec.europa.eu/health), evidenzia come, dall'entrata in vigore del reg. n. 141/2000 al settembre 2015, l'agenzia abbia ricevuto 2302 domande per l'assegnazione della qualifica, di cui la Commissione ne ha autorizzato 1544; dei farmaci autorizzati ne restano al momento in commercio 1227.

<sup>32</sup> In particolare, l'autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco orfano può essere rilasciata senza che lo "sponsor" ne dimostri la conformità con i criteri qualitativi elencati nella parte B dell'allegato al reg. n. 2309/93/CEE del Cons., del 22-7-1993, che stabilisce le procedure comunitarie per l'autorizzazione e la vigilanza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce un'Agenzia europea di valutazione dei medicinali. Inoltre, il mancato recupero totale o

La specialità della disciplina dei farmaci orfani emerge, soprattutto, dalle norme in tema di conferimento dell'esclusiva di mercato all'impresa farmaceutica titolare di un'autorizzazione all'immissione in commercio. Ai sensi del regolamento in esame, né l'Unione europea né gli Stati membri possono, per un periodo di dieci anni, accettare altre domande di autorizzazione o concederne di nuove, ove relative a medicinali analoghi e con le stesse indicazioni terapeutiche<sup>33</sup>.

Il diritto di esclusiva decade qualora il titolare non sia in grado di fornire una quantità superiore del medicinale autorizzato o un altro *sponsor* dimostri che il nuovo medicinale per il quale si fa richiesta di autorizzazione, ancorché simile al primo, è «più sicuro, più efficace o comunque clinicamente superiore»<sup>34</sup>.

La centralità della questione dei farmaci orfani nell'azione dell'Unione europea nel campo delle malattie rare implica che tali farmaci possano beneficiare di una serie di incentivi messi a disposizione tanto dall'Unione quanto dagli Stati membri (fatto salvo un generale divieto di cumulo), in particolare quelli previsti nel quadro delle misure destinate alla piccole e medi imprese, in tema di ricerca e sviluppo tecnologico<sup>35</sup>.

---

parziale dei diritti dovuti all'Agenzia a norma del suddetto regolamento comporta l'attivazione di un meccanismo di compensazione monetaria, nella forma di un contributo speciale annuale in favore dell'Agenzia medesima.

<sup>33</sup> Il periodo di esclusiva può essere in via eccezionale ridotto a sei anni, qualora, alla scadenza del quinto anno, «risulta che il medicinale in questione non è più conforme ai criteri di cui all'art. 3 e se risulta fra l'altro, sulla base dei dati disponibili, che il rendimento è tale da non giustificare il mantenimento dell'esclusiva di mercato» (art. 8, par. 2). Al contrario, il periodo di esclusiva può essere esteso fino a 12 anni, se il farmaco prevede un impiego pediatrico; ai sensi dell'art. 37 del reg. n. 1901/2006/CE del P.E. e del Cons., del 12-12-2006, sui medicinali per uso pediatrico, due medicinali beneficiano di una tale estensione: il *TobiPodhaler* e il *Xagrid*. Per un recente chiarimento sull'esatto ambito di applicazione della disciplina in materia di esclusiva di mercato, si veda Corte giust., sent. 3-3-2016, C-138/15.

<sup>34</sup> Art. 8, par. 3, lett. c). Con reg. n. 847/2000/CE della Comm., del 27-4-2000, che stabilisce le disposizioni di applicazione dei criteri previsti per l'assegnazione della qualifica di medicinale orfano nonché la definizione dei concetti di medicinale "simile" e "clinicamente superiore", la Commissione ha chiarito che, per medicinale "simile" a uno già autorizzato ai sensi del reg. n. 141/2000, debba intendersi «un medicinale contenente uno o più principi attivi simili a quelli contenuti in un medicinale orfano già autorizzato, con la stessa indicazione terapeutica» (art. 3, par. 3, lett. b), laddove un "principio attivo simile" è «un principio attivo identico o un principio attivo con le stesse caratteristiche principali di struttura molecolare (ma non necessariamente tutte le caratteristiche strutturali molecolari) e che agisce attraverso il medesimo meccanismo» (*ivi*, lett. c). Per "medicinale clinicamente superiore" deve, invece, intendersi «un medicinale che apporta un significativo beneficio terapeutico o diagnostico rispetto ad un medicinale orfano autorizzato, a seguito di uno o più dei seguenti effetti: 1) maggiore efficacia rispetto ad un medicinale orfano autorizzato (valutato in base all'effetto su un endpoint clinicamente significativo in sperimentazioni cliniche adeguate e ben controllate); in genere si tratta di fornire i medesimi elementi probanti richiesti a supporto di una pretesa efficacia comparata fra due medicinali distinti; di norma saranno necessarie sperimentazioni cliniche comparate dirette, sebbene possano essere utilizzate comparazioni basate su altri endpoint, compresi endpoint surrogati; in ogni caso l'approccio metodologico dovrà essere giustificato; oppure 2) maggiore sicurezza per una frazione considerevole della o delle popolazioni target. In alcuni casi saranno necessarie sperimentazioni cliniche comparate dirette; oppure 3) in casi eccezionali, ove non sia dimostrata né una maggior efficacia né una maggior sicurezza, una dimostrazione che il medicinale dia un sensibile contributo, per altra via, alla diagnosi o alla cura del paziente» (*ivi*, lett. d).

<sup>35</sup> Tra le altre forme di incentivo, merita citare gli sgravi fiscali e/o contributivi e la possibilità per le aziende farmaceutiche di entrare nella compagine di apposite imprese a partecipazione statale per la ricerca e sviluppo di nuovi farmaci. Inoltre, gli "sponsor" possono beneficiare di una forma di assistenza da parte dell'Agenzia per l'elaborazione dei protocolli per l'ottenimento dell'autorizzazione all'immissione in commercio; l'Agenzia, rilascia una consulenza normativa per la presentazione delle istanze di autorizzazione e un parere sulla tipologia di test e prove necessari per "dimostrare la qualità, la sicurezza e l'efficacia del medicinale" sotto esame (art. 6). Per un esame delle questioni di natura etica che rilevano nel finanziamento della ricerca sui

Un'attenzione prioritaria alla ricerca sui medicinali orfani è stata posta dal Settimo Programma Quadro per l'innovazione e lo sviluppo tecnologico (2007-2013), il quale ha finanziato iniziative in materia per oltre 620 milioni di euro, sostenendo ben 120 progetti di ricerca collaborativa<sup>36</sup>. Inoltre, a partire dal 2009 *Annual Work Programme*, la Commissione europea ha posto come requisito essenziale per la presentazione di candidature il possesso della qualifica di farmaco orfano in svariate *Calls for Proposals* focalizzate sulla ricerca preclinica e clinica di specifiche malattie rare. Com'era lecito attendersi, tale scelta ha prodotto un notevole aumento delle richieste per l'assegnazione della qualifica.

Anche l'attuale Programma Horizon 2020 mantiene alto l'interesse per la ricerca nel settore dei farmaci orfani e delle malattie rare e ha già prodotto una serie di azioni tematiche al riguardo<sup>37</sup>.

#### 4. I diritti delle persone affette da malattie rare relativi all'assistenza sanitaria trans-frontaliera

Le persone affette da una malattia rara hanno gli stessi diritti degli altri pazienti a ricevere un'assistenza sanitaria di qualità. A tal fine, è fondamentale che i sistemi sanitari nazionali siano organizzati in modo da garantire a tutti i cittadini prestazioni sicure, di elevata qualità, adeguate ed efficienti. Nel campo delle malattie rare, la carenza di una rete diffusa di servizi sanitari specialistici diffusi sul territorio europeo e la lacunosità del patrimonio scientifico al riguardo rappresentano tuttavia un notevole limite all'applicazione pratica del principio di universalità dell'assistenza sanitaria.

A tale stato l'Unione europea ha tentato di porre un primo rimedio, con l'adozione nel 2011 della direttiva in tema di assistenza sanitaria transfrontaliera<sup>38</sup>, la quale mira «ad agevolare l'accesso a un'assistenza sanitaria transfrontaliera sicura e

---

farmaci orfani, si veda C.A. Gericke, A. Riesberg, R. Busse, *Ethical issues in funding orphan drug research and development*, in 31 *J. Med. Ethics*, 164-68 (2005).

<sup>36</sup> I progetti finanziati vanno dalla ricerca fondamentale sulle malattie rare allo sviluppo di farmaci orfani e coprono svariate branche della medicina, tra cui oncologia, neurologia e medicina neuromuscolare, endocrinologia e medicina metabolica, pneumologia, gastroenterologia, allergologia e immunologia, infettivologia, ematologia, genetica molecolare, nefrologia, urologia, oftalmologia, dermatologia. I progetti in questione hanno facilitato la formazione di team multidisciplinari composti da esperti provenienti da università, centri di ricerca, piccole e medie imprese, imprese farmaceutiche e organizzazioni di pazienti. Tra questi, merita ricordare il progetto "E-Rare", finanziato nel quadro della misura ERA-NET del Settimo Programma Quadro, mirante allo sviluppo e rafforzamento degli strumenti di coordinamento dei programmi nazionali e regionali in tema di ricerca medica. Dal progetto sono, inoltre, derivate alcune *Transnational Calls* che hanno coinvolto enti finanziatori di 13 Stati membri, Canada, Israele, Svizzera e Turchia.

<sup>37</sup> Nel quadro del Programma di Lavoro 2014-2015, sono stati finanziati due progetti: RETHRIM e E-Rare-3. Altri progetti sono stati selezionati nell'ambito della *Call* "PHC14-15 – New therapies for rare diseases". Sono in corso di valutazione i progetti presentati nel quadro del Programma di Lavoro 2016-2017, con riferimento alle *Calls* "SC1-PM-03-2017 – Diagnostic characterisation of rare diseases" e "SC1-PM-08-2017 – New therapies for rare diseases". Infine, la Commissione europea ha annunciato che sosterrà, nell'ambito del Programma Horizon 2020, le attività dell'*International Rare Disease Research Consortium*, creato su iniziativa della stessa Commissione e dell'*US National Institute of Health* e formato da 40 enti finanziatori provenienti dall'Europa, Nord America, Medio Oriente, Asia e Australia, con l'obiettivo di ottenere 200 nuove terapie e strumenti diagnostici per le malattie rare entro il 2020.

<sup>38</sup> Dir. n. 2011/24/UE del P.E. e del Cons., concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, del 9-3-2011.

di qualità ... e a garantire la mobilità dei pazienti»<sup>39</sup>, promuovendo la cooperazione in materia tra gli Stati membri<sup>40</sup>.

Come per la disciplina in tema di farmaci orfani, anche quella in oggetto è fondata sull'art. 114 del TFUE, in quanto volta a «migliorare il funzionamento del mercato interno e la libera circolazione di merci, persone e servizi»<sup>41</sup>.

In virtù della direttiva n. 2011/24/UE, gli Stati membri sono tenuti a rimborsare i costi delle prestazioni sanitarie sostenuti dai rispettivi cittadini in altri Stati membri. In virtù dell'art. 7 della direttiva, lo Stato di affiliazione<sup>42</sup> è obbligato ad assicurare il rimborso dei costi sostenuti da una persona assicurata<sup>43</sup> che abbia usufruito di assistenza sanitaria transfrontaliera nello Stato di cura<sup>44</sup>, ove la persona in questione abbia diritto alle prestazioni fruite all'interno dello Stato di affiliazione.

Lo Stato di cura, a sua volta, è tenuto a prestare un'assistenza transfrontaliera in conformità con la propria legislazione e con gli standard e orientamenti in tema di qualità e sicurezza delle prestazioni sanitarie già definiti a livello nazionale<sup>45</sup>. Inoltre,

---

<sup>39</sup> *Ivi*, X *considerando*, p. 46.

<sup>40</sup> La direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri nel definire le prestazioni sociali di carattere sanitario e nell'organizzazione dei rispettivi sistemi sanitari.

<sup>41</sup> Il 2° *considerando* chiarisce che la normativa in esame «deve basarsi su questa base giuridica [art. 114 del TFUE] anche nel caso in cui la protezione della sanità pubblica sia un elemento determinante delle scelte operate», anche in ragione del fatto che tale disposizione «dispone esplicitamente che, nel realizzare l'armonizzazione, sia garantito un livello elevato di protezione della salute umana, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici». Il 1° *considerando* richiama altresì l'art. 168 del TFUE, sottolineando che «nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana» e quindi «anche nel caso in cui l'Unione adotti atti a norma di altre disposizioni del trattato». In tale perimetro si è mossa pure la Corte di giustizia, la quale, già prima dell'adozione della direttiva in esame, è intervenuta con l'obiettivo (principale) di apprestare un elevato grado di protezione garanzia della libera circolazione dei servizi nell'Unione, mal celando tuttavia la complessità della materia, in ragione del fatto che, come si è detto, l'Unione non ha una diretta competenza nel campo dell'organizzazione dei servizi sanitari, che resta in capo agli Stati membri. Tra le varie sentenze rilevanti in proposito, si vedano, tra le altre, sent. 9-10-2014, C-268/13, *Elena Petru c. Casa Județeană de Asigurări de Sănătate Sibiu e Casa Națională de Asigurări de Sănătate*; sent. 11-7-2013, C-430/12, *Elena Luca c. Casa de Asigurări de Sănătate Bacău*; sent. 5-10-2010, C-173/09, *Georgi Ivanov Elchinov c. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*; sent. 15-7-2010, C-211/08, *Commissione c. Regno di Spagna*; sent. 19-4-2007, C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki contro NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmatismos (OAE)*.

<sup>42</sup> Lo Stato di affiliazione è «lo Stato membro competente a concedere alla persona assicurata un'autorizzazione preventiva a ricevere cure adeguate al di fuori dello Stato membro di residenza» (art. 3, lett. c).

<sup>43</sup> Per persona assicurata, l'art. 3, lett. b) considera «i) le persone, ivi compresi i loro familiari e i loro superstiti, che sono contemplate dall'articolo 2 del regolamento (CE) n. 883/2004 e che sono persone assicurate ai sensi dell'articolo 1, lettera c), di tale regolamento, e ii) i cittadini di paesi terzi cui si applica il regolamento (CE) n. 859/2003, o il regolamento (UE) n. 1231/2010 o che soddisfano le condizioni richieste dalla legislazione dello Stato membro di affiliazione per quanto concerne il diritto alle prestazioni».

<sup>44</sup> Lo Stato di cura è «lo Stato membro nel cui territorio viene effettivamente prestata al paziente l'assistenza sanitaria. Nel caso della telemedicina, l'assistenza sanitaria si considera prestata nello Stato membro in cui è stabilito il prestatore di assistenza sanitaria» (art. 3, lett. d).

<sup>45</sup> In ogni caso, viene fatta salva la possibilità per lo Stato membro di adottare misure nazionali che limitano l'accesso alle prestazioni in assistenza sanitaria transfrontaliera, purché ricorra un motivo imperativo di interesse generale quali «le esigenze di pianificazione riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o alla volontà di garantire un controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane» (art. 4, par. 3); in ossequio al principio di non discriminazione basato sulla nazionalità,

esso è tenuto a garantire l'istituzione di almeno un punto di contatto nazionale (PCN), con funzioni informative. In particolare, il PCN dello Stato di cura fornisce informazioni relative ai prestatori di assistenza sanitaria e, su richiesta dell'interessato, quelle sul diritto di un prestatore specifico di prestare servizi o su ogni restrizione al suo esercizio, nonché le informazioni sui diritti dei pazienti, sulle procedure di denuncia e sui meccanismi di tutela<sup>46</sup>. Il PCN dello Stato di affiliazione è, invece, chiamato a fornire ai pazienti e professionisti sanitari le informazioni sui loro diritti riguardo la possibilità, per i primi, di ricevere un'assistenza sanitaria transfrontaliera nello Stato in questione, in particolare per quanto riguarda termini e condizioni di rimborso dei costi<sup>47</sup>. La direttiva prevede, infine, che i vari PCN cooperino tra di loro e con la Commissione europea, allo scopo di facilitare lo scambio di informazioni, ponendo attenzione all'aspetto dell'accessibilità dei dati, da rendere disponibili anche in via elettronica e, comunque, in formati accessibili alle persone con disabilità.

L'ultimo aspetto generale della disciplina in esame che merita rilevare è quello relativo al regime delle autorizzazioni preventive. S'intende il caso in cui lo Stato di affiliazione contempli un sistema di autorizzazione preventiva al rimborso dei costi per le prestazioni in assistenza sanitaria transfrontaliera. Dato il carattere eccezionale e derogatorio rispetto al principio di universalità delle cure che informa la direttiva, tale regime è ammissibile solo a fronte dell'esigenza per lo Stato in questione di assicurare «un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o alla volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane»<sup>48</sup>, oppure laddove le cure implicate comportino particolari rischi per il paziente o la popolazione o, in ultima istanza, laddove si nutrano «gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità o alla sicurezza»<sup>49</sup> delle prestazioni sanitarie coinvolte.

Le disposizioni appena esaminate valgono per qualsiasi tipo di paziente e con riferimento a ogni tipo di patologia. Nondimeno, esse acquistano carattere e valenza particolari per le persone affette da una malattia rara. Si è già detto circa le difficoltà di diagnosi precise e tempestive e trattamenti terapeutici adeguati che molti pazienti di malattie rare incontrano. La normativa sull'assistenza transfrontaliera rappresenta, dunque, un contributo rilevante al miglioramento e sviluppo di soluzioni concrete nel settore, per una serie di ragioni.

---

tali misure devono essere limitate nel tempo e proporzionate rispetto all'obiettivo da raggiungere e, per questo, essere rese pubbliche in via preventiva.

<sup>46</sup> Ai sensi dell'art. 6, par. 3, i pazienti hanno altresì diritto a conoscere tutte le «possibilità giuridiche ed amministrative disponibili per risolvere le controversie, anche in caso di danni derivanti dall'assistenza sanitaria transfrontaliera».

<sup>47</sup> Tra le informazioni che il PCN dello Stato di affiliazione deve essere in grado di veicolare, assumono rilevanza anche quelle «sui mezzi di tutela e ricorso nel caso in cui i pazienti ritengano che i loro diritti non siano stati rispettati» (art. 5, lett. b).

<sup>48</sup> Art. 8, par. 2, lett. a). In questa fattispecie è altresì necessario verificare che l'assistenza sanitaria comporti il ricovero del paziente per almeno una notte o che sia richiesto l'utilizzo «di un'infrastruttura sanitaria o di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose» (*ibidem*).

<sup>49</sup> Art. 8, par. 2, lett. c).

Anzitutto, la direttiva accoglie la definizione di malattia rara adottata dalle istituzioni europee, a testimonianza di un certo consolidamento della politica europea in questo settore<sup>50</sup>.

In secondo luogo, l'istituzione dei PCN contribuisce all'obiettivo della Commissione di promuovere le reti di riferimento europee nel campo delle malattie rare, come strumenti di circolazione delle conoscenze e competenze dei professionisti sanitari, indispensabili in ambiti in cui la concentrazione delle risorse, umane ed economiche, gioca un ruolo chiave<sup>51</sup>.

La direttiva prevede, inoltre, una serie di disposizioni speciali applicabili nel caso di assistenza sanitaria transnazionale prestata in favore di persone affette da una malattia rara.

Da un lato, nel caso di autorizzazione preventiva richiesta da queste ultime, si stabilisce che la valutazione clinica preliminare alla concessione (o meno) dell'autorizzazione possa essere affidata a esperti del settore<sup>52</sup>. Dall'altro, l'art. 13 dispone che la Commissione promuove e supporta la cooperazione tra gli Stati membri, qualora questa sia diretta ad aumentare le competenze dei professionisti sanitari in tema di diagnosi e cura delle malattie rare<sup>53</sup>. Nella stessa disposizione, infine, la Commissione dichiara il proprio sostegno alle azioni degli Stati membri volte alla promozione degli strumenti previsti dal regolamento n. 883/2004<sup>54</sup>, in tema di trasferimento dei malati rari in Stati membri diversi da quello di residenza, per ricevere diagnosi e cure non disponibili nello Stato di affiliazione. Tale regolamento, peraltro, già prevede il diritto del paziente a recarsi in un altro Stato membro al fine di ricevervi cure adeguate al suo stato di salute, purché previamente autorizzata dall'istituzione competente del proprio Stato. L'autorizzazione viene rilasciata qualora le cure non siano praticabili entro un lasso di tempo *accettabile*<sup>55</sup> sotto il profilo medico.

Su quest'ultimo aspetto, si rammenta che ora l'art. 8 della direttiva supera l'ostacolo di una valutazione medica *generalista* prodromica all'autorizzazione, giacché riserva la valutazione clinica a esperti nel settore delle malattie rare.

---

<sup>50</sup> LV *considerando*.

<sup>51</sup> A tal proposito, la Commissione rinnova e rafforza il proprio sostegno allo sviluppo delle reti di riferimento europee tra prestatori di assistenza sanitaria e centri di eccellenza negli Stati membri, «soprattutto nel settore delle malattie rare» (art. 12, par. 1).

<sup>52</sup> L'art. 8, par. 4 prevede, inoltre, che, ove esperti non possano essere reperiti nello Stato di affiliazione – competente al rilascio dell'autorizzazione preventiva – o nel caso in cui il parere non sia conclusivo, quello stesso Stato può richiedere un parere scientifico, facendo anche ricorso alle risorse offerte dalle reti europee di riferimento (ove esistenti per la patologia interessata).

<sup>53</sup> Quali utili punti di riferimento, l'art. 13, lett. a) indica il database *Orphanet* e, ove esistenti, le reti di riferimento europee.

<sup>54</sup> Reg. n. 883/2004/CE del P.E. e del Cons., relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, del 29-4-2004.

<sup>55</sup> Secondo l'art. 20 del reg. n. 883/2004, l'accettabilità del lasso temporale va valutata «tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia». Merita, inoltre, evidenziare che tale disposizione contempla il caso dell'assistenza sanitaria c.d. *pianificata*, ossia l'ipotesi in cui la persona assicurata in un certo Stato membro pianifichi di recarsi in altro Stato, appositamente per beneficiare di determinate prestazioni sanitarie. Altra ipotesi è quella, disciplinata dall'art. 19, ove si stabilisce che «la persona assicurata e i suoi familiari che dimorano in uno Stato membro diverso dallo Stato membro competente hanno diritto alle prestazioni in natura che si rendono necessarie sotto il profilo medico nel corso della dimora».

## 5. Conclusioni

Ancorché caratterizzata dalla preponderanza di atti di mero indirizzo e comunque limitati al sostegno e coordinamento delle attività poste in essere dagli Stati membri, l'azione finora condotta dall'Unione europea per promuovere la lotta contro le malattie rare ha prodotto significativi progressi nel miglioramento degli strumenti di diagnosi e cura di milioni di pazienti in Europa.

Il fattore chiave alla base di tali sviluppi positivi è senz'altro il rafforzamento della cooperazione tra gli Stati membri, in larga parte ispirata al metodo aperto di coordinamento, promossa dall'Unione europea come espressione più rilevante della propria competenza in materia di sanità pubblica. L'esercizio di tale competenza si è tradotto in misure volte a migliorare il coordinamento delle politiche sanitarie nazionali, promuovere l'attuazione della disciplina in tema di farmaci orfani e assistenza transfrontaliera in favore dei pazienti affetti da una malattia rara, e incentivare la ricerca *di frontiera* in tema di trattamenti terapeutici.

I risultati di tale azione sono messi in luce in un recente Rapporto della Commissione che mostra lo stato di attuazione degli atti europei esaminati nel presente lavoro<sup>56</sup>.

Il risultato più rilevante è quello derivante dal sostegno fornito agli Stati membri nell'elaborazione dei rispettivi piani sanitari nazionali sulle malattie rare. Si è più volte detto della scarsità di conoscenze nel campo delle malattie rare. Questa circostanza condiziona le abilità delle autorità nazionali competenti nell'adottare piani e strategie per affrontare le diverse sfide che le malattie rare pongono. Già l'EUCERD aveva raccomandato agli Stati membri taluni indicatori chiave per la redazione di tali piani<sup>57</sup>. La Commissione ha, dal canto suo, supportato gli Stati, soprattutto quelli che per la prima volta si avvicinavano alla *governance* delle malattie rare, nell'orientare le rispettive scelte di politica sanitaria, nell'ottica di valorizzare le attività degli strumenti già esistenti quali, *in primis*, le reti di riferimento europee e la banca dati informativa *Orphanet*.

Un altro ambito di intervento è quello relativo ai farmaci orfani. Alla luce di uno studio della DG *Health and Food Safety* della Commissione pubblicato agli inizi del 2016, è cresciuto significativamente il numero delle designazioni ottenute dagli *sponsor*<sup>58</sup>, così come sono degne di nota le centodiciassette autorizzazioni

---

<sup>56</sup> *Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Implementation report on the Commission Communication on Rare Diseases: Europe's challenges [COM(2008) 679 final] and Council Recommendation of 8 June 2009 on an action in the field of rare diseases (2009/C 151/02), COM(2014) 548 final, del 5-9-2014.*

<sup>57</sup> Si tratta delle *EUCERD Recommendations on Core Indicators for Rare Disease National Plans/Strategies*, del 5-6-2013. Tali raccomandazioni capitalizzano i risultati del progetto EUROPLAN (*European Project for Rare Disease National Plans Development*), co-finanziato dal Programma europeo *Public Health*, un progetto di tre anni, coordinato dall'Istituto Superiore di Sanità – Centro nazionale per le malattie rare, il quale, tra gli altri output, ha elaborato un *Report on indicators for monitoring the implementation and evaluating the impact of National Plans or Strategies for rare diseases*, individuando 59 "core indicators" che l'EUCERD ha poi revisionato e razionalizzato in 21 ([www.eucerd.eu](http://www.eucerd.eu)).

<sup>58</sup> *L'Inventory of Union and Member State incentives to support research into, and the development and availability of, orphan medicinal products – Final state of play 2015*, cit., mette in luce l'elevato numero di designazioni ottenute a norma del reg. n. 141/2000: 1544 (di cui 1227 ancora attive), grazie alle quali sono stati fatti progressi considerevoli nel trattamento di malattie rare quali

all'immissione in commercio di nuovi farmaci<sup>59</sup>. Tali innovazioni terapeutiche hanno prodotto importanti sviluppi nel trattamento di patologie come il cancro<sup>60</sup>, le disfunzioni metaboliche congenite<sup>61</sup> e quelle del sistema ematico<sup>62</sup>. Nondimeno, i farmaci di nuova autorizzazione non sono ancora disponibili in tutti gli Stati membri e, pertanto, le possibilità di cura per molti pazienti sono seriamente pregiudicate. Per questo gli Stati, competenti in tema di stabilimento dei prezzi dei medicinali e relativo rimborso, sono chiamati a sforzi ulteriori per garantire un accesso sostenibile e più ampio a tali medicinali<sup>63</sup>.

L'azione dell'Unione europea ha contribuito, altresì, a elevare la qualità della ricerca sul tema delle malattie rare. Oltre all'impegno finanziario profuso per sostenere numerosi progetti di ricerca collaborativa nei vari profili inerenti alla gestione di tali malattie, essa ha promosso l'istituzione di nuovi registri e *database* dei pazienti<sup>64</sup>. Tali interventi hanno, in definitiva, consentito di migliorare gli standard dei trattamenti terapeutici a disposizione, sotto il profilo della qualità, efficacia, sicurezza ed efficienza.

Ad avviso della Commissione, tuttavia, la strada da percorrere è ancora lunga: nonostante i progressi compiuti, infatti, è necessario imprimere un'accelerazione alla risoluzione di una serie di questioni cardine nella lotta contro i *rare diseases*. A tal fine, sono ribaditi il sostegno agli Stati membri e il ruolo di coordinamento dell'Unione, in tema di ricerca, classificazione e promozione della consapevolezza degli attori, pubblici e privati, ed *empowerment* dei pazienti.

Da ultimo, merita rilevare la recente proposta di risoluzione del Parlamento europeo sul potenziamento della ricerca per le malattie rare, del 29 febbraio 2016<sup>65</sup>. Due aspetti sono degni di nota: da un lato l'invito alla Commissione a rafforzare i

---

leucemia mieloide acuta, fibrosi cistica, glioma, carcinoma pancreatico, tumore ovarico, mieloma multiplo, leucemia linfoblastica cronica e carcinoma epatocellulare.

<sup>59</sup> L'82% dei farmaci di nuova autorizzazione consiste in nuove sostanze e ben 25 appartengono a piccole e medie imprese. Le patologie che più hanno beneficiato di tali nuovi medicinali sono l'ipertensione arteriosa polmonare, la leucemia mieloide acuta, la fibrosi cistica, il mieloma multiplo e la leucemia linfoblastica acuta e cronica.

<sup>60</sup> Il *Glivec* (imatinib) è un farmaco autorizzato per il trattamento dei pazienti (adulti e in età pediatrica) affetti da leucemia mieloide cronica; il *Revlimid* (lenalidomide) è indicato per quelle persone affette da mieloma multiplo non trattate in precedenza e prive dei requisiti per il trapianto di midollo osseo.

<sup>61</sup> Il *Vinixim* (elosulfase alfa) è indicato per il trattamento della mucopolisaccaridosi.

<sup>62</sup> L'*Exjade* (deferasirox) è indicato per il trattamento della ipo-sideremia cronica dovuta a frequenti trasfusioni sanguigne in pazienti (di età superiore a sei anni) con beta-talassemia.

<sup>63</sup> Per agevolare gli Stati membri nel risolvere la suddetta problematica, la Commissione ha creato il gruppo di lavoro *Mechanism of Coordinated Access to Orphan Medicinal Products*, nel quadro del *Process on Corporate Social Responsibility in the Field of Pharmaceuticals*, con il compito di «examine how to provide 'real life access' to orphan medicinal products for patients suffering from rare diseases». La principale raccomandazione elaborata dal gruppo di lavoro riguarda lo sviluppo di un meccanismo coordinato tra Stati membri e "sponsor", che dovrebbe condurre a «more rational prices for payers, more predictable market conditions for industry and more equitable access for patients» ([ec.europa.eu/enterprise/sectors/healthcare/competitiveness/process\\_on\\_corporate\\_responsibility](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/healthcare/competitiveness/process_on_corporate_responsibility)).

<sup>64</sup> Come già rilevato in precedenza, uno degli aspetti più problematici della questione è il basso livello di inter-operabilità tra registri e database. Per temperare tale aspetto, la Commissione ha creato la *European Platform on Rare Diseases Registration*, il cui compito è quello di offrire a tutti gli stakeholder un punto di informazione centralizzato sui registri dei pazienti esistenti, nonché di potenziarne l'operatività tecnica.

<sup>65</sup> Prop. di ris. del P.E. sul potenziamento della ricerca per le malattie rare, B8-0404/2016, del 29-2-2016.

programmi europei di ricerca nel settore, poiché i progressi raggiunti non possono ancora considerarsi sufficienti; dall'altro la data di adozione dell'atto.

Il 29 febbraio, un giorno raro, dichiarato dal 2008 *Giornata delle malattie rare*<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> La Giornata viene celebrata il 28 febbraio negli anni non bisestili.

# L'uso della comparazione nella giustizia costituzionale albanese

di Anjeza Sina

**Abstract:** *The use of comparative method in the Albanian constitutional justice* – The present research aims to investigate the actions of the Albanian Constitutional Court and in particular if this court uses comparative method to the judicial interpretation. Influence of European courts can be identified rather in the structure and powers of Constitutional Court than in its jurisprudence. In the countries like Albania that represents one of the newest democracies established after the fall of the Communist regime in Europe, crucial question it is the development of constitutional justice.

**Keywords:** Albania; Constitutional justice; Comparative method; Foreign law; Transitional justice.

## 1. Premesse

Le dinamiche della Corte costituzionale albanese possono essere comprese solo prendendo le mosse dal processo di transizione democratica del Paese, in maniera da evidenziarne gli aspetti più problematici e controversi. Particolare attenzione, inoltre, va posta alla prospettiva dell'adesione dell'Albania all'Unione europea, che comporta il previo adeguamento del *corpus* normativo interno ai parametri stabiliti dall'Unione in vista del proprio allargamento. Ciò premesso, la presente ricerca intende approfondire l'operato della Corte costituzionale albanese ed in particolare il ricorso da parte di essa, ai canoni della comparazione giuridica nell'interpretazione giudiziale<sup>1</sup>.

L'Albania ha modificato in breve tempo la forma di Stato, basata sul *Socialist model*, adeguandosi agli stilemi occidentali basati sul principio democratico e su procedure a carattere partecipativo. Non sfugge all'attenzione degli studiosi del diritto che le Carte costituzionali adottate nei Paesi balcanici, con l'aiuto dato soprattutto dalla Commissione di Venezia<sup>2</sup>, definite emblematicamente le

---

<sup>1</sup> Sull'uso della comparazione ai fini dell'interpretazione giudiziale in quanto tecnica di "imitazione" e di "dialogo" v. G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, IX edizione, I, Padova, 2013, spec. i nuovi par. 2, 3 e 4 della *Premessa* metodologica (6 ss.). Le differenziazioni devergottiniane si riferiscono alla separazione tra "*diffusione imitativa delle idee costituzionali*", come "flusso", e "*uso della comparazione come interpretazione giudiziale*", in quanto tecnica di "imitazione" e "dialogo". Per una disamina dei pro e contro della comparazione si v. J. Allard, L. Van den Eynde, *Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme*, in I. Hachez (Ed.), *Les sources du droit revisitées: Normativités concurrentes*, Bruxelles, 3, 2012; Id., *Le dialogue des juges dans la mondialisation*, in *Le dialogue des juges, Actes du colloque*, 9, Bruxelles, 2007.

<sup>2</sup> Oltre all'attività di assistenza giuridica ai processi di adozione di una nuova costituzione, di cui appunto quello albanese rappresenta l'esempio più tipico, la Commissione di Venezia è impegnata

«Costituzioni della crisi», presentano elenchi dettagliati in tema di diritti e introducono istituti nuovi per i sistemi originariamente a diritto socialista<sup>3</sup>, quali la proprietà o le regole finalizzate a favorire lo sviluppo del libero mercato e il diritto privato. Ad ulteriore conferma dell'avvenuto cambiamento istituzionale e politico fanno la loro comparsa insieme ai partiti politici, i nuovi sistemi elettorali e, in particolar modo, quello proporzionale.

Sempre in linea generale, si rammenta che i padri costituenti dei Paesi ex socialisti, prendendo le mosse dagli istituti tipici dello Stato democratico di diritto, si sono soffermati sul catalogo dei diritti e alla disciplina delle garanzie istituzionali quali la separazione dei poteri, l'indipendenza della magistratura, il principio di legalità, l'imparzialità della pubblica amministrazione; infine, in ordine alla tutela giurisdizionale, hanno posto l'accento sull'autonomia e l'imparzialità di un organo di giustizia costituzionale effettivamente operante<sup>4</sup>.

L'esempio di molte Costituzioni dei Paesi dell'Europa centro-orientale che si conformano alle norme del diritto internazionale rompe dunque lo schema secondo cui diritto è solo il diritto dello Stato<sup>5</sup>.

In questo contesto i formanti<sup>6</sup> giurisprudenziali europei hanno contribuito in maniera significativa alla recezione di principi a carattere generale all'interno dei singoli ordinamenti, fino a divenire una parte del patrimonio costituzionale degli Stati membri e, quindi, anche di quelli dell'Est europeo. I principi comuni includono la legalità, la proporzionalità, l'imparzialità, la sussidiarietà, l'obbligo di motivazione, l'aspettativa legittima e i diritti fondamentali, prima sconosciuti al legislatore dell'Est europeo.

## 2. Le interferenze sulla transizione della Costituzione albanese

Dopo aver superato momenti critici per l'adozione di una Costituzione democratica, soprattutto a causa della bocciatura del 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, assistita dalla Commissione di

---

nel costante lavoro di revisione costituzionale, attività che, di nuovo ed evidentemente, ha trovato la sua sede privilegiata nelle nuove democrazie dell'area ex sovietica. Si rimanda diffusamente a S. Bartole, *Final Remarks: The Role of the Venice Commission*, in *Review of Central and East European Law*, 26 (2000), 351 e ss.; C. Giakoumopoulos, *La contribution du Conseil de l'Europe aux réformes constitutionnelles: l'action de la Commission de Venise*, in G. Amato, G. Braibant, E. Venizelos (Eds), *The Constitutional Revision in Today's Europe / La révision constitutionnelle dans l'Europe d'aujourd'hui*, European Public Law Series, 2002.

<sup>3</sup> Si rinvia in particolare a L. Montanari, *Le nuove democrazie in europa centro-orientale*, P. Carrozza, *Il diritto socialista*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014.

<sup>4</sup> Cfr. E. D'Orlando, *Costituzionalismo dei diritti e comparazione giuridica nell'area balcanica: Riflessioni sul metodo*, Bolzano, 07, 2013. Sul sindacato di costituzionalità si rinvia diffusamente a A. Vidaschi, *La giustizia costituzionale*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, cit.

<sup>5</sup> Non solo, ma come è stato detto, anche la circolazione dei modelli giuridici è effettuata dalle Corti costituzionali dell'Est europeo in modo non sempre coerente alla teoria del "dialogo". V. G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti, Giudici, diritto straniero comparazione*, Urbino, 2010, 353 ss.

<sup>6</sup> Sul concetto di formante si v. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; Id., *Legal Formants: A Dynamic approach to comparative law*, in 39 *Am. J. Comp. L.*, 1, (1991).

Venezia del Consiglio d'Europa, si è dotata di una nuova Costituzione il 21 ottobre 1998, poi approvata con referendum popolare il successivo 22 novembre<sup>7</sup>.

Si è già detto che l'integrazione europea è diventata il punto focale del processo di stabilizzazione dell'intera regione balcanica; considerando, infatti, il trascorso storico di mille anni di dominazione bizantina e cinque secoli di dominazione ottomana, l'Albania ambisce a diventare parte dell'Unione europea<sup>8</sup>. L'Unione rappresenta per l'Albania un *reference model* per lo sviluppo delle istituzioni politiche, o ancora meglio uno *strong model*, ovvero sia un modello che introduce forme di condizionalità così incisive da dover ammettere che il nuovo costituzionalismo albanese, come per tutti i Paesi balcanici, si iscrive a pieno titolo nel modello generale di forme di stato proprie degli stati membri dell'Unione europea<sup>9</sup>. Sintomatica è da ultimo, 21 luglio 2016, la riforma della giustizia approvata in blocco dal Parlamento all'unanimità che modifica 45 articoli della Costituzione<sup>10</sup>.

Accanto a tutto questo un contributo considerevole è offerto dalla giurisprudenza della CEDU<sup>11</sup> che ha contribuito a plasmare e rafforzare l'ordine costituzionale, lo stato di diritto, ivi compresi i valori e principi europei. Ciò è confermato dal fatto che la Costituzione albanese riproduce in modo quasi identico gli standards europei e il catalogo dei diritti umani previsti dalla CEDU. Non solo, ma come definito dagli articoli 17 e 122 della Costituzione, gli accordi internazionali sui diritti umani, ratificati con legge, fanno parte del sistema giuridico nazionale e

---

<sup>7</sup> La Costituzione albanese è composta da 183 articoli preceduti da un breve preambolo che costituisce una novità rispetto alla Costituzione provvisoria del 1991 e del progetto del 1994. Invero il preambolo, pur non essendo vincolante, costituisce un valido strumento di interpretazione del testo costituzionale. Per una ulteriore disamina sull'argomento si rinvia a K. Loloci, *Kushtetuta e re dhe nevoja për një mentalitet të ri* (La nuova costituzione e la necessità di una nuova mentalità), Tiranë, 2002; K. Traja, *Kushtetuta dhe sistemi i mbrojtjes së të drejtave të njeriut*, in *Kushtetuta e re shqiptare sfida e së ardhmes euroatlantike të Shqipërisë*, Tiranë, 2002.

<sup>8</sup> Sulle tematiche dell'Unione europea si rinvia L. Melica, *L'unione incompiuta*, Napoli, 2015.

<sup>9</sup> Sulla circolazione dei modelli giuridici si v. diffusamente R. Sacco, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, IV ed., vol. II, Torino, 1988, 365 ss; M. Carducci, "Imitazioni" e "dialoghi" come «amministrazione» del linguaggio?, in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, t. I, Padova, 2015.

<sup>10</sup> La riforma costituzionale, ritenuta da Bruxelles una condizione fondamentale per l'entrata del paese balcanico in Ue, prevede un radicale cambiamento dell'intero sistema giudiziario. Tutto il processo è stato seguito in ogni fase dalle missioni di assistenza Euralius (Bruxelles) e Opatd (Washington), dal Parlamento Europeo, dal Consiglio d'Europa attraverso la Commissione di Venezia e dalle missioni diplomatiche a Tirana.

<sup>11</sup> Da qui merita di essere citato il costante riferimento della Corte, in particolare, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per quanto concerne la CEDU, ritenuto il particolare ruolo che riveste all'interno della gerarchia delle fonti i riferimenti sono svariati. A titolo di esempio, la decisione della Corte costituzionale n. 47 del 30.07.2014 (V-47/14) con oggetto la violazione del diritto ad un equo processo («giusto processo», alb. proces i rregullt ligjor) in seguito alla mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato riguardanti il licenziamento dall'incarico della cittadina Tatjana Milo ex capo del Dipartimento sulla Salute presso la Direzione generale delle prigioni. Sul ricorso verso il licenziamento della ricorrente la Commissione pubblica amministrazione con delibera n. 64 del 23.03.2005 ha deciso di riportarla all'incarico precedente e ha altresì deciso il pagamento dello stipendio dal momento del suo licenziamento. La Corte nel risolvere la questione elenca gli artt. 42, 131 lett. f, 134 c. 1, lett. g della Costituzione della Repubblica d'Albania e gli art. 27 e ss della l. n 8577, 10.02.2000, inter alia richiama direttamente l'art. 6 della CEDU. I giudici si rifanno direttamente alla giurisprudenza della corte di Strasburgo nella parte in cui si legge che "Allo stesso modo, la Corte, basandosi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in modo continuo, ha ribadito che la durata ragionevole dei procedimenti deve essere valutata alla luce delle circostanze del caso e tenendo conto della complessità del caso, il comportamento del ricorrente e delle autorità competenti".

hanno la priorità sulla legislazione ordinaria<sup>12</sup>. Nella gerarchia delle norme giuridiche la CEDU, quale accordo internazionale ratificato con legge, si colloca subito dopo la Costituzione. Lo speciale status della Convenzione nella gerarchia delle fonti, unitamente alla sua “valorizzazione” da parte della giurisprudenza costituzionale, hanno dunque accentuato il sistema di garanzie, la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali. La pratica costituzionale albanese è la prova vivente del fatto che i criteri della giurisprudenza della Corte EDU sono stati il principale fondamento per la Corte Costituzionale, nel senso che la Corte albanese utilizza la giurisprudenza di Strasburgo come fosse la propria<sup>13</sup>.

### 3. Il ruolo, competenze e funzioni della Corte costituzionale

A testimonianza dello stretto legame tra le Corti costituzionali e i processi di transizione democratica<sup>14</sup> anche in Albania, gli organi di tutela costituzionale sono entrati in carica prima dell'adozione di una nuova Costituzione, svolgendo, dunque, un ruolo di primaria importanza anche all'interno del processo costituente<sup>15</sup>.

Giova qui ricordare che in Albania, nel 1991, era entrata in vigore la Legge sulle Principali Disposizioni Costituzionali (l. n. 7491 del 29 aprile 1991)<sup>16</sup>, più comunemente nota come “Costituzione transitoria”, la quale sanciva delle novità per un ordinamento comunista quali il pluralismo politico, la separazione dei poteri e la protezione dei diritti fondamentali. In merito alle novità introdotte dalla Costituzione provvisoria si rammenta che l'anno seguente venne istituita, per effetto della modifica costituzionale di cui alla legge n. 7651402/1992 – per la prima volta

<sup>12</sup> S. Berberi, *Kufjhtë kushtetues strukturorë të pushtetit ligjvënës dhe kontrolli kushtetues* (I confini costituzionali strutturali del potere legislativo e del controllo costituzionale), Tirana, 2014.

<sup>13</sup> Sul ruolo della Cedu in Albania cfr. L. Bianku, *Jurisprudenca e Gjykatës së Strasburgut* (La giurisprudenza della Corte di Strasburgo), Tirana, 2007; Id., *La procedura del riconoscimento dei diritti umani in Albania e ruolo della CEDU nel diritto interno in Albania*, in Council of Europe, European Commission, Rapporto sullo studio dell'avvicinamento della legislazione albanese con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, Tirana, 2001, 21. A. Puto, *Konventa evropiane për të drejtat e njeriut në përfaqje me Kushtetuten e Shqipërisë* (La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella Costituzione albanese), Tirana, 2002.

In generale, sull'influenza della Cedu nei Paesi dell'Europa centro-orientale si v. I. Motoc, I. Ziemele, *The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe: Judicial Perspectives*, Cambridge, 2016.

<sup>14</sup> Per l'Albania si è parlato di transizione “ritardata”. Sul punto si rinvia a A. Sina, *Democracy delayed: Albanian's pathways to post-Communism*, in *Rivista semestrale del Corso di Laurea in Scienze Politiche e delle Relazioni Internazionali Eunomia* (2012), n. 2, 235-250; D. Gumeni, *Transicion apo trashëgimi*, (Transizione oppure eredità), Tirana, 2011; E. Biberaj, *Albania in Transition. A Rocky Road to Democracy*, Boulder, 1999.

Le transizioni sono di diversi tipi e diversi tempi delle stesse: transizione contrattata (Polonia, Ungheria), imposta (URSS e Stati derivati), dal basso (Cecoslovacchia, in parte Bulgaria), dall'alto (Romania), precoce (Ungheria), “finta” (Serbia, Montenegro, Croazia, Bosnia), transizione dal comunismo al nazionalismo (Croazia, Serbia) e poi da quest'ultimo alla democrazia (ma senza che il nazionalismo scompaia del tutto), transizione minima o apparente (ossia transizione dalla Stato sovietico a quello post-sovietico: area CSI). Ci si permette di rinviare sull'argomento a A. Di Gregorio, *Forme di governo e transizione democratica nell'Europa post-socialista*, in L. Montanari, R. Toniatti, J. Woelk (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010.

<sup>15</sup> Basti pensare, al caso della Polonia, dell'Albania o (spingendo il campo di indagine al di fuori dell'Europa) del Sud Africa.

<sup>16</sup> La legge costituzionale n. 7491 del 29 aprile 1991 abrogava la Costituzione socialcomunista del 28 dicembre 1976.

nella storia del Paese – una vera e propria Corte costituzionale (*Gjykata Kushtetuese e Republikës së Shqipërisë*) dotata di poteri decisionali e non di raccomandazione come prescritto dal precedente progetto del Consiglio costituzionale. Nella primissima fase, proprio nel periodo che va dal 1992 al 1998<sup>17</sup>, il summenzionato organo emanò rilevanti sentenze in materia di “giusto processo” e si occupò in diverse occasioni di “giustizia di transizione”, pronunciandosi, in particolare, sulla legittimità costituzionale delle “leggi di lustrazione”<sup>18</sup> che erano state adottate nel Paese dopo la caduta del regime<sup>19</sup>. Sempre in questa fase fu imposta la necessità di ricreare un ordine giuridico nuovo, privo dei residui della vecchia mentalità autoritaria. Difatti, molti giudici di stampo comunista furono dispensati e sostituiti da giudici che avevano completato una formazione giuridica della durata di solo sei mesi<sup>20</sup>.

La Costituzione democratica del 1998 porta dunque con sé la novità di una Corte costituzionale intesa come tribunale di tipo particolare, deputato a garantire lo Stato di diritto<sup>21</sup>.

Come autorevole dottrina sostiene «La creazione della Corte Costituzionale è stata senza dubbio una vittoria per la democrazia albanese, un passo importante sulla via della creazione di uno Stato di diritto»<sup>22</sup>, posto che prima d'allora non si era mai parlato della istituzione di un organo specifico con funzione di controllo di costituzionalità delle leggi. In questa visione prospettica, si può ritenere che la *ratio* dell'istituzione di un organo di controllo indipendente fosse comunque propria anche delle concezioni delle precedenti Costituzioni albanesi, redatte prima della seconda

---

<sup>17</sup> Il 1998 è l'anno di entrata in vigore della nuova Costituzione. Si rinvia a T. Frachery, *Le droit constitutionnel albanais à l'épreuve de la pratique des institutions*, in *Rev. intern. dr. comp.*, II, 2007.

<sup>18</sup> Le “leggi di lustrazione” costituiscono i provvedimenti più frequentemente utilizzati negli ordinamenti dell'Europa centrale ed orientale per “fare i conti” con il passato comunista e hanno lo scopo di impedire alle persone coinvolte con il precedente regime autoritario o in qualche modo interessate ad un suo ritorno di ricoprire cariche importanti all'interno del nuovo apparato statale.

Oltre che in Albania, tali misure sono state adottate anche in Ungheria, Bulgaria, Lituania, Lettonia, Estonia, Polonia, Romania, Russia, Ucraina, Bielorussia e Germania. Non bisogna tralasciare che le Corti costituzionali dell'Albania, della Romania, della Polonia e della Macedonia hanno dichiarato in tutto o in parte l'incostituzionalità delle leggi di lustrazione adottate nei rispettivi Paesi. V. R. Teitel, *Post-communist constitutionalism: a transitional perspective*, in *Col. H.R.L.R.* 26, 1994. La stessa Corte costituzionale albanese con Decisione n. 9, 23.03.2010 (V - 9/10) ha esaminato e le misure legislative e la pertinente giurisprudenza in materia di lustrazione preso in un certo numero di Paesi, come la Repubblica ceca, Lituania, Lettonia, Estonia, Bulgaria, Ungheria, Germania, Polonia, Romania, Serbia.

<sup>19</sup> L. 7666/1993; l. 8001/1995 (Legge sul genocidio e sui crimini contro l'umanità commessi durante il regime comunista per motivi politici, ideologici e religiosi); l. 8043/1995 (Legge sulla verifica del carattere morale degli ufficiali o di altre persone connesse con la difesa dello Stato democratico). Un commento alla prima legge si trova in K. Imholz, *A Landmark Constitutional Court Decision in Albania*, in N.J. Kritz (Eds.), *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, 2, Washington D.C., 1995, 729 ss.; per un commento su tutte e tre le leggi cfr. M.S. Ellis, *Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc*, in *Law & Cont'y Prob.*, 59, 4, (1996), 185-187; K. Imholz, *States of Emergency as Pretexts for Gagging the Press. Word Play at Albania's Constitutional Court*, in *East Eur. Const. Rev.*, 6, 4, 1997. Deve essere ricordato, inoltre, che nel 2009 è entrata in vigore in Albania una nuova legge di lustrazione (legge 10034/2008), che è stata tuttavia dichiarata incostituzionale dalla Corte nel marzo 2010.

<sup>20</sup> Cfr. L. Droboniku, *L'ordinamento giudiziario albanese*, Roma, 2012.

<sup>21</sup> Cfr. Xh. Zaganjori, A. Anastasi, E. Cani (Methasani), *Shteti i së drejtës në Kushtetutën e Republikës së Shqipërisë* (Lo stato di diritto nella Costituzione della Repubblica d'Albania), Tirana, 2011; L. Omari, *Shteti i së drejtës* (Lo stato di diritto), II éd., Tirana, 2004.

<sup>22</sup> Cfr. L. Omari, A. Anastasi, *E drejta kushtetuese* (Diritto costituzionale), Tirana, 2010, 413.

guerra mondiale. Ciò che era sconosciuto era l'attitudine di tali organi a giudicare utilizzando come parametri le disposizioni costituzionali sull'eguaglianza, sui diritti umani, sui principi costituzionali, e via di seguito. Il periodo comunista, infatti, aveva conosciuto due costituzioni, quella del 14 marzo 1946, modificata all'inizio degli anni '50 dopo la rottura con la Jugoslavia e il ravvicinamento con l'URSS e la Costituzione del 28 dicembre 1976 che invece rispecchiava la tendenza isolazionistica del Paese. Tali Costituzioni elencavano i classici diritti fondamentali e le libertà sociali, come nei Paesi delle democrazie liberali, ma non contemplavano forme atte a garantire l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali ivi riconosciuti. In tale prospettiva l'ordine giudiziario era sottoposto al controllo della volontà del Capo del Partito Comunista, del Comitato Centrale e di altre autorità dell'esecutivo. Invero non era concepibile una separazione dei poteri, il potere era considerato unico ed apparteneva al popolo; e dunque, per la dottrina comunista, si parlava non di separazione dei poteri, ma di divisioni delle funzioni<sup>23</sup>. Nella costituzione albanese del 1946 il controllo di costituzionalità delle leggi e l'interpretazione delle stesse era di competenza del Presidio dell'Assemblea Popolare (il Parlamento, alb. *Kuvendi Popullor*). Successivamente, nella Costituzione del 1976 (art. 67 Cost.) tale potere fu detenuto dal solo organo supremo del potere statale, il Parlamento<sup>24</sup>.

Alla luce di questi precedenti, fu una straordinaria novità la riscoperta del valore normativo e prescrittivo del documento costituzionale da parte dei Paesi ex comunisti come nel caso di specie. Difatti, se i testi costituzionali, come si sostiene in dottrina<sup>25</sup>, all'epoca del regime, non costituivano altro che un vago programma di natura politica e spesso propagandistica, radicalmente sganciato dal tessuto sociale e normativo di riferimento, grazie al costituzionalismo del 1989 è stato riscoperto il valore prescrittivo e la natura tecnica di regolazione sociale delle Carta costituzionale. In definitiva, i recenti testi adottati in tutto l'Est europeo, grazie al loro valore normativo hanno acquisito un significato del tutto diverso rispetto a quello del passato.

Nel caso dell'Albania<sup>26</sup>, già si è detto che il sistema di gerarchia delle fonti conferisce ai trattati internazionali un'efficacia superiore a quella della legge

<sup>23</sup> Più in generale nei Paesi del sud dell'Europa orientale, al tempo del regime comunista, non esistevano forme di controllo sulle leggi esercitate da un altro corpo al di fuori del corpo legislativo.

<sup>24</sup> Cfr. L. Omari, A. Anastasi, *E drejta kushtetuese* (Diritto costituzionale), cit. 411 ss.

<sup>25</sup> La letteratura sul tema è sterminata. Si veda almento, senza pretese di esaustività O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010, 265. Si veda anche J. Woelk, *I Balcani: una scommessa per la capacità integrativa del modello pluralistico europeo. Introduzione*, in L. Montanari, R. Tonatiti, J. Woelk (a cura di), *op. cit.*; M. Calamo Specchia (a cura di), *I Balcani occidentali. Le costituzioni della transizione*, Torino, 2008; G. De Vergottini (a cura di), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa centro-orientale*, Torino, 2000, 273 ss; J.P. Massia, *La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme*, in S. Milacic (a cura di), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, Bruxelles, 1998; L. Favoreu, *La justice constitutionnelle de l'Est: modèle importé ou modèle reconstruit*, in S. Milacic (a cura di), *La démocratie constitutionnelle*, cit.

<sup>26</sup> Un vero e proprio laboratorio è rappresentato dalla storia dai Paesi dei Balcani occidentali che si contraddistinguono dagli altri Paesi dell'Europa centro-orientale per l'affermazione di un sistema di giustizia costituzionale con un organo accentrato. Si rimanda diffusamente a E. Hösch, *Storia dei Balcani*, Bologna, 2005; G. Prévelakis, *I Balcani*, Bologna, 1997; J.P. Massias, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, Paris, 1998; W.Sadurski, *Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, 2005; Id., *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional*

ordinaria<sup>27</sup>. Infatti, in base all'art 116 Cost. tra gli atti normativi che hanno vigore su tutto il territorio della Repubblica d'Albania si annoverano: a) la Costituzione; b) gli accordi internazionali ratificati; c) le leggi; d) gli atti normativi emanati dal Consiglio dei Ministri.

Il quadro delle norme che disciplinano la struttura e le funzioni della Corte costituzionale<sup>28</sup> vede accanto agli articoli della Costituzione (artt. 124-134 cost.), la legge n. 8577 del 10.02.2000 «Sull'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale». Quanto alla sua composizione la Corte costituzionale albanese è formata da 9 membri, nominati dal Presidente della Repubblica con approvazione dell'Assemblea (*Kuvendi*); i giudici costituzionali rimangono in carica per un periodo di nove anni – periodo sufficientemente lungo che consente loro di transitare almeno tra due legislature – e il mandato non è rinnovabile (art. 125 Cost.). Il presidente della Corte rimane in carica per un mandato di 3 anni, con possibilità di rielezione. La Corte è rinnovabile per un terzo ogni tre anni<sup>29</sup>.

Si è apportato un arricchimento del tessuto democratico degli organi costituzionali, assicurando la trasparenza del processo formativo delle decisioni del

---

*Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Berlin, 2002; V. Balla, *Kontrolli kushtetues në Shqipëri. Roli i Gjykatës kushtetuese si garante e shtetit të së drejtës dhe të drejtave themelore të njeriut: sfidat, arritjet, perspektivat* (Il controllo di costituzionalità in Albania. Il ruolo della Corte costituzionale come garante dello stato di diritto e dei diritti umani fondamentali: le sfide, i risultati, le prospettive) Tirana, 2014.

<sup>27</sup> Una delle novità cruciali che caratterizza le Carte costituzionali dell'Europa orientale, e dell'area balcanica in particolare, rispetto al modello socialista è la significativa apertura al diritto internazionale.

<sup>28</sup> In quanto “Corti di terza generazione” – sulla ripartizione tra corti di prima, seconda e terza generazione si rinvia a M. Fromont, *La justice constitutionnel dans le monde*, Parigi, 1996 – nate in seguito al crollo del regime comunista, hanno mostrato una sensibilità alle dinamiche di transnazionalità dei diritti fondamentali, e quindi al dialogo multilivello tra le corti. In tale luce, in questa sede la riflessione dall'alveo dei Balcani occidentali si volge, con particolare riferimento, all'indagine sulla Corte costituzionale albanese.

Sull'organizzazione della Corte costituzionale albanese si veda soprattutto S. Sadushi, *Drejtësia Kushtetuese në zhvillim* (Giustizia costituzionale in fase di sviluppo), Tirana, 2012; Id, *Kontrolli kushtetues* (Il controllo costituzionale), Tirana, 2004, 81; A. Vorpsi, *Interpretimi i Kushtetutës nga Gjykata Kushtetuese* (L'interpretazione della Costituzione da parte della Corte Costituzionale) in *Revista E drejta parlamentare dhe Politikat ligjore*, Tirana, nr. 24/2005. M. Ganino, *La Costituzione albanese del 1998: alla ricerca dell'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999; si veda anche S. Baldin, *Le “altre” funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'Est europeo*, Trieste, 2000.

<sup>29</sup> Tra i requisiti per divenire giudice della Corte costituzionale sono quelle di essere un giurista di chiara fama ed esercitare da almeno quindici anni la professione legale.

All'approvazione della Costituzione democratica ha seguito il passaggio di una serie di importanti leggi sul potere giudiziario. Il quadro legale sul quale si basa e funziona il sistema giudiziario in Albania è formato dalle leggi precedenti all'approvazione della Costituzione democratica del 1998 quali: la legge del 1996 sull'istituzione della Scuola di Magistratura e la legge del 1995 sull'istituzione dell'Ufficio sull'Amministrazione del Budget Giudiziario, legge del 1995 sul C.p.p. e la legge del 1996 sul C.p.c.; e dopo il 1998: la legge sull'organizzazione e il funzionamento del potere giudiziario nella Repubblica dell'Albania (l. n. 9877, il 18.02.2000); la legge sull'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale (l. n. 8577, il 10.02.2000); la legge sull'organizzazione e il funzionamento della Suprema corte (l. n. 8588, il 15.03.2000); la legge sull'organizzazione e il funzionamento del Ministero di Giustizia (l. n. 8678, il 14.05.2001); la legge sull'organizzazione e il funzionamento del Consiglio Supremo di Giustizia (l. n. 8811, il 17.05.2001); la legge sull'organizzazione e il funzionamento dei Tribunali dei Reati Gravi (l. n. 9110, il 24.06.2003); la legge sull'organizzazione e il funzionamento della Conferenza Nazionale dei Magistrati (l. n. 9399, il 12.05.2005); la legge sulla dichiarazione dei redditi e la verifica dei patrimoni e obblighi delle persone elette e alcuni impiegati pubblici.

giudice delle leggi attraverso l'istituto della dissenting opinion<sup>30</sup>, previsto dal terzo comma dell'art. 132 Cost. (*L'opinione della minoranza viene resa pubblica con la decisione*) in tal modo la Corte riesce così a vincere le obiezioni di non-democraticità perché introduce all'interno della propria attività il confronto dialettico tra le opinioni dei diversi giudici.

Quanto al sistema di controllo di costituzionalità degli atti, l'ordinamento albanese, accanto al controllo di tipo successivo, prevede anche una forma minore di controllo preventivo relativo ai trattati internazionali. Più precisamente, all'art. 131 lettera b) Cost. albanese si stabilisce che la Corte costituzionale decide in merito alla conformità costituzionale degli accordi internazionali, prima della loro ratifica. Inoltre, l'art. 52 della Legge del 2000, sulla Corte Costituzionale disciplina che la Corte può essere adita solo da alcuni soggetti tra quelli indicati dall'art.134. Cost. albanese. La ratifica dell'accordo viene sospesa e la decisione della Corte deve essere presa entro un mese dalla presentazione del ricorso. Se la Corte ritiene l'accordo internazionale incostituzionale, questo non potrà essere ratificato.

Con riguardo al controllo successivo, la Corte Costituzionale della Repubblica d'Albania, ai sensi dell'art. 131 Cost., decide sulla conformità della legge con la Costituzione o con gli accordi internazionali (in accordo con l'art. 122 Cost.), sulla conformità degli atti normativi adottati dagli organi centrali e dalle autonomie con la Costituzione e gli accordi internazionali<sup>31</sup>.

Ancora, nell'ordinamento albanese i giudici costituzionali decidono sulle questioni relative all'elezione e alle incompatibilità del capo dello Stato (Art. 131, c. 1, lett. g Cost.) e, ai sensi dell'art. 7 Cost., la Corte dirime altresì i conflitti di competenze tra i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, scaturiti da atti e da comportamenti omissivi. Preme a tal fine osservare che gli organi abilitati a sollevare un conflitto di competenza non si rinvergono né dalla lettera della Costituzione, né dalla legge di attuazione della Corte<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Sul ruolo della *dissenting opinion* si rinvia, diffusamente, a V. Vigoriti, *Corte costituzionale e dissenting opinions*, in *Il Foro It.*, 1994, 2060-2062; A. Anzon, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in *Pol. dir.*, 1992; L. Scaffardi, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1999, 55-73; A. Ruggeri, *Per la introduzione del dissent nei giudizi di costituzionalità: problemi di tecnica della normazione*, in *Pol. dir.*, 1994, 299-316. R. Romboli, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali: strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità*, in *Pol. dir.*, 1994, 281-298. A. Pizzorusso, *Osservazioni sullo strumento normativo richiesto per l'introduzione del dissenso nelle motivazioni delle decisioni della Corte Costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1994, 277-280. S. Panizza, *L'eventuale introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema italiano di giustizia costituzionale e le possibili conseguenze sui giudici e sul Presidente della Corte Costituzionale*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Torino, 1995, 301-323.

<sup>31</sup> Il conferimento alla Corte costituzionale della funzione di verifica della conformità dei trattati internazionali rispetto al Testo fondamentale è riscontrabile anche in altri Stati.

Tale funzione si ritrova nelle Costituzioni di Polonia (art. 188, c. 1), Moldavia (art. 135, c. 1, lett. a), Bulgaria (art. 149, c. 1, n. 4), Federazione Russa (art. 125, c. 2, lett. d), Mongolia (art. 66, c. 2), Lituania (art. 105, c. 3, n. 3), Kazakistan (art. 72, c. 1, n. 3), Georgia (art. 89, c. 1, lett. e), Azerbaijan (art. 130, c. 3, n. 6), Bielorussia (art. 116, c. 4, n. 1), Uzbekistan (art. 109, c. 1, n. 1), Tajikistan (art. 89, c. 3, n. 1).

<sup>32</sup> Il ricorso deve essere presentato entro sei mesi dall'inizio della controversia. Qualora il conflitto sia sorto da un atto normativo, il collegio giudica la sua costituzionalità o legalità. Nell'unica decisione riscontrabile, risalente al 2007 (Decisione nr. 20/2007), la corte chiari che le controversie possono scaturire anche fra un organo e parte di esso, come il parlamento da un lato e almeno un quarto dei deputati dall'altro lato.

La Corte è infine chiamata a giudicare il controllo di costituzionalità delle attività dei partiti e delle organizzazioni politiche, il contenzioso elettorale, la conformità dei quesiti referendari rispetto al testo costituzionale e la verifica dei risultati delle consultazioni popolari.

Un'ultima funzione della Corte costituzionale è quella di garantire il rispetto della Costituzione, fornire l'interpretazione finale della Costituzione e garantirne la superiorità nel sistema giuridico.

Riguardo alla ampia sfera dei soggetti legittimati ad adire la Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 134 Cost. dalla lettera a) alla d) rientrano: il Presidente della Repubblica, il Primo Ministro, almeno un quinto dei membri dell'Assemblea, il Presidente della Corte dei Conti e ogni Tribunale ordinario. Infine il Difensore civico<sup>33</sup>, gli organi delle autonomie locali, i rappresentanti delle comunità religiose, i partiti politici, e altre le organizzazioni possono adire in via preventiva la Corte, purché dimostrino un interesse a ricorrere.

#### 4. Quale uso della comparazione giuridica nella giustizia costituzionale albanese?

L'attitudine con la quale le Corti costituzionali ricorrono alla comparazione, intesa come "operazione intellettuale di raffronto fra ordinamenti, istituti e normative di diversi ordinamenti"<sup>34</sup>, rimanda al concetto del c.d. dialogo delle corti. Va chiarito che, autorevole dottrina sostiene che questa espressione viene utilizzata ogni qual volta in una pronuncia si trovino richiami a disposizioni normative o a sentenze provenienti da un ordinamento diverso da quello in cui opera un determinato giudice e, pertanto, esterni, rispetto all'ordinamento in cui la pronuncia deve spiegare la sua efficacia<sup>35</sup>.

Vero è che la questione centrale su cui porre l'accento, è quella relativa alla sussistenza, o meno, di una diversificazione tra richiamo al diritto straniero e ricorso, in senso proprio, alla comparazione, posto che dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato poca chiarezza sull'argomento<sup>36</sup>.

L'argomento comparativo incide nella giurisprudenza a seconda che si tratti di sistemi chiusi oppure aperti. A tal proposito, si rammenta sul piano teorico la lucida distinzione di autorevole dottrina<sup>37</sup> che distingue fra sistemi assiologicamente chiusi, ritenuti meno ricettivi e più resistenti alla comparazione, e sistemi assiologicamente aperti come quelli di *common law*, nei quali l'elemento comparativo penetra più agevolmente rispetto alla soluzione del caso concreto. Da qui la constatazione che le Costituzioni che hanno fatto largo uso di clausole di principio a maglie larghe, quindi

---

<sup>33</sup> Sul ruolo del Difensore civico si v. A. Sina, *L'Avvocato del Popolo: l'Ombudsman albanese*, in *DPCE online*, 2014, n. 4.

<sup>34</sup> Cfr. G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 2.

<sup>35</sup> Nell'ampia bibliografia sul punto cfr. soprattutto G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti, Giudici, diritto straniero comparazione*, cit. 10.

<sup>36</sup> Menzionando concisamente in questa sede, a titolo di erudizione, il metodo comparato in Giambattista Vico ci rimanda al ruolo della comparazione nell'individuazione dei principi del diritto, ma ciò che rileva ai fini di questa disanima è la mancanza al riferimento al diritto straniero vigente. Pertanto, si spiega la ragione della centralità di Vico nel pensiero dell'ottocento e la sua estromissione dagli attuali studi comparatistici. Manca, pertanto, l'idea di una comparazione orientata pragmaticamente al diritto straniero vigente. Si rimanda diffusamente a G. Repetto, *Il metodo comparativo in Vico e il diritto costituzionale europeo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009.

<sup>37</sup> Cfr. J. Esser, *Grundsatz und Norm*, IV ediz., Tübingen, 1990, 39 ss.

poggianti su un impianto assiologico particolarmente robusto, lasciano più spazio ad operazioni interpretative aperte oltre all'apporto di argomenti comparativi, mentre è più problematico aprirsi all'esterno ove il testo costituzionale utilizza delle formulazioni testuali più puntuali.

Come illustre dottrina<sup>38</sup> insegna si ha comparazione solo nell'ipotesi in cui il giudicante abbia estrapolato il principio di diritto, fondante la sua decisione, attraverso un raffronto critico-comparativo tra disposizioni positive o precedenti giurisprudenziali di altri ordinamenti, e non allorché si effettui un semplice richiamo al diritto straniero. Volendo circoscrivere ulteriormente l'oggetto dell'indagine, si può affermare che ci si deve rivolgere alla motivazione in diritto delle sentenze, ossia ai casi in cui, la comparazione diventa un «momento di raffronto critico, attraverso il quale individuare il principio che serve a risolvere la questione». La comparazione giudiziale, come affermato, ci riporta alla distinzione fra un uso normativo/forte del diritto straniero ed un uso dialettico/problematico della comparazione; la prima distinzione, connessa al sistema nazionale delle fonti, riconduce all'uso del diritto straniero quale fonte esterna proveniente da un ordinamento differente da quello statale; mentre la seconda si riferisce al confronto critico comparativo con il diritto straniero. Dunque, con l'uso normativo della comparazione il giudice individua all'interno del diritto straniero la fonte esterna e vincolante delle norme giuridiche che va ad applicare.

Tenuto conto di queste premesse e prima di entrare nel merito delle diverse decisioni selezionate si osserva che, in generale, esiste una permeabilità del diritto costituzionale albanese al diritto straniero. Ciò non significa che esista in ogni richiamo una capacità di comparazione giuridica da parte degli autori delle sentenze<sup>39</sup> secondo i canoni sopra delineati.

Ciò detto si osserva che la Corte costituzionale albanese si è riferita in generale alle decisioni delle Corti costituzionali italiana, francese, alle Corti costituzionali dei Paesi dell'Est e soprattutto a quella tedesca; tale ultimo richiamo in ragione del fatto che buona parte dei giudici costituzionali albanesi si sono formati in Germania.

In generale, il ricorso alla comparazione è rilevabile sia nelle motivazioni che nelle *dissenting opinion (mendimi i pakicës)* dei giudici della Corte Costituzionale albanese il che costituisce senz'altro un elemento interessante, che avvalorata la tesi secondo cui in Albania si fa ricorso alla comparazione al fine di ricercare argomentazioni che possono servire per chiarire il significato delle proprie disposizioni costituzionali. Inoltre, l'argomento comparativo riesce a “emergere” attraverso la trasparenza del confronto tra decisione di maggioranza e opinioni “particolari” dei giudici.

#### 4.1. Alcune pronunce della Corte costituzionale

Lo studio complessivo delle sentenze analizzate suscita due riflessioni; la prima, di ordine pratico, collegata alla necessità dei giudici della Corte costituzionale di

---

<sup>38</sup> Cfr. G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit. 123.

<sup>39</sup> Ci si domanda, in merito all'utilizzo del diritto straniero, si chiede di operare come uno scienziato “puro” oppure per dirla con Kuhn, uno scienziato “banausico”, alla ricerca del semplice utile ai fini della contingenza pratica. Detto altrimenti, si guarda ai giudici che fanno uso della comparazione come a delle autorità epistemiche di “comparazione” ovvero quali operatori pratici del diritto. Cfr. M. Carducci, *“Imitazioni” e “dialoghi” come «amministrazione» del linguaggio?*, in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, cit.

richiamare esplicitamente il diritto straniero; la seconda riguarda la metodologia dell'analisi comparata .

Considerando che non è agevole ricostruire gli “itinerari argomentativi” del giudice costituzionale in ragione della difficoltà di acquisire le conoscenze sulle ricerche preparatorie e la documentazione utilizzata per le decisioni, può essere invece rilevante interrogarsi se i giudici costituzionali albanesi fanno un uso consapevole, oggettivo ed utile del metodo comparativo per le proprie decisioni. Nel periodo che intercorre dal 2002 al 2015, sono state individuate alcune pronunce nelle quali la Corte albanese ha operato un riferimento al diritto straniero senza effettuare una comparazione giuridica ed altre nelle quali la Corte opera un vero e proprio raffronto. Inoltre la Corte ha utilizzato la comparazione a titolo persuasivo rispetto ad un proprio convincimento, e altre volte ha utilizzato la norma derivante dal raffronto per risolvere il caso ad essa sottoposto.

Svariati sono gli esempi in cui la Corte opera un *mero riferimento al diritto straniero*. Nel caso, per esempio, relativo alla Decisione n. 186, del 23.09.2002 (V-186/02) sulla conformità dello Statuto di Roma per la Corte penale internazionale alla Costituzione albanese, la Corte, con riferimento ai rapporti di sovranità, si è posta il problema del trasferimento delle relative competenze, rilevando che ci si poteva fondare, non solo sull'art. 123 Cost. e sullo “spirito della Costituzione”, ma anche sulla giurisprudenza costituzionale tedesca (in particolare la sentenza sul Trattato di Maastricht del 13.10.1993) e francese (decisione del Consiglio costituzionale francese 1985)<sup>40</sup>. Dalla disamina di detta giurisprudenza, la Corte giunge ad affermare che il trasferimento di alcune competenze del potere giudiziario non costituisce il superamento dei limiti della sovranità con riferimento a particolari interessi internazionali «*quali il perseguimento dei colpevoli di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e di aggressione*».

Un altro esempio nel quale si opera un *mero riferimento al diritto straniero* è rappresentato dalla Decisione n. 32, del 02.12.2005 (V-32/05)<sup>41</sup>. La Corte, in tale pronuncia, ha respinto la richiesta di abrogazione della decisione n. 341, del 12.02.2004 del Collegio civile della Corte Suprema. Nel caso in specie, in base al principio di certezza del diritto e per evitare “*un sistema giudiziario senza fine*” la Corte ha inserito in nota al testo – senza alcun utilizzo dell'argomentazione – un richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca (B Verf GE.49,148 “164”, 87, 48, “65”).

Con riferimento, invece, alla Decisione n. 2, del 19.01.2005 (V-2/05) relativa alla nomina dei giudici costituzionali da parte del Presidente della Repubblica ed alla elezione dei medesimi da parte del Parlamento<sup>42</sup>, la Corte ha affermato

---

<sup>40</sup> La Corte albanese si riferisce alla Decisione del Consiglio costituzionale francese n. 85-188 del 22 maggio 1985 (c.d. decisione *Maastricht I*)

<sup>41</sup> Il ricorrente aveva chiesto l'annullamento della suddetta decisione, sostenendo che non era stato rispettato un corretto iter giudiziario. È interessante notare che nell'argomentazione la Corte è giunta alla conclusione che l'accettazione delle richieste del ricorrente deve essere considerata valutando le competenze della Corte suprema.

<sup>42</sup> La Decisione n. 2, del 19.01.2005 (V-2/05) ha ad oggetto l'interpretazione degli artt. 125 e 136 della Costituzione della Repubblica di Albania sulla procedura che dovrebbe applicare il Parlamento albanese per l'esame dei decreti di nomina dei membri della Corte costituzionale e della Corte Suprema. In conclusione, a parere della Corte il Parlamento albanese ha l'autorità di dare il consenso per la nomina dei giudici della Corte costituzionale e per quelli della Corte Suprema.

espressamente che il principio di lealtà costituzionale (*Verfassungstreue*) proveniente dal diritto costituzionale tedesco – prevede che – «in sostanza, il rispetto reciproco di ciascun soggetto ai poteri degli altri, e sottintende la creazione di un rapporto di cooperazione. Nel caso in esame, questo principio impone al Presidente della Repubblica e al Parlamento dell'Albania, nella selezione di ogni giudice, di essere guidati dallo stesso obiettivo - per garantire una composizione di qualità e adeguata della Corte».

Un ulteriore caso nel quale la Corte si limita a richiamare la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca BVerfG 1, p. 14 e BVerfG 20, p. 56., senza nemmeno riportare la massima della decisione, è la n. 14, del 03.06.2009 (V-14/09)<sup>43</sup> nella quale la Corte costituzionale chiarisce la natura obbligatoria e definitiva delle sue decisioni e «sottolinea che l'effetto vincolante si estende agli argomenti fondamentali della sua decisione che costituiscono la *ratio decidendi*, l'eliminazione della quale, potrebbe rendere la decisione nella sua interezza, senza senso» (aggiungendosi in nota la pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco di cui sopra).

Ancora, nella Decisione n. 2, del 18.02.2013 (V-2/13)<sup>44</sup> la Corte albanese si esprime sulle norme della previdenza sociale supplementare dei militari facendo un mero riferimento alla giurisprudenza straniera. In particolare, si afferma che il pensionamento anticipato di anzianità in base alle definizioni dello statuto dei militari, non può essere ridotto o limitato e si asserisce che «gli interventi che possono essere fatti al sistema pensionistico devono servire al consolidamento e alla stabilità economica e finanziaria in ordine al funzionamento del regime pensionistico basato sul principio che ognuno ha il diritto alle prestazioni migliori e adeguati allo stile di vita», rimandandosi, fra parentesi, alla giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca (Decisioni BVerfG 11, 221; BVerfG 76, 220) senza alcuna ulteriore specificazione.

Accanto a tale forma di utilizzazione del diritto straniero, esiste inoltre una giurisprudenza nella quale si richiama il diritto straniero *a fini persuasivi*. In particolare, nella Decisione n. 22, del 26.07.2006 (V-22/06), la Corte costituzionale doveva esprimersi sulla legittimità costituzionale del respingimento di un ricorso perché ritenuto tardivo dalla Corte Suprema della Direzione generale delle Dogane. Nello specifico, il ricorrente lamentava la violazione di principi costituzionali procedurali che si dovevano applicare anche *alle persone giuridiche pubbliche*. La Corte costituzionale, nel condividere questa argomentazione, si è avvalsa a fini persuasivi della giurisprudenza «della Corte costituzionale tedesca in casi simili» ed in particolare alla sentenza tedesca Bverfge 21, 362 (373) nella parte in cui aveva asserito che «i diritti processuali dovrebbero essere messi riconosciuti a tutti i partecipanti al processo, nel rispetto del principio della parità delle armi».

---

<sup>43</sup> Decisione n. 14, del 03.06.2009 (V-14/09) sull'abrogazione della decisione n. 1181, del 18.10.2007 del Collegio civile della Corte Suprema in seguito alla mancata applicazione della decisione della Corte costituzionale. La decisione riguarda la Direzione generale delle Dogane vs la compagnia "Stefa" SH.p.k..

<sup>44</sup> Decisione n. 2, del 18.02.2013 (V-2/13). Con tale decisione di rigetto, la Corte dichiara conforme alla Costituzione la legge 10367, 23.12.2010 riguardante l'atto normativo del governo su atti e norme della previdenza sociale supplementare dei militari delle Forze Armate, i dipendenti della Polizia di Stato, della Guardia della Repubblica etc.

Non mancano esempi dell'uso della comparazione a fini persuasivi da parte di *dissenting opinion*. L'opinione dissenziente del giudice Vitore Tusha, ha valutato «da una prospettiva comparata la questione della riserva di alcuni seggi della Corte suprema agli avvocati privi di una carriera giudiziaria», (Decisione n. 40 del 07.07.2014 (V-40/14)) argomentando che questo sistema si applica nella maggior parte dei paesi di civil law quali la Spagna, il Brasile, il Giappone, la Francia, l'Olanda. In questa parte della sentenza si opera, dunque, il raffronto tra il modello di civil law e quello di common law in merito all'avanzamento in carriera nel sistema giudiziario.

L'opinione resa dalla minoranza dei giudici Pllaçi e Dedja nella Decisione n. 39 del 18.07.2012 (V-39/12) è andata nella medesima direzione, affermandosi: «è vero che secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale albanese, così come secondo la giurisprudenza comparata, alla Corte costituzionale non si richiede di rivedere la ricostruzione dei fatti o l'interpretazione delle leggi ordinarie da parte della giustizia ordinaria, a condizione che le decisioni dei tribunali ordinari non abbiano violato i diritti costituzionali». Per avvalorare questa affermazione sulle funzioni delle corti costituzionali i giudici di minoranza, come si può leggere dal testo della decisione, fanno riferimento esplicito alla giurisprudenza costituzionale tedesca (sentenza Mefisto) e alla giurisprudenza della Corte costituzionale della Bosnia-Erzegovina (BIH-2002-2-002), utilizzando tali pronunce come argomento persuasivo della propria opinione.

Nella Decisione n. 7, del 27.02.2013 (V-7/13) l'opinione dissenziente della minoranza dei giudici ha richiamato, in materia di riserva di legge, sempre a fini persuasivi, la giurisprudenza costituzionale italiana sull'art. 23 della Cost., secondo il quale «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge», riferendosi alle decisioni n 4/1957, 67/1973, 447/1988, 37/2004, 32/2009, 115/2011) così da avvalorare tale assunto.

Una vera e propria comparazione (*vështrim krahasues*) viene invece effettuata in altre sentenze. In particolare, nella Decisione n. 5 del 05.02.2014 (V-5/14)<sup>45</sup> la Corte costituzionale ha ritenuto incostituzionale l'atto normativo – il decreto legge – del Consiglio dei ministri n. 5, del 30.09.2013 che apportava delle modifiche alla legge sul Dipendente pubblico, e ha annullato la legge che approvava il summenzionato atto normativo. Nello specifico, si è affermato, *expressis verbis*: «La Corte, al fine di chiarire il rapporto specifico, sul controllo e il bilanciamento tra il potere legislativo ed esecutivo, nel caso in cui quest'ultimo svolge la funzione eccezionalmente legislativa di emettere l'atto normativo con forza di legge, ritiene ragionevole analizzare inizialmente, alla luce di una prospettiva comparativa, la posizione delle costituzioni di alcuni ordinamenti, in merito all'atto normativo con forza di legge». A questa affermazione della Corte è seguito un lungo elenco di Costituzioni che sanciscono l'atto giuridico con forza di legge con alcune limitazioni: Costituzioni rispettivamente, italiana, danese, greca, islandese, rumena, estone, spagnola, britannica e nord-americana; segue poi la Costituzione irlandese che

---

<sup>45</sup> Nello specifico ad adire la Corte è stato un gruppo di 36 deputati, che aveva richiesto la sospensione e l'annullamento dell'atto normativo in quanto adottato in violazione dei principi costituzionali, vale a dire il principio della separazione e dell'equilibrio dei poteri, i criteri costituzionali di necessità ed urgenza; e l'annullamento della legge di approvazione (l. 161/2013) perché non soddisfa gli obblighi costituzionali relativi alla valutazione nella forma e contenuto dell'atto normativo.

prevedono unesplicito divieto; infine le Costituzioni silenti sull'argomento: australiana, elvetica, finlandese, belga, lussemburghese, olandese, norvegese e giapponese. A conclusione di tale articolata analisi la Corte ha rinvenuto che anche nelle democrazie consolidate i costituenti hanno delegato il potere legislativo al governo in modo molto contenuto, nel rispetto del principio di sovranità, della separazione dei poteri e della gerarchia delle fonti del diritto. Alla luce di questa analisi, la Corte ha riconosciuto al potere esecutivo la competenza di intervenire in situazioni specifiche, attraverso atti normativi con forza di legge, nel rispetto rigoroso del controllo parlamentare, e soprattutto dei limiti di necessità e urgenza<sup>46</sup>.

Nello stesso senso, la Decisione n. 47 del 26.07.2012 (V-47/12)<sup>47</sup> ha affermato che: «poiché gli ordinamenti giuridici europei in generale basano il loro sistema su una pluralità di figure sanzionatorie, la Corte ritiene di prendere in considerazione, in sintesi, il contenuto delle disposizioni di alcuni di questi paesi, comparandoli alle disposizioni in esame». A tale affermazione è seguita una disamina degli articoli specifici dei codici penali tedesco, rumeno, estone, croato, ungherese, montenegrino, serbo, francese e italiano sulla falsificazione dei documenti e sulla relativa pena; in altri punti della decisione la Corte si è limitata a fare riferimento alla «dottrina europea consolidata», oppure alla giurisprudenza e alla legislazione tedesca senza operare alcun raffronto nella parte in cui ha richiamato il principio di proporzionalità nel diritto penale.

Ancora, la Corte, nell'argomentare sull'autonomia del governo locale in relazione ai poteri ad esso conferiti (Decisione n. 29, del 21.12.2006 (V-29/06))<sup>48</sup> la Corte ha asserito: «da un punto di vista comparativo nella legislazione contemporanea si rinvengono due tendenze. Da un lato, si sostiene l'idea di fornire le competenze del governo locale con una legge speciale, dall'altra esiste la possibilità che questi poteri siano direttamente sanciti dalla Costituzione». Tuttavia, a differenza della giurisprudenza summenzionata, non è seguito alcun riferimento a legislazioni estere e dunque il “punto di vista comparativo” a cui si riferiscono i giudici costituzionali non risulta chiaro.

## 5. Osservazioni conclusive

Volendo operare un bilancio dello studio operato nelle pagine precedenti, si osserva che la Corte costituzionale albanese, nei suoi primi anni di attività, ha fatto un uso limitato del diritto straniero e della comparazione. La tendenza è aumentata nel corso degli anni: i richiami alle esperienze (giurisprudenza, normativa, dottrina) di Paesi

---

<sup>46</sup> Nella parte conclusiva, la Corte ha ritenuto che «La violazione, nel caso in specie, inizialmente da parte del Consiglio dei ministri, dei criteri e le norme costituzionali formali e sostanziali, costituisce un vizio di legittimità costituzionale del governo di emettere l'atto normativo, e anche, un difetto della legge approvata dal Parlamento».

<sup>47</sup> Decisione n. 47 del 26.07.2012 (V-47/12) sull'incostituzionalità degli articoli del codice penale (artt. 190-191) per i reati di contraffazione o l'uso di sigilli, etichette o forme e la falsificazione di atti di stato civile nella parte in cui prevedono la pena pecuniaria, come sanzione principale, in aggiunta alla pena detentiva. La Corte dichiarava incostituzionale anche l'ultimo paragrafo dell'art. 29 del codice (le sanzioni principali) che prevedeva entrambe le pene, pecuniaria e detentiva.

<sup>48</sup> Decisione n. 29, del 21.12.2006 (V-29/06) in merito alla risoluzione della controversia tra il governo locale (Comune di Tirana) e governo centrale. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di parti della legge sulla pianificazione urbana e della legge sulla polizia edilizia.

stranieri, risultano essere piuttosto frequenti ed il costante riferimento ad orientamenti di matrice liberal-democratica può essere pienamente giustificato con l'attenzione e il desiderio di giungere ad una democrazia consolidata<sup>49</sup>. In particolare, si sostiene in dottrina che tale utilizzazione al diritto straniero e alla comparazione risponda a “fini strategici” per rafforzare le decisioni più controverse della Corte costituzionale<sup>50</sup>.

Quali sono dunque i fattori di spinta che hanno indotto i giudici albanesi a ricorrere così spesso alla comparazione e al diritto straniero? In primo luogo il costante desiderio di accelerare il processo di democratizzazione, considerato che la fase di transizione democratica non sembra ancora essere conclusa; inoltre, si potrebbe far riferimento alla volontà di negare o meglio di distanziarsi e differenziarsi dal passato comunista<sup>51</sup> ed infine la tendenza all'omologazione e globalizzazione del diritto e la circolazione dei modelli. Da ultimo si ritiene che, da un lato il consolidamento democratico, dall'altro l'integrazione nelle organizzazioni internazionali rappresenti un fattore di spinta verso l'utilizzazione delle sentenze straniere<sup>52</sup>.

Andando nel merito del metodo utilizzato, una prima osservazione si collega alla insistenza con la quale la Corte albanese si è riferita a sentenze di ordinamenti della tradizione giuridica liberale in particolare del Tribunale costituzionale tedesco

---

<sup>49</sup> Quest'ultima osservazione apporta alla necessità di credere che l'annullamento dell'ideologia sia un automatismo che porta una riesplorazione della famiglia giuridica romano-germanica verso Est. Occorre apportare un nuovo approccio dinamico per comprendere la convergenza che si verificano tra la tradizione giuridica occidentale [*Western Legal Tradition*] e il diritto post-socialista. Sui limiti del modello costituzionale occidentale alla luce dello sviluppo dell'“ingegneria costituzionale” avvenuta dopo la caduta del blocco comunista si v. G. Ajani, *La circulation de modèles juridiques dans le droit post-socialiste*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 46, (1994), 1087-1105; Id., *Diritto dell'Europa orientale*, Torino, 1996, 63 ss; R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1992, 15; G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998, 13 ss.

Inoltre ha anche comportato una ridefinizione della nozione elastica del *Western Legal Tradition* che tiene maggiormente conto delle barriere geografiche e culturali in generale; v. R. Scarciglia, *Diritto amministrativo nei Balcani e metodologia comparatistica*, in L. Montanari, R. Toniatti, J. Woelk, *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, cit., 253-276.

Valga in particolare ricordare che sistemi giuridici che non sono mai stati parte della tradizione civile o dello *ius commune*, quali non soltanto l'Albania, ma anche Bulgaria, Uzbekistan e il Tagikistan, sono Stati, fra l'altro, in fase di transizione, in bilico tra la riforma del diritto e la modernizzazione, cercano modelli di altri Paesi che sono diversi sia dal punto di vista socio-culturale che giuridico-culturale dalla propria. A titolo di completezza, ricordiamo che i codici albanesi post-comunisti si rifanno largamente ai modelli francese, tedesco e italiano. Infatti, il codice civile albanese del 1994 è influenzato da alcuni elementi del vecchio codice albanese del 1928, che si era a sua volta basata principalmente sul modello francese e italiano del 1942, inoltre il Codice ha mantenuto, parzialmente, anche la struttura del Codice albanese del 1981. In materia di codice del commercio, il Codice albanese del 1992 è stato influenzato dai modelli francese, tedesco e italiano.

<sup>50</sup> F. Biagi, *Le Corti costituzionali nelle transizioni democratiche: i casi dell'Italia, della Spagna e della Repubblica ceca*, Ferrara, 2012; N. Dorsen, M. Rosenfeld, A. Sajó, S. Baer (a cura di), *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, II ed., New York, 2010.

<sup>51</sup> Subito dopo il crollo del regime comunista, l'analisi della giurisprudenza costituzionale delle corti dell'est europeo mostra che nonostante la prossimità culturale, politica e costituzionale con l'Unione sovietica, nessuna di queste ricorre al diritto vigente russo. Si rimanda a G. De Vergottini, *Tradizioni costituzionali e vincoli alla comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015.

<sup>52</sup> Si rinvia a L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, 2007, 132 ss.; V. Meçaj, *Kontrolli kushtetues, arritje dhe probleme për zgjidhje*, (Controllo di costituzionalità, successi e nodi da sciogliere) consultabile all'*url*: drejtesiashqiptare.com/?p=363, March 20, 2011.

del quale, in taluni casi, si è fatto riferimento a decisioni straniere anche senza riportare i contenuti, ma semplicemente citando i riferimenti<sup>53</sup>.

Più in generale, la comparazione giuridica serve alla Corte costituzionale albanese a consolidare la credibilità del proprio diritto costituzionale, sia all'interno e quindi con gli altri poteri dello Stato albanese; sia all'esterno, ossia nei riguardi delle organizzazioni internazionali ed europee<sup>54</sup>. In questo senso la giovane Corte albanese, da un lato, si apre alla giurisprudenza straniera ed in particolare europea, dall'altro rischia di non assolvere l'importante funzione normogenetica dell'ordinamento nella misura in cui si apre all'integrazione europea. Questa prospettiva sollecita l'analisi di un campo d'indagine sintetizzabile nel seguente interrogativo: quale è il ruolo della giustizia costituzionale albanese nella transizione democratica dell'Albania e nel suo ingresso nell'Unione europea<sup>55</sup>?

Il discorso deve essere allargato alle corti costituzionali degli altri Paesi dell'Est europeo ed al loro operato prima e dopo l'ingresso dei rispettivi Paesi nell'Unione europea.

Esiste una tendenza delle Corti costituzionali tra la fase della pre-adesione e quella dell'adesione vera e propria all'Unione europea. Se si guarda alla fase di pre-adesione, prendendo a titolo illustrativo le Corti costituzionali di Paesi quali Ungheria, Polonia, Repubblica Ceca, Estonia e Lettonia, non si può negare una evidente apertura delle stesse nei riguardi del diritto europeo; al contrario, nel periodo immediatamente successivo all'adesione, il comportamento delle stesse Corti risulta meno cooperativo (si veda, ad esempio, la decisione della Corte costituzionale ungherese del 30 novembre 2016 di tutela dell'identità costituzionale)<sup>56</sup>.

Traendo spunto da queste considerazioni, può essere utile domandarsi se le aperture alla comparazione giuridica di oggi possano dischiudersi un domani una volta superato il filtro della Commissione europea<sup>57</sup> ed in presenza di un effettivo ingresso nell'Unione. Non può sottacersi, in fatti, che rispetto ai modelli sopra

<sup>53</sup> La Corte costituzionale albanese ha citato prevalentemente le decisioni delle Corti tedesca e italiana. V. S. Berberi, *Kufjtë kushtetues strukturorë të pushtetit ligjvënës dhe kontrolli kushtetues* (I confini costituzionali strutturali del potere legislativo e del controllo costituzionale), cit.

<sup>54</sup> V. Balla, *Kontrolli kushtetues në Shqipëri. Roli i Gjykatës kushtetuese si garante e shtetit të së drejtës dhe të drejtave themelore të njeriut: sfidat, arritjet, perspektivat* (Il controllo di costituzionalità in Albania. Il ruolo della Corte costituzionale come garante dello stato di diritto e dei diritti umani fondamentali: le sfide, i risultati, le prospettive), cit.

<sup>55</sup> Il Consiglio Ue ha dato il 24 giugno 2014 il via libera alla concessione dello status di paese candidato all'adesione all'Albania che si è unita così al gruppo di Paesi già composto da Serbia, Montenegro, Turchia ed ex Repubblica jugoslava di Macedonia (Fyrom). La concessione dello status stabilita dalla Commissione europea è stata approvata dal Consiglio Affari generali, che non ha mancato a rimarcare la necessità per l'Albania di "intensificare" i propri sforzi per portare avanti le riforme.

<sup>56</sup> Sul ruolo delle corti costituzionali in Ungheria, Romania e Polonia si v. A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *DPCE online*, 2016, n. 4.

Si noti come l'attitudine delle Corti costituzionali dei Paesi dell'Europa centro-orientale a riconoscere, prima dell'adesione dell'Unione europea, una forza persuasiva, ante litteram, al diritto comunitario, sia speculare l'opposta tendenza, nel medesimo periodo, da parte dei giudici comuni degli stessi Stati a negare ad esso qualsiasi effetto e persino considerazione. Si rinvia a O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra corti*, cit., 275 ss.

<sup>57</sup> Sull'attività del giudice chiamato a colmare i silenzi e le incertezze della legge, impegnandosi in una attività giurisprudenziale metafilologica e creativa, attraverso l'utilizzazione della comparazione e dei metodi e dei risultati di altre scienze sociali si v. G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, 29 ss.

menzionati di altri Paesi dell'Est europeo, l'Albania, pur differenziandosi per specifiche peculiarità storiche e giuridiche, ha condiviso ampiamente il trascorso politico/costituzionale dello Stato socialista annoverandone molti degli istituti giuridici caratteristici.

Ciò che spesso si dimentica, soffermandosi sulla transizione dei Paesi ex socialisti è il fattore *tempo*. A tali Paesi, infatti, si chiede di raggiungere in pochi anni ciò che in Occidente è stato realizzato in decenni. Considerando come centrale il fattore il tempo, ove per passato, presente, futuro si intende memoria, visione e attesa, si ritiene, pensando a tali Paesi, che non si dovrebbe prescindere dalla custodia della memoria per consentire la visione e l'attesa<sup>58</sup>.

In questo senso suscita perplessità il recepimento, quasi “astorico” del diritto europeo e di quello comparato con una velocità inversamente proporzionale a quella con la quale ci si è dissociati dalle precedenti esperienze politico-costituzionali forse per la fretta di essere accettati dalla comunità internazionale. Al contrario, il riconoscimento del passato storico-giuridico di ciascuna esperienza sarebbe forse la migliore chiave di lettura per affrontare il futuro ed effettivamente fare seguire alla fase di transizione quella del consolidamento democratico. Il ricorso quasi ossessivo al diritto straniero ed alla comparazione giuridica a volte addirittura in modo acritico ed in tempi molto circoscritti, rischia di creare una realtà giuridica virtuale avulsa dalla cultura giuridica del Paese.

Solo il tempo potrà dirci se quello della Corte albanese sarà stato un monologo con il diritto altrui o se si aprirà un dialogo fruttuoso con il diritto e soprattutto con le Corti degli altri Paesi europei.

---

<sup>58</sup> Nella concezione del tempo tra memoria, visione, l'attesa, Agostino d'Ipbona dice: «Il presente delle cose passate è la memoria; il presente delle cose presenti è la vista; e il presente delle cose future è l'attesa» in S. Agostino, *Le confessioni*, Libro XI, Prato, 2012.



# La corruzione e l'etica pubblica alla prova delle istituzioni: corsi e ricorsi di un istituto dimezzato nella questione brasiliana

di Matteo Trapani

*“Senza responsabilità non c'è democrazia,  
senza democrazia non c'è giustizia,  
senza giustizia non c'è dignità,  
tanto meno la cittadinanza”*

(Ministra Camén Lúcia, STF – 17 dicembre 2015)

**Abstract:** *Corruption, public ethics and the institutional framework: Brazilian occurrences and recurrences of a halved institution* – The following paper aims to analyse recent normative innovations on the theme of corruption in Brazil, in light of the political events of the last few months. The analysis will start from 2015, when President Rousseff was impeached by the Senate and subsequently removed from office, following accusations of corruption and administrative misconduct. The paper analyses the effect of corruption in society and on the economic system and proposes a comparative study of the major innovations in anticorruption legislation and an in-depth analysis of impeachment between the European and the American models.

67

**Keywords:** Corruption; Impeachment; Brasil; Public ethics; Rousseff.

## 1. Una difficile evoluzione costituzionale

In Brasile, come nella maggior parte dei Paesi del Sud America, lo iato tra istituzioni e società ha acuito, nel tempo, fenomeni di corruzione, di inefficienza e di crescita di centri di potere (più o meno organizzati in *lobbies*), i quali hanno rallentato lo sviluppo del Paese e hanno provocato richieste di *impeachment* (la più famosa, prima di quella che ha coinvolto recentemente la presidente Rousseff, ha portato alle dimissioni del presidente Fernando Collor<sup>1</sup>) ed accuse di corruzione verso coloro che detengono il potere<sup>2</sup>.

L'evoluzione storica, economica, sociale e costituzionale del Brasile ha acuito tali contrasti.

L'evoluzione socio-politica del Brasile è l'espressione chiara di come gli eventi storici e le vicissitudini economiche possano influenzare non solo la società<sup>3</sup>, ma lo

<sup>1</sup> Per una disamina dell'evoluzione storica del mandato del presidente Collor e dell'accusa di Impeachment, si può fare riferimento a P.C. De Mello, *Passando a limpo. A trajetória de um farsante*, Rio de Janeiro, 1993, e G. V. Costa, *Brasil, Nova República e Imprensa. A ascensão e queda de Fernando Collor. Monografia de Conclusão de Licenciatura e Bacharelado em História*, Rio de Janeiro, 2005.

<sup>2</sup> Necessario segnalare che Inacio Lula, predecessore di Dilma Rousseff, fu sottoposto ad una importante indagine, nel 2005, che coinvolse vari esponenti politici, il cosiddetto caso “*Mensalão*”, che aveva come oggetto una presunta compravendita di voti parlamentari.

<sup>3</sup> Il Brasile ha conosciuto la Repubblica e la successiva forma federale solo come evoluzione e come

stesso apparato istituzionale<sup>4</sup> e come la tutela dei diritti possa avere un andamento disarmonico, legato alla stessa crescita economica<sup>5</sup>.

La tutela dei diritti fondamentali ha visto, nel recente periodo, un forte incremento, a seguito anche della costituzionalizzazione dei diritti sociali<sup>6</sup>, ponendo, quindi, l'esigenza di garantirne a tutti i livelli il riconoscimento nella consapevolezza di quanto sia necessario tenere di conto della situazione economica senza però porli in un bilanciamento paritario con essa. L'esigenza di uno Stato che contrasta con efficacia la corruzione è diventata sempre di più una necessità primaria.

La storia costituzionale del Brasile lascia come eredità uno Stato in cui, a fronte di una società debole, sia economicamente che sotto l'aspetto della tutela dei diritti, e di un sistema di Stati sempre meno capaci di poter mettere in atto quel federalismo cooperativo inaugurato con la Costituzione del 1988, vi è una Federazione che detiene il vero potere decisionale e politico e che, negli ultimi anni, è stata protagonista di varie riforme, soprattutto in campo economico ed istituzionale, che hanno portato il Brasile ad essere inserita tra i BRIC<sup>7</sup>, i paesi emergenti che, nel medio-breve periodo, avrebbero sostanzialmente aumentato il proprio sviluppo.

La Costituzione del 1988, la quale ha subito più di 90 modifiche, benché

---

emanazione di una società ancora latifondista e conservatrice, in cui ancora oggi esistono significative e profonde discriminazioni tra ceti sociali, per lo meno rispetto all'Europa.

L'avvio della storia costituzionale del Brasile coincide con lo scioglimento dell'assemblea nazionale avvenuta nel 1823 per mano di Dom Pedro I, primo imperatore del Brasile, e l'istituzione di una commissione per la Costituzione che avrebbe concluso i suoi lavori nel 1824.

Nel 1889 viene proclamata la Repubblica e inizia una nuova fase costituente del Brasile, sotto l'impulso di uno dei più grandi giuristi, convinto federalista, Barbosa, il quale seguì passo dopo passo la svolta brasiliana. La Costituzione, datata 1891, delineava con forza l'assetto dello Stato come applicazione del modello federale nord-americano, così come stabilito dall'art. 1 della Costituzione, frutto dell'unione delle vecchie province brasiliane. Il Brasile ha, così, intrapreso il percorso costituente che lo ha portato ad adottare, dal 1891 ad oggi, cinque differenti Costituzioni (ognuna delle quali più volte modificata), le quali, avendo risentito dell'instabilità politica, della fragilità economica e dell'inefficienza istituzionale, non hanno permesso al Brasile lo sviluppo omogeneo e temporalmente costante della tutela dei diritti fondamentali.

Recentemente, poco dopo le elezioni presidenziali, un'ennesima proposta di riforma organica della Costituzione, di iniziativa dell'allora presidente Rousseff, si è definitivamente arenata.

Per un approfondimento sull'evoluzione storica e politica del Brasile, si veda su tutti M. Figureido *Il modello federale brasiliano (storia, disciplina e sistema delle risorse finanziarie)*, in *Ist. fed.*, 2010, n. 5-6.

<sup>5</sup> Per un approfondimento P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, 2011; per un contributo molto approfondito sulla questione in Brasile vedi A. Giacomet, *Diritti fondamentali sociali a prestazioni, bilancio pubblico ed esigibilità in periodi di scarsità. Livelli di realizzazione in Brasile e in Italia*, Roma, 2011.

<sup>6</sup> A.S. Bruno, *Diritto alla salute riserva del possibile. Spunti dal contesto brasiliano per osservare il "federalismo fiscale"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2012, 1-24. Sul punto si cita «La costituzionalizzazione dei diritti sociali non permette che queste disposizioni siano considerate meri programmi politici ma, muovendo dall'art. 5, §1, CF che stabilisce l'applicazione immediata per le norme relative ai diritti ed alle garanzie fondamentali, si produce effettività attraverso la pianificazione delle azioni che rendano possibile la universalizzazione e il godimento integrale; il riconoscimento che lo Stato non dispone di mezzi finanziari per soddisfare tutte le possibili richieste, interviene rafforzando il ruolo dei poteri politici nella definizione democratica delle priorità e nella scelta dei mezzi per la sua realizzazione». Per una ampia panoramica sul processo costituente, si veda la sezione monografica curata da v. M. Carducci, R. Orrù (cur.), *Brasile: vent'anni di Costituzione democratica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 1340-1467; G. Rolla, *La nuova identità costituzionale latino-americana nel bicentenario dell'indipendenza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 326 ss. Sulla storia brasiliana si faccia riferimento a P. Ramos Braick, M. Becho Mota, *História 2: da Conquista da América ao Século XX*, São Paulo, 2006.

<sup>7</sup> Celebre acronimo coniato da Jim O'Neill nel 2001 con il quale si indicano, oltre il Brasile, la Russia, l'India e la Cina. Si veda [www.goldmansachs.com/our-thinking/archive/archive-pdfs/build-better-brics.pdf](http://www.goldmansachs.com/our-thinking/archive/archive-pdfs/build-better-brics.pdf).

rappresenti una significativa tappa in tema di tutela dei diritti e di affermazione della democrazia, risulta ancora deficitaria in molti punti, soprattutto a seguito della sua attuazione, quali un rafforzamento dei governi locali nei confronti del governo centrale, una eccessiva frammentazione partitica a forte connotazione leaderistica, un contrasto crescente, e privo di istituti di mediazione, tra l'esecutivo ed il potere legislativo, una magistratura sempre più attiva e, talvolta, esorbitante nello svolgimento del proprio ruolo e, in ultimo, l'impossibilità di uniformare politiche e normative nel sistema multi-livello al fine, soprattutto, di rimodellare gli equilibri locali<sup>8</sup>.

Da una parte, dunque, si ha una società in continua evoluzione e crescita e, dall'altra, delle istituzioni che nel tempo non hanno saputo adattarsi a pieno a questo cambiamento e che sono in un punto di stallo tra una normativa poco puntuale sul contrasto alla corruzione ed un sistema economico nelle mani di poche grandi *lobbies*.

La crisi economica e lo stallo politico in atto in questi anni risultano avere molti fattori di connessione<sup>9</sup>, a partire dalla perdita di popolarità della presidente Dilma Rousseff e dei partiti politici in generale, dalla difficile transizione dal potere militare a quello democratico, dalla industrializzazione orientata alla sostituzione delle importazioni<sup>10</sup> fino al neoliberalismo<sup>11</sup> ed alle recenti evoluzioni, rima richiamate, in tema di crescita economica e tutela dei diritti. Proprio dal punto di vista economico negli anni si sono consumati gli scontri tra le politiche dei socialdemocratici e quelle dei sostenitori della linea neoliberale, con la conseguenza di una ricchezza non egualmente distribuita tra la popolazione. Così, se durante la Presidenza Lula la crescita economica incontrollata ha portato molti benefici (che, senza dubbio, non hanno permesso di analizzare a fondo le criticità che sarebbero sorte nel lungo periodo), con la Presidenza Rousseff, invece, il Brasile ha conosciuto una transizione molto complicata soprattutto a seguito della rinnovata politica economica del Governo, dell'emergere degli scandali, della crisi mondiale acuitasi e della fragilità del sistema.

## 2. La corruzione e i recenti sviluppi

Recentemente i contributi scientifici sulla corruzione in Brasile e nel resto del mondo

---

<sup>8</sup> C. Souza, *Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós 1988*, in *Revista de Sociologia e Política*, 2005, 105 ss.

<sup>9</sup> Si veda per una ampia analisi delle cause e degli effetti M. Figureido, *Il Brasile alla prova del diritto: l'impeachment del presidente Dilma Rousseff tra cause e conseguenze*, in questa *Rivista*, 2016, n. 1. In particolare in M. Figureido vengono riportati atti ufficiali insieme a una disamina completa della questione. L'A. affronta anche un tema che è necessario richiamare ossia se i fatti avvenuti in un mandato precedente possano legittimare la revoca del mandato in corso. L'autore afferma che «l'art. 86, comma 4, della Costituzione prevede: "Il presidente della Repubblica, durante il suo mandato, non può essere ritenuto responsabile per atti estranei all'esercizio delle sue funzioni" ... La prima corrente ritiene che sia impossibile accusare durante il secondo mandato il Presidente per atti commessi nel primo ... Per quanto riguarda la corrente opposta, in caso di rielezione, il Presidente sarà nell'esercizio delle sue funzioni inerenti all'incarico, per un mandato di otto anni (4+4), e può essere ritenuto responsabile per fatti e omissioni che costituiscono reato di responsabilità, che hanno avuto luogo durante tutto il mandato. Mi sembra» aggiunge «che questa ultima interpretazione sia più realistica e più e meglio si conforma al principio di ragionevolezza e al principio repubblicano».

<sup>10</sup> Per un approfondimento si veda W. Bear, *Import substitution and industrialization in Latin America experiences and interpretations*, in *Latin American Research Review*, 1972, 95 ss.

<sup>11</sup> Si veda A. Saad-Filho, *Democracy in the crucible: impeachment or coup d'Etat in Brazil*, in [www.ppsydne.net](http://www.ppsydne.net).

hanno visto un notevole incremento<sup>12</sup>. Le analisi che legano la corruzione alla qualità delle istituzioni, alla crescita dell'economia informale, dei governi populistici, del peso fiscale, dell'intervento e della regolazione statale, all'ostacolo della crescita, dell'eguaglianza, dell'efficienza dell'ascensore sociale, al proliferare di *lobbies*, di inefficienza, di diminuzione della fiducia dei cittadini nelle istituzioni e della stessa *accountability* internazionale, degli investimenti, sono senza dubbio delle analisi complesse seppur fondate.

Alla luce della più recente evoluzione è necessario leggere i dati relativi alla corruzione e provare ad analizzarli considerando che il Brasile è uno dei Paesi che, negli ultimi anni, ha avuto la maggiore crescita ed il maggiore sviluppo.

Infatti, il Brasile è identificato come uno dei Paesi in cui la corruzione rappresenta il maggior costo sociale ed economico e, seppur di recente siano stati adottati molti provvedimenti in materia, gli stessi esponenti politici che ricoprono posizioni apicali sono risultati spesso implicati in numerosi scandali ed inchieste<sup>13</sup>.

Da questo punto di vista sono stati condotti molti studi sull'incidenza, nei vari Stati, della corruzione sull'economia, sull'efficienza amministrativa, sulla qualità delle istituzioni e della legislazione<sup>14</sup>.

Nel 2014 *Transparency International*<sup>15</sup> ha redatto il dossier annuale contenente l'indice di corruzione dei Paesi del mondo. Il Brasile risulta avere un indice di corruzione di 43 su 100 (dove 100 rappresenta l'assenza totale di corruzione). Si può leggere, nello stesso resoconto, in particolare nella parte che riguarda l'America in generale, che «The 2014 Corruption Perceptions Index does not show significant movement in the scores of the countries in the Americas. For the more cynical among us, this is a good sign as there is always the possibility of worsening. But the reality is that stagnation is not good news. Each year that passes without things improving, is a lost year for the process of strengthening state institutions and the improvement of the quality of life of people».

Le priorità suggerite sono la necessità di mettere fine all'impunità per i corrotti, allargare la trasparenza dei finanziamenti per le campagne elettorali ed affrontare le disuguaglianze, incorporando la trasparenza come elemento centrale di investimento sociale, così come creare registri pubblici degli attuali proprietari delle principali aziende e delle *lobbies* al fine di evitare il proliferare di entità inaccessibili

---

<sup>12</sup> Si veda G. Bianco, *Nuove tendenze nel sommerso economico. Una microanalisi socioeconomica*, 2003; [www.dise.unisa.it/AIEL/Messina/bianco.pdf](http://www.dise.unisa.it/AIEL/Messina/bianco.pdf); V. Tanzi, *Corruption Around the World. Causes, Consequences, Scopes, and Cures*, *International Monetary Fund Staff Papers*, 1998, 559- 594; T. Soreide, *Is it right to rank? Limitations, implications and potential improvements of corruption indices*, in [www.cgu.gov.br](http://www.cgu.gov.br), IV global forum on fighting corruption, Brasilia, 2005; A. Dreher, F. Schneider, *Corruption and the shadow economy: an empirical analysis*, in *Public choice*, vol. 144, 215 ss; D. KAR, *Brazil: capital flight, illicit flows and macroeconomic crises 1960-2012*, in *Global financial integrity*, 2013.

<sup>13</sup> In verità è ampia e facilmente reperibile la bibliografia a riguardo. Si segnala, per una panoramica sugli ultimi 15 anni di riforme e corruzione in Brasile M. Arruda De Almeida, *Managing public perceptions: New Wealth and corruption in Brazil*, in [www.fletcherforum.org](http://www.fletcherforum.org) e O. Cabral, L. Diniz, *A Vingança contra os corruptos*, *Veja*, 26-10-2011, 79 ss.

<sup>14</sup> A. Vannucci, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; A. Pizzorno, *La corruzione nel sistema politico*, in D. Della Porta (cur.), *Lo scambio occulto*, Bologna, 1992.

<sup>15</sup> *Transparency international* è un'organizzazione internazionale non governativa, fondata nel 1993, che ha come principale scopo quello di combattere la corruzione e prevenire i fenomeni criminali pubblicando altresì, annualmente, sia il *Global Corruption Barometer* che il *Corruption Perceptions Index*.

dal controllo della società e dalle istituzioni<sup>16</sup>.

Lo stretto rapporto tra corruzione, crescita, *governance*, ineguaglianza, capitale umano, povertà, legge, infrastrutture, politica, violenza e droghe è provato da una ampia letteratura<sup>17</sup> e comporta ogni anno una perdita stimata, nel solo Brasile, in oltre 50 milioni di dollari i quali potrebbero essere spesi per politiche di sostegno dei cittadini più bisognosi<sup>18</sup> o per lo stesso rilancio della crescita economica.

In Brasile l'indice *PISA*<sup>19</sup> rileva un alto livello di povertà ed ineguaglianza, con conseguente incremento del numero dei corrotti nei rappresentanti governativi, nel sistema giudiziario e negli stessi municipi.

Il risultato dello studio dei provvedimenti su trasparenza e *accountability* dipendono non solamente dagli effetti interni al sistema ma, altresì, dell'interazione delle riforme con il contesto in cui vengono intraprese<sup>20</sup>.

### 3. La nuova legge anticorruzione

Come detto, il Brasile, negli ultimi anni, ha investito molto su progetti per il contrasto alla corruzione (circa il 50% dei fondi spesi da tutta l'America Latina) e, insieme all'Argentina, è considerato un Paese con un sistema di controllo medio-alto<sup>21</sup>.

L'art. 37, co. 4 della Costituzione federale brasiliana prevede, per coloro che compiono atti illegali o contrari ai principi della buona amministrazione e che ricoprono un ruolo pubblico, la sospensione dei diritti politici<sup>22</sup>, il risarcimento totale dei danni arrecati, la perdita delle funzioni pubbliche, oltre alle sanzioni previste dapprima dalla legge n. 8.429 del 1992, successivamente integrata da quanto disposto dalla legge n. 12.846 del 2013.

Proprio la recente riforma ha apportato molte novità al fine di risolvere quei

---

<sup>16</sup> Per approfondire il tema, è possibile reperire l'intero materiale dello studio sul sito [www.transparency.org](http://www.transparency.org). Come afferma José Ugaz, presidente dell'associazione, riguardo proprio alla corruzione nei BRIC: «Grand corruption in big economies not only blocks basic human rights for the poorest but also creates governance problems and instability. Fast-growing economies whose governments refuse to be transparent and tolerate corruption, create a culture of impunity in which corruption thrives».

<sup>17</sup> *Ex multis*, A. Alesina, G. Angeletos, *Corruption, inequality and fairness*, in *Journal of monetary economics*, 2005; S. Hameed, J. Magpile, D. Runde, *The costs of corruption; Strategy for ending a tax on private sector led growth*, Center for strategic and international studies, 2014; S.R. Ackerman, *Corruption: a study in political economy*, New Haven, 1978.

<sup>18</sup> Così J. Quieroz, *Corruption. Public enemy no.1? A case study from Brazil*, University of Bergen, conference paper, ottobre 2015.

<sup>19</sup> Acronimo per "Poor education performance". Il Brasile è al 58° posto su 63.

<sup>20</sup> Così J. Gaventa, R. Mcgee, *The Impact of Transparency and Accountability Initiatives*, in *Dev. Pol'y Rev.*, 2013.

<sup>21</sup> M.S. Gattoni, *Preventing corruption and promoting citizenship participation: the Latin American trend and its challenges*, Conference paper for "European Consortium for Political Research – Joint Sessions", University of Warsaw, Warsaw, 2015.

<sup>22</sup> In particolare la Costituzione prevede all'art. 37 comma 4, che «gli atti di disonestà amministrativa comporteranno la sospensione dei diritti politici la perdita della funzione pubblica, la non disponibilità dei beni e il risarcimento all'erario, nel modo e nel grado previsto dalla legge, senza pregiudizio dell'azione penale del caso». La legge 8.429/1992 disciplina i reati connessi alle relative sanzioni distinguendoli in reati che hanno portato un illecito arricchimento (art. 9), reati che hanno creato pregiudizio all'erario (art.10) e reati che hanno recato pregiudizio ai principi di buon andamento della P.A. (art.10, prevedendo, tra le altre sanzioni, la sospensione dei diritti politici da 8-10 anni nel primo gruppo, da 5-8 nel secondo e da 3-5 nell'ultimo).

problemi che ancora non erano stati affrontati in modo proficuo.

La nuova legge anticorruzione, adottata sulla falsariga di quelle vigenti negli U.S.A. e nel Regno Unito, è entrata in vigore dal 1° gennaio 2014. Il punto cardine della riforma è stato, senza dubbio, la nuova e stringente disciplina sui reati collegati alla corruzione. Si incide, infatti, sull'elemento psicologico, sull'attenuazione della pena per chi collabora, sull'efficacia non solo per i fatti compiuti in Brasile ma anche all'estero. Si allarga la disciplina alle società e alle persone fisiche, per quali si prevede responsabilità penale ed amministrativa con relativa responsabilità solidale al risarcimento del danno e multe dallo 0,1% al 20% del fatturato dell'anno precedente.

Senza ombra di dubbio il Brasile si è dotato di una legislazione organica che, seppur non del tutto soddisfacente per la lotta alla corruzione, permette comunque una migliore conoscibilità delle norme ed un maggiore controllo sui rapporti tra privati e pubblica amministrazione<sup>23</sup>.

Tale riforma non prevede, come avvenuto invece in Italia<sup>24</sup>, una complessiva modifica della legislazione in tema di lotta alla corruzione, con relativa istituzione di un'autorità vigilante, e nemmeno è assistita da una normativa in tema di incompatibilità e decadenze, di un sistema di controlli integrato e composito sul comportamento di coloro che ricoprono pubblici uffici. Così come è auspicabile una nuova normativa sul conflitto di interessi, sui contributi dei privati ai partiti e alle associazioni, sulla rotazione delle cariche pubbliche.

È importante, inoltre, distinguere due aspetti differenti della normativa sulla corruzione: da un lato, la disciplina della prevenzione della corruzione, da realizzare anche attraverso una stringente normativa sul conflitto d'interessi; dall'altro, la normativa afferente alla repressione penale<sup>25</sup> della stessa corruzione (tale ultimo aspetto risulta, tra l'altro, essere stato oggetto di disciplina in molti Paesi). In Italia, ad esempio, molte recenti riforme hanno tentato di combattere la corruzione che insiste sia nei rapporti tra pubblico e privato che le illegalità che avvengono all'interno di essi<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Si legga, per approfondire il tema, F. Dantas, *La nueva Ley Anticorrupción en Brasil: Ley 12.846, de 2013*, Paper for *The third Latin American congress of ethics, transparency and anti-corruption compliance*, 2014; G. Morettini, E. Gabardo, *La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas*, in *Rev. eurolatinoam. der. admin.*, 2015, n. 1.

<sup>24</sup> Si permetta un riferimento, per quanto riguarda alcuni aspetti particolari della riforma italiana, a quanto già scritto in M. Trapani, *Incidibilità e decadenza degli amministratori locali: la riforma nel più ampio quadro della normativa anticorruzione*, in *Oss. cost.*, 2014, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it).

<sup>25</sup> La stessa Legge Severino (190/2012) aveva apportato modifiche alla normativa in tema di corruzione, concussione e traffico di influenze illecite che tuttavia non erano risultate sufficienti e necessitavano di una ulteriore modifica. La Legge 69 del 2015, dal titolo «Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio», ha riformato organicamente le disposizioni del codice penale che riguardano reati legati alla corruzione. I reati che hanno subito una modifica sostanziale sono quelli, tra gli altri, di corruzione, concussione, peculato, induzione indebita e abuso d'ufficio. Le principali novità riguardano l'aumento del minimo o massimo edittale, l'estensione della punibilità ad altri soggetti (ad es. viene punito anche l'incaricato di pubblico servizio e non solamente il pubblico ufficiale), alcune specificazioni terminologiche, l'introduzione del 648 *ter* (autoriciclaggio), del falso in bilancio e di norme stringenti per le associazioni di tipo mafioso. Tale normativa risulta aver avuto una portata di innovazione molto significativa seppur vi sia da chiedersi se, oltre a tali previsioni, unite ad una maggiore centralità del ruolo dell'ANAC, possano risultare sufficienti o se vi sia la necessità di ritornare sulla disciplina della prescrizione e su di un riordino della normativa sulla prevenzione della corruzione.

<sup>26</sup> Necessario fare riferimento alle ultime due riforme che hanno innovato il sistema di norme che

In Brasile, l'evolversi delle leggi sulla corruzione amministrativa ha permesso di sanzionare la condotta illegale di tutti quegli agenti pubblici che, con il loro comportamento, hanno aiutato o incrementato gli atti corruttivi e tale questione è diventata un tema affrontato nella più ampia cornice costituzionale da parte dello stesso Supremo Tribunale Federale<sup>27</sup>.

#### 4. Un case study: il caso Petrobras e la situazione politica in Brasile

La rinnovata attenzione, da parte delle autorità brasiliane, circa la lotta alla corruzione è un chiaro segnale di come, per effetto della crescita economica, il Governo e lo stesso Parlamento, mediante alcune riforme in discussione, abbiano intenzione di limitare e contrastare tali fenomeni che fanno diminuire investimenti e credibilità internazionale. Inoltre, è chiaro come sempre di più sia il settore privato ad essere coinvolto in casi di illegalità diffuse, e non solamente il settore pubblico.

In seguito all'entrata in vigore della legge anticorruzione, in Brasile, si sono susseguiti una serie di casi giudiziari che hanno coinvolto esponenti politici e aziende private.

---

disciplinano la prevenzione degli atti corruttivi. *In primis* la Legge 190 del 2012, che introduce «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione», composta da due soli articoli, mira a rafforzare l'efficacia delle misure preventive alla corruzione derivanti dalla Convenzione ONU del 31-10-2003 (Convenzione di Meriva) e dalla Convenzione penale sulla corruzione del 27-1-1999 oltre che dalla Convenzione OCSE. La disciplina è, così, il frutto dell'approfondimento condotto dalla Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione istituita dall'ex Ministro della funzione pubblica Patroni Griffi.

La Commissione ha individuato nella causa economica ed in quella socioculturale l'evoluzione della corruzione. Infatti lo stesso livello di corruzione dipende da svariati fattori quali la mancanza di trasparenza e di *accountability* o la presenza di posizioni monopolistiche che possono essere limitate solo agendo sulla disciplina dei funzionari pubblici, sulle loro incompatibilità e sulle norme regolanti i conflitti d'interesse e i controlli proprio a partire dall'etica della Pubblica Amministrazione. Le principali novità della normativa riguardano: il ruolo del CIVIT che si trasforma in autorità nazionale anticorruzione (con compiti di vigilanza, controllo, consultivi, analisi, studio ed ispettivi), la previsione di piani triennali contro la corruzione nella PA con designazione del responsabile dell'anticorruzione, previsione di sistemi di pubblicazione trasparenza dei principali atti amministrativi, disciplina di cause di incompatibilità e decadenza da incarichi dirigenziali a seguito di condanne penali, introduzione di norme sul conflitto d'interesse per i responsabili del procedimento, introduzione di codici etici e di condotta. Proprio in attuazione di tale legge è stato approvato "il testo unico in materia di incandidabilità" la Legge 235/2012, che prevede una serie di decadenze e incandidabilità per coloro che ricoprono cariche pubbliche.

La seconda normativa entrata in vigore recentemente, che prende il nome di "Decreto Madia" (decreto-legge 90/2014), ha introdotto, tra le altre cose, novità nel "Codice degli appalti" rafforzando il potere dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ed al suo Presidente ai quali vengono dati poteri molto ampi sia sul controllo in "appalti strategici" sia sulla attività amministrativa in atto nelle varie PA.

<sup>27</sup> La Costituzione Federale disciplina dall'art 101 ss. la composizione e competenze della Suprema Corte. Composta da 11 Ministri (Giudici), nominati dal presidente della Repubblica e approvati dal Senato, tra i cittadini aventi più di 35 anni e meno di 65 con «notevole sapere giuridico e reputazione irreprensibile» ha varie competenze. Per chiarire la conformazione del sistema giudiziario brasiliano è necessario fare una divisione tra organi di giustizia specializzata e organi di giustizia comuni e tra organi di giustizia locale e organi di giustizia federale. Il Supremo Tribunale Federale e il Supremo Tribunale di giustizia sono quindi giudici che stanno all'apice del sistema giudiziario. Le sue competenze sono previste all'art. 102 della Costituzione e quella principale è proprio la salvaguardia della Costituzione essendo il giudice nel ricorso diretto di costituzionalità e nel ricorso straordinario. Esso ha poi molteplici competenze, *ex multis*, nei giudizi di responsabilità per reati comuni del presidente della Repubblica, dei Deputati e Senatori e dei Ministri e nei conflitti tra Stato federale e Stati federati. Per una elencazione completa si faccia riferimento a L.A.D. Araújo, V.S. Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 2014, 477 ss.

L'epicentro dei casi di corruzione è Brasilia e le recenti vicende hanno rivelato un sistema economico-politico e sociale caratterizzato da gravi reati.

La questione ha preso le mosse da una inchiesta iniziata nel marzo 2014, denominata "Lava Jato", sulle operazioni illegali e sul riciclo di denaro da parte di grandi aziende di autolavaggio.

Con tali operazioni sono emerse presunte frodi e casi di corruzione internazionale in relazione alla sottrazione di beni perpetrata dalla Petrobras, una società quotata in borsa, operante nell'ambito del commercio petrolifero e dell'energia, controllata dal Governo federale brasiliano. Tale vicenda ha investito anche gli U.S.A., dato il carattere internazionale delle operazioni, e le relative aziende e multinazionali che hanno, quindi, intensificato la portata internazionale del caso e delle relative indagini.

I giuristi brasiliani si sono interrogati su quale applicazione avrebbe potuto avere la legge n. 12.846 del 2013, sia sotto l'aspetto temporale, sia sotto l'aspetto dell'idoneità o meno degli strumenti in essa previsti.

I reati contestati riguardano per lo più fatti accaduti prima dell'entrata in vigore della legge e le stesse misure previste dalla riforma sembrano inadeguate a rappresentare un deterrente.

In Brasile è, comunque, presente una normativa sulla prevenzione della corruzione e, in particolare, svolgono un ruolo centrale in tale ambito gli incentivi per i programmi di conformità all'anti-corruzione, i quali, tuttavia, se è vero che da una parte responsabilizzano le grandi aziende, dall'altra, hanno una limitata idoneità a svolgere la funzione deterrente e quella vigilante lasciata, quest'ultima, in mano alla sola magistratura. Risulta, infatti, mancante un organismo che controlli esclusivamente i casi di corruzione nel Paese e che funga sia da autorità di vigilanza che di regolamentazione, in un rapporto di indipendenza dall'esecutivo ma di cooperazione con la stessa assemblea federale, di quei settori che necessitano di norme o regolamenti per combattere lo stesso evento corruttivo. In passato erano avvenuti altri episodi di corruzione che avevano coinvolto esponenti politici, multinazionali e *lobbies* economiche: in tal caso, però, la presenza di una nuova normativa anticorruzione e di una sensibilizzazione sociale e regolamentazione etica aveva permesso un celere avanzamento del procedimento.

In tale contesto, anche la politica e la società hanno risposto in modo differente. Da una parte, il popolo brasiliano è sceso in piazza per manifestare contro le misure di austerità e per gli scandali di corruzione e, dall'altra, il sistema politico si è paralizzato rimanendo fermo ed inerme di fronte alle modificazioni in atto.

Dopo la rielezione di Dilma Rousseff (Partito dei lavoratori) nel 2014, si è verificato il caso Petrobras, che ha coinvolto il partito della Presidente (salvo alcuni arresti di esponenti<sup>28</sup> nazionali) ed alcuni alleati di governo (tra i quali il presidente della Camera, Cunha); fu così richiesto l'arresto di 62 parlamentari, 2 Ministri e numerosi manager di aziende di Stato (solo questi ultimi in verità non sottoposti al giudizio di un giudice speciale: il Supremo Tribunale federale, ex art. 102 della Costituzione).

Qualche mese dopo – agosto 2015 – il *Tribunal de Contas de União*, nella sua relazione annuale, espresse parere negativo sulla validità del bilancio federale del

---

<sup>28</sup> Su tutti, *João Vaccari*, tesoriere del PT, dimessosi subito dopo il suo arresto.

2014 accusando l'esecutivo – sia l'attuale che i precedenti – di aver concesso prestiti a fondi di società statali, senza aver mai indicato tali operazioni nel bilancio federale, obbligando la Banca centrale ad emettere moneta, al fine di coprire tali uscite permettendo, quindi, la cosiddetta “pedalata fiscale”, alla base della crescita economica degli ultimi anni. Questo parere ha colpito indirettamente la Presidente accusata, da molti, di aver falsificato il bilancio statale del 2014, in vista proprio delle imminenti elezioni<sup>29</sup> e quindi di aver violato la legge sulla responsabilità Fiscale; tutto ciò ha aperto la discussione sull'opportunità di richiedere l'*impeachment* della presidente Rousseff.

Nel sistema brasiliano vi è una netta distinzione tra i reati, le condotte amministrative improprie e reati di responsabilità che possono portare alla procedura di *impeachment*<sup>30</sup>.

In Brasile, come negli altri paesi dove questo istituto è previsto, la messa in stato d'accusa ha come possibile esito quello di far decadere il presidente della Repubblica accusato di aver commesso particolari reati.

L'art. 52 della Costituzione brasiliana dispone che il presidente della Repubblica Federale, se accusato di *impeachment*, deve essere sollevato dalla sua carica e non potrà ricoprire alcun altro incarico pubblico per il periodo di otto anni.

I *crimes de responsabilidade*, previsti in Costituzione dall'art. 85 comma 2, non sono reati in senso stretto; essi costituiscono infrazioni politico-amministrative che possono essere commesse nello svolgimento della propria funzione pubblica. L'elencazione è fornita direttamente dalla Costituzione e la legge speciale, la n. 1079 del 1950, ha specificato meglio il contenuto di ogni singola fattispecie<sup>31</sup>.

La disciplina del procedimento di *impeachment*<sup>32</sup> contro il Presidente è prevista all'art. 86 della Costituzione, mentre l'art 37, co. 4 disciplina la condotta amministrativa impropria<sup>33</sup>.

Il potere di perseguire e giudicare il Presidente per i reati di *responsabilidade*<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> Recentemente è stato pubblicato un contributo che analizza in modo molto preciso il susseguirsi degli eventi ed al quale si rimanda integralmente salvo le questioni principali analizzati in questo contributo. P.L. Petrillo, *La guerra tra gli organi costituzionali in Brasile e l'impeachment del Presidente dell'Unione*, in *Oss. cost.*, 2016, n. 1, 2 ss.

<sup>30</sup> Per un approfondimento in merito si rimanda a M. Figureido, *Il Brasile alla prova del diritto*, cit.; L.A.D. Araújo, V.S. Nunes Júnior, *op. cit.*, 409 ss.

<sup>31</sup> La Costituzione prevede che il presidente dell'Unione possa essere giudicato, a seguito di richiesta presentata da qualsiasi cittadino con l'allegazione delle prove, per ogni atto compiuto che contrasti con la Costituzione e, in particolare, con l'esistenza dell'Unione, con la presenza dei diritti fondamentali dei cittadini o il libero esercizio del potere legislativo e giudiziario, attentano alla sicurezza o sono contrari ai principi di buon andamento della Pubblica amministrazione o alle leggi di bilancio. La legge n. 1079/1950, che disciplina i *crimes de responsabilidade* commessi dal presidente della Repubblica, Ministri di Stato e giudici del Supremo Tribunale Federale, dei governatori e dei segretari di stato, prevede una serie di categorie di reati dettagliati per i quali è possibile intraprendere il procedimento di *impeachment*. La suddivisione è così fatta partendo dai reati contro l'esistenza dell'unione federale, contro il libero esercizio dei poteri costituzionali, contro esercizio dei diritti politici, sociali e dell'individuo, contro la sicurezza del Paese, contro la probità della Pubblica Amministrazione, contro le finanze pubbliche e, infine, contro l'attuazione delle decisioni giudiziarie. Per i dettagli si veda [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm).

<sup>32</sup> Si confronti, tra gli altri, P.S. Frontini, *Crime de responsabilidade*, in *Revista Justitia*, 1977, 137-175; V. Paulo, M. Alexandrino, *Direito constitucional descomplicado*, Rio de Janeiro, 2011.

<sup>33</sup> La fattispecie della condotta amministrativa impropria, regolamentata dalla legge n. 8.429/1992, punisce coloro che provocano danni all'erario mediante azione o omissione contro il patrimonio pubblico.

<sup>34</sup> I *crimes de responsabilidade* sono quelle condotte o quei comportamenti che hanno contenuto

appartiene al Senato (ex art. 52, I, CF), dopo l'approvazione, da parte dei due terzi dei componenti della Camera dei Deputati della relazione della Commissione parlamentare, nominata *ad hoc*, di messa in stato d'accusa e del relativo "rinvio a giudizio" davanti al Senato (ex art. 51, co. 1, Cost.).

La funzione giurisdizionale, per i *crimes de responsabilidade*, è svolta dal Senato federale (mentre per i reati comuni sarà direttamente il Tribunale Supremo ed il procedimento è completamente differente<sup>35</sup>), in una speciale composizione, in cui la presidenza è affidata al presidente del Supremo Tribunale Federale, ed agisce, quindi, fuori dalla propria funzione legislativa, seguendo un procedimento simile a quello proprio degli U.S.A..

Ogni cittadino, allegando le prove, può adottare l'iniziativa per la messa in stato di accusa, che sarà primariamente vagliata dal presidente della Camera e solo successivamente autorizzata dalla Camera dei deputati (prima da una Commissione *ad hoc* e poi dall'Assemblea con maggioranza dei 2/3). Si instaurerà, pertanto, il contraddittorio davanti al Senato federale, il quale dovrà pervenire ad una decisione giurisdizionale – e non politica – garantendo sia il diritto alla difesa che il giusto processo. Tale decisione non potrà discostarsi dalla delibera della Camera dei deputati, per quanto riguarda il capo d'imputazione, richiedendosi, quindi, una corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Nel corso del processo il Presidente viene sospeso dallo svolgimento delle proprie funzioni fino al termine del giudizio ma, comunque, per un periodo non superiore a centottanta giorni<sup>36</sup>.

Il giudizio finale sarà, dunque, prerogativa del Senato, che, con voto palese e per appello nominale, potrà, con il raggiungimento del *quorum* dei 2/3, adottare una risoluzione ove si decreta l'*impeachment*, con conseguente decadenza dalla carica, relative sanzioni e impossibilità da parte dell'ormai *ex* Presidente di ricoprire cariche pubbliche per otto anni.

I procedimenti di accusa, tuttavia, devono essere inseriti all'interno di una cornice costituzionale che tuteli l'individuazione certa della pena, proporzionalità e ragionevolezza, oltre che l'indipendenza del collegio giudicante<sup>37</sup>.

Dagli equilibri parlamentari dipende, quindi, la stessa procedibilità dell'*impeachment*, che risulta influenzato dalla netta frammentazione politica

---

politico ma che non possono avere la natura di reato e, come tali, hanno una pena "politica" ossia decadenza, interdizione o sospensione.

<sup>35</sup> L.A.D. Araújo, V.S. Nunes Júnior, *op. cit.*, 411-412. In sintesi il procedimento per i reati comuni prevede tre fasi: la denuncia, l'autorizzazione a procedere e il procedimento giudiziario.

Il Procuratore Generale provvederà a eseguire le indagini, all'esito delle quali, proporrà o l'archiviazione o la richiesta di autorizzazione alla Camera dei Deputati. La Camera dei Deputati, a seguito di una istruttoria condotta da una Commissione *ad hoc* autorizzerà o meno la prosecuzione del procedimento con il voto dei 2/3 dei propri componenti. Se viene autorizzato dalla camera il procedimento proseguirà il suo iter davanti al Tribunale federale che giudicherà il Presidente il quale potrà essere assolto oppure subire condanna penale fino alla decadenza come effetto della stessa sentenza. Il Presidente non potrà però essere giudicato se non per gli atti che compie al di fuori dell'esercizio del proprio mandato.

<sup>36</sup> Si noti che tale procedimento di sospensione (vincolato temporalmente) è molto simile a quello previsto dalla Legge Severino e su cui sia consentito rimandare, per alcune riflessioni utili anche al fine della presente trattazione, a M. Trapani, *Incandidabilità e decadenza negli enti locali* (Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2014, n.730), in *NelDiritto*, 2014, n. 5, 998 ss.

<sup>37</sup> A. De Moraes, *Combate a improbidade administrativa e respeito aos princípios constitucionais*, in G.S. Leite, I.W. Sarlet (cur.), *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*, Salvador, 2012.

caratteristica del Brasile. Il sistema elettorale per la Camera dei deputati è di tipo proporzionale e ad ogni Stato sono attribuiti un numero differente di seggi che variano da 8 a 70. Le elezioni parlamentari avvenute nel 2014 hanno, così, consegnato una situazione politica di stallo, in cui non si riescono ad approvare provvedimenti per il contrasto della forte recessione in atto (il FMI calcola che quest'anno il PIL brasiliano scenderà del 3%). Infatti, dal primo al secondo turno di ballottaggio per le elezioni Presidenziali, il Partito dei Lavoratori (PT) ha ottenuto il 51,64 % contro il 48,34% del Partito della socialdemocrazia (PSDB) che presentava come candidato presidente Nèves. A distanza di poche settimane dal voto che aveva coinvolto anche il rinnovo della Camera, i 10 milioni di voti di differenze si tramutarono in 3 ed il Paese si spaccò nettamente tra il Nord-Est, favorevole alla Rousseff, ed il Sud-Est, a maggioranza sostenitore di Nèves. Nello stesso tempo il partito che ha vinto il ballottaggio è molto lontano dalla maggioranza ma, di converso, il secondo partito è sottorappresentato rispetto ai consensi ricevuti, a causa della frammentazione del voto derivante dal metodo proporzionale e dalla nascita di un governo di coalizione con a capo la presidente Rousseff<sup>38</sup>. Tale situazione, tuttavia non ha reso incerto l'esito del procedimento di *impeachment*, poiché ogni giudizio che viene affidato ad un organo politico non può certamente prescindere dai parametri c.d. politici, che, nel caso di specie, seppur connessi ad una vicenda giudiziaria, rappresentano un'arma contro la maggioranza facilmente azionabile in un sistema di instabilità e frammentazione partitica e che hanno portato quindi ad una coalizione di tutte le forze parlamentari contro la presidente Rousseff.

La situazione politica, di conseguenza, appare sospesa tra una sofferente governabilità, una difficoltosa, seppur sempre più pressante, richiesta di avanzamento dell'accusa di *impeachment* ed una necessità di apportare una serie di riforme che ad oggi sono utili per poter proseguire nella crescita economica.

Da segnalare l'iniziativa, criticata da molti come deriva assemblearista e bloccata dal voto della Camera dei deputati, della presidente Rousseff di prevedere delle assemblee popolari non elettive, *conselhos populares*, per incentivare la partecipazione e la programmazione multi-livello del processo legislativo.

### 5. L'*impeachment*: luci ed ombre di un istituto dimezzato

In questo quadro politico si inserisce la richiesta di *impeachment* avanzata nei confronti della presidente Rousseff ed il lungo dibattito circa la sua reale ed effettiva possibilità di arrivare ad una soluzione.

Ci si può chiedere se il meccanismo di *impeachment* prima descritto sia idoneo a garantire, da una parte, un giusto processo (essendo i Senatori eletti e dovendo quindi, in qualche modo, rispondere a questa legittimazione) e, dall'altra, preparazione giuridica e terzietà, che, in ogni caso ma ancor più quando si tratta dell'accusa alla prima carica dello Stato, sono fondamentali per poter giudicare il Presidente democraticamente eletto e rappresentante di tutta la Nazione (dato che il ruolo della Corte risulta liminare).

Il procedimento di *impeachment* è simile a quello adottato negli U.S.A. ed è una

---

<sup>38</sup> Il Partito dei Lavoratori poteva infatti contare su 70 seggi che diventavano, sommando i nove partiti in coalizione che appoggiavano la candidatura della Rousseff, 304 su 513 in un Parlamento ove sono presenti 28 partiti.

diretta derivazione della disciplina anglosassone<sup>39</sup>.

Proprio tale applicazione pone una questione centrale per lo studio delle forme di governo e delle garanzie di indipendenza e di corretto rapporto tra organi. L'*impeachment*, caratteristico dei sistemi presidenziali, benché nasca come strumento di controllo giuridico, si evolve rapidamente in un procedimento che permette al Parlamento, sede naturale dei processi politici, di attivare una giurisdizione politica, che, in alcuni casi e con l'evolversi dei rapporti tra Parlamento e sovrano, è diventato un vero strumento di pressione e di lotta partitica<sup>40</sup>.

Nel sistema statunitense l'istituto dell'*impeachment* viene ripreso e modificato a seguito di un dibattito dottrinale molto complesso che si inserisce perfettamente nella forma di governo presidenziale americana. Così l'istituto si è evoluto da procedimento penale speciale a strumento del Parlamento finalizzato a controllare, anche politicamente, il proprio rapporto con l'esecutivo<sup>41</sup>.

Infatti, questo viene inteso come un contrappeso della netta separazione dei poteri<sup>42</sup> e, a partire proprio dalle discipline degli Stati americani, la divergenza con l'istituto inglese è ravvisabile non solo dalle sanzioni ma ancor di più dalle condotte che legittimano il procedimento di *impeachment*, con la conseguenza che nella realtà americana confederale esso rivestiva una natura politico-amministrativa piuttosto che giurisdizionale-penale<sup>43</sup>. L'istituto si sviluppa con caratteristiche differenti da quelle con le quali era nato, soprattutto a seguito della Convenzione di Filadelfia, in cui si prevedeva l'esistenza di un esecutivo forte ed indipendente dagli altri organi ma rimovibile nel caso di eventuali abusi di potere. Lo stesso istituto ha rappresentato l'ultima *ratio* (in alcuni casi la prima) per permettere al Parlamento di ricreare un rapporto che, seppur non possa essere di fiducia nel caso di governi presidenziali, sottoponga pur sempre l'esecutivo ad un controllo che non può essere classificato come giudiziale ma che ha come obiettivo primario quello di rimuovere dalla carica nei casi di «*mal-practice or neglect of duty*»<sup>44</sup>, categoria difficilmente interpretabile e circoscrivibile.

Ad oggi, quindi, è da chiedersi quale ruolo abbia l'istituto dell'*impeachment* e se questo, laddove se ne abusi nei modi e nella frequenza, non possa provocare una stortura di sistema, usata meramente per controllare l'esecutivo o comunque compiere pressione su di esso<sup>45</sup>.

Si può provare a dare una risposta, partendo dall'analisi del procedimento, e, in particolare, della categoria dei soggetti (attivi e passivi), delle fattispecie rilevanti e delle modalità del contraddittorio, fino ad un esame dell'effettiva procedura seguita e del dibattito politico che si è instaurato non solo in Brasile, ma anche in molti altri Paesi del mondo, U.S.A. *in primis*.

<sup>39</sup> M.V. Clarke, *The Origin of Impeachment*, in AA.VV., *Oxford Essays in Medieval History*, Oxford, 1934, 243 ss., e T.F.T. Plucknett, *The origin of Impeachment*, in *Trans. Royal Hist. Soc'y*, 1942, 47 ss.

<sup>40</sup> *Ex multis* B. Wilkinson, *Constitutional History of Medieval England*, vol. II, Londra, 1958, 142 ss.

<sup>41</sup> M. Oliviero, *L'impeachment: dalle origini Inglesi all'esperienza degli Stati Uniti d'America*, Torino, 2001, 19 ss.

<sup>42</sup> P.C. Hoffer, *Legislature and Impeachment*, in *Enc. Am. Pres'y*, vol. II, New York, 1994, 1621.

<sup>43</sup> M. Oliviero, *L'impeachment*, cit., 42.

<sup>44</sup> Le questioni che sorsero in sede di dibattito sull'istituto furono molteplici e tutte trattate dalla "Committee for Remaining matters". Ci si chiedeva quale fosse l'organo legittimato a giudicare, quali le condotte rilevanti, la modalità del procedimento e i soggetti passivi.

<sup>45</sup> In Y.H. Kim, *Impeachment and presidential politics in new democracies*, in *Democratization*, 2014, 519 ss.

Il ruolo del Senato, al quale viene affidata, sia dal sistema statunitense, sia da quello brasiliano, la funzione giudicante, risulta centrale nel procedimento di *impeachment* e non può che connotarlo di una natura politica, seppur esso sia basato su norme e su regolamenti che ne disciplinano il procedimento, al quale il Presidente e alcune cariche apicali di governo devono sempre sottostare.

La discussione che si era aperta anche in passato verteva sulla necessità che il procedimento dovesse essere condotto dalla Corte Suprema e, quindi, riallocato in un sentiero più affine al procedimento giudiziario vero e proprio. La dottrina e la classe politica confermarono, invece, questo ruolo in capo ad un organo sì politico ma nello stesso tempo ampio e di elevato prestigio, che prestava, altresì, giuramento sulla Costituzione, evitando che il giudizio rimanesse competenza alla Corte Suprema, di nomina presidenziale e, dati i numeri ristretti, più facilmente condizionabile.

Se guardiamo all'esperienza italiana, è possibile affermare che la messa in stato d'accusa del presidente della Repubblica è caratterizzata da peculiarità che consentono di sostenere che tale istituto sia molto differente rispetto a quello dell'*impeachment* (almeno come lo conosciamo nei paesi anglosassoni) e di minor utilizzo.

Tuttavia, seppur siano differenti le fattispecie<sup>46</sup> (nel nostro ordinamento, il presidente della Repubblica è perseguibile solo per due reati presidenziali: “alto tradimento” o “attentato alla Costituzione”), seppur sia differente l'organo giudicante (Corte costituzionale integrata da 16 cittadini estratti a sorte da una lista, aggiornata ogni nove anni, comprendente coloro che hanno i requisiti per l'elezione alla carica di Senatore), seppur sia diverso l'elenco dei soggetti passivi ed attivi (presidente della Repubblica e commissione, prima, e Parlamento in seduta comune, poi<sup>47</sup>), non è altrettanto pacifico affermare che tale istituto possa essere uno strumento di lotta politica, ancor prima che di garanzia giuridica. Come ampiamente sostenuto in dottrina, essendo l'*impeachment* un istituto che garantisce una giustizia politica, e non giuridica, tale istituto risulta avere una logica minore in forme di governo dove il presidente della Repubblica<sup>48</sup> non svolge un vero e proprio ruolo di indirizzo politico e governativo. Il giudizio della Corte costituzionale italiana si discosta nettamente dall'istituto di derivazione anglosassone, in ragione del differente ruolo svolto dal presidente della Repubblica: un ruolo non di determinazione dell'indirizzo politico ma di controllo e garanzia, estraneo alle scelte dell'esecutivo<sup>49</sup>.

Infatti, se guardiamo ai precedenti procedimenti di messa in stato d'accusa<sup>50</sup>,

---

<sup>46</sup> A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, in Enc. giur., vol. XV, 1989.

<sup>47</sup> Per una panoramica sulla “messa in stato di accusa” si veda [www.federalismi.it/federalismi/forum/corso/PdR](http://www.federalismi.it/federalismi/forum/corso/PdR) e [www.parlamento.it/parlam/bicam/14/accusa/Documenti/REGOLAMENTO%20PARLAMENTARE](http://www.parlamento.it/parlam/bicam/14/accusa/Documenti/REGOLAMENTO%20PARLAMENTARE).

<sup>48</sup> Sulla responsabilità politica del presidente della Repubblica, si faccia riferimento ad A. Sperti, *Responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzioni e recenti interpretazioni*, Torino, 2010.

<sup>49</sup> Sul ruolo del presidente della Repubblica e sulla sua evoluzione, si veda F. Giuffrè, *Profili evolutivi del Presidente della Repubblica tra garanzia passiva e attivismo garantista*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (cur.), *Il Presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, Torino, 2012.

<sup>50</sup> I principali procedimenti, a dire il vero nessuno dei tre andati a termine, hanno riguardato tre Presidenti della Repubblica. Il primo ha coinvolto Giovanni Leone, dimessosi poi nel 1978 a seguito del caso *Lockheed*, il secondo, Francesco Cossiga il quale fu sottoposto ad un primo procedimento respinto formalmente dal Parlamento e ad un secondo che non ebbe inizio per le dimissioni anticipate. Si ricorda inoltre il caso che coinvolse Oscar Luigi Scalfaro, al centro di una accusa di gestione di fondi durante la sua precedente carica ministeriale, che lo portò addirittura ad una difesa pubblica durante una partita di calcio, a rete unificate. Per approfondire non solo le vicende legate ai

essi hanno coinvolto forze politiche che si opponevano a un presidente della Repubblica, il quale, nell'esercizio del suo mandato, aveva superato i limiti dei propri compiti istituzionali (o almeno così sostenevano i partiti coinvolti nel procedimento di messa in stato d'accusa).

Tuttavia, è pur vero che in Italia il titolare del potere esecutivo è il Governo, il quale ha un rapporto fiduciario diretto con il Parlamento, e l'istituto della sfiducia, che nel tempo ha visto un incremento – mai comunque un abuso<sup>51</sup> – nella sua applicazione, sembra fungere da strumento di pressione e di controllo, da una parte, e di giustizia politica, dall'altra.

Nei sistemi di governo parlamentari, l'*impeachment* risulta avere una attuazione residuale ed il soggetto giudicante viene individuato in un organo esterno, talvolta integrato, formato da giudici supremi. Nei sistemi presidenziali, invece, esso ha una natura extragiudiziale, atta a garantire anche l'equilibrio tra poteri ed il controllo costituzionale tra essi<sup>52</sup>. Tale carattere eccezionale porta ad affermare che il ruolo del Senato è politico e che lo stesso istituto ha come finalità quello di rimuovere coloro che sono divenuti inadatti a ricoprire cariche pubbliche e non quella di sanzionare giurisdizionalmente.

Non a caso, il “giudizio di rinvio” che compie la Camera, ed ancor prima una Commissione nominata *ad hoc*, risulta essere la strada entro la quale si muove il successivo giudizio da parte del Senato ed ha tutte le peculiarità di una valutazione politica (non di un procedimento giudiziario e una garanzia di contraddittorio e difesa completa tanto che, come affermato, una successiva decisione di un organo giudiziario per lo stesso reato sulla legge comune potrebbe altresì essere contraria a quanto avvenuto nel procedimento di *impeachment*<sup>53</sup>).

Per concludere, possiamo affermare che il procedimento adottato dal Brasile, di stretta derivazione statunitense, ha una valenza politica molto forte e, non a caso, anche a seguito delle molte riforme, sia nel caso F. Collor de Mello<sup>54</sup>, sia nel caso in esame, il procedimento ha preso inizio in un momento di maggiore debolezza del Presidente e di incertezza politica e parlamentare, dovuta anche a numerosi casi di corruzione che hanno indebolito la maggioranza, ed allo stato di crisi economica. Inoltre, esso comporta una riflessione sugli stessi rapporti che intercorrono tra l'esecutivo e l'Assemblea parlamentare nei sistemi presidenziali nei momenti di crisi dell'esecutivo.

Tale libertà, lasciata al Senato, di determinare le procedure da seguire nei casi di *impeachment* lascia molti dubbi, dato che, il più delle volte, i lavori vengono condotti dalla Commissione lasciando in mano a pochi (come si voleva scongiurare affidando la relativa competenza alla Suprema Corte) la decisione di destituire il Presidente eletto

---

procedimenti di messa in stato di accusa ma altresì delle questioni sottese alla loro Presidenza si segnalano: C. Cederra, *Giovanni Leone: la carriera di un Presidente*, Milano, 1978; V. Onida, *L'ultimo Cossiga: recenti novità nella prassi della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1992, 165.

<sup>51</sup> V., ad esempio, l'abuso della decretazione d'urgenza, su cui R. Romboli, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Simoncini (cur.), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006, 118 ss.

<sup>52</sup> V. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998.

<sup>53</sup> Per approfondimenti v.: L. Carlassarre, *Responsabilità penale dell'esecutivo e forme di governo. L'impeachment negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1970, 441 ss.; M.J. Gerhardt, *The Federal Impeachment Process: a Constitutional and Historical Analysis*, Princeton, 1996.

<sup>54</sup> Si fa riferimento a quanto precedentemente trattato. Si veda G. V. Costa, *Brasil, Nova República e Imprensa.*, cit.

direttamente dal popolo (o altre figure dell'esecutivo) mediante un procedimento giuridico-politico che si basa più su valutazioni politiche e su una discrezionalità della Camera e del Senato piuttosto che su un processo davanti ad un giudice comune.

Le stesse prove, che come abbiamo visto nella vicenda brasiliana, deriverebbero da un parere della Corte dei Conti e da indagini in atto da parte della magistratura, non possono certamente essere alla base di un giudizio di merito che si ponga come decisione giurisdizionale in senso stretto, bensì come una valutazione, *ab externo* e senza possibilità particolare di acquisizione di ulteriori fatti, che legittima ancor di più quella teoria che vede in tale istituto un controllo indiretto del Congresso sull'esecutivo senza la possibilità dell'applicabilità del *judicial review* da parte della Suprema Corte<sup>55</sup>.

Il caso brasiliano, come altri casi avvenuti in Stati con forme di governo presidenziali<sup>56</sup>, è la più efficace conferma che, nei sistemi presidenziali, il rapporto tra poteri ritrova in istituti come quello dell'*impeachment* uno dei *checks and balances* atti a far valere la responsabilità politica, ancor prima che penale, che può essere arginata, come è possibile notare dalle cronache parlamentari brasiliane, solo dal complesso procedimento e dalla previsioni di ampie maggioranze, per poter iniziare un procedimento di *impeachment* ma che, nel caso in cui il combinato disposto legge elettorale e forma di governo, nel più ampio quadro della crisi politica ed economica, rischiano di non essere sufficienti, poiché lo stesso partito di governo è ben lontano dal poter raggiungere, da solo, 1/3 dei rappresentanti in Parlamento e, quindi, la volontà politica delle opposizioni e degli stessi alleati (od *ex* alleati) di governo hanno potuto condurre ad un procedimento di *impeachment* con estrema facilità.

Inoltre, la stessa mancanza di una autorità che monitori e garantisca un organico controllo sulla corruzione, col tempo, rischia di far venir meno gli effetti che, una riforma epocale come quella del 2014, aveva l'ambizione di realizzare.

Il sistema brasiliano risulta quindi essere una derivazione ibrida di quello statunitense poiché, a differenza di quest'ultimo, non solo la Costituzione prevede determinati casi in cui il comportamento del presidente della Repubblica può essere accusato di *impeachment* ma altresì rimanda ad una legge speciale la disciplina di ogni fattispecie entro le quali deve muoversi tutto il procedimento di accusa. Negli U.S.A., come in Italia, invece, il giudizio risulta essere politico in senso stretto poiché le stesse Costituzioni utilizzano categorie molto ampie per delineare fattispecie come "tradimento", "corruzione", "Alti crimini e misfatti", negli U.S.A.<sup>57</sup> e "attentato alla Costituzione" e "Alto tradimento", in Italia.

In Brasile l'*impeachment* ha quindi una stretta connessione con l'elencazione delle fattispecie inserite nella legge, la quale, come detto, dovrebbe essere modificata dato che fu approvata più di 30 anni prima della Costituzione, e che "guidano" il procedimento limitando – provando a limitare – una decisione che, nelle modalità con le quali si sviluppa, risulta essere strettamente politica.

## 6. I recenti sviluppi del caso brasiliano

Come abbiamo avuto modo di scrivere, la corruzione, in Brasile come negli altri paesi

<sup>55</sup> *Ex multis*, H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harv. L.R.*, 1959, 432 ss.

<sup>56</sup> Su tutti, M. Oliviero, *L'impeachment*, cit., 143 ss., sul "caso Clinton".

<sup>57</sup> Negli U.S.A. ogni reato si presume sia stato compiuto dal Presidente mentre era in carica può portare ad una accusa di *impeachment*, a prescindere dall'atto di accusa.

del mondo, è da sempre stato un elemento che ha rappresentato un freno economico e sociale. La corruzione ha coinvolto sempre di più sia il privato che il pubblico anche in virtù dell'eccessivo accentramento del potere in mano ad istituzioni centrali e di un sistema locale poco sviluppato e con competenze non sempre chiare e precise.

Il nuovo codice anticorruzione è sul banco di prova, a prescindere dall'esito della vicenda che vede coinvolta la presidente della Repubblica Rousseff, e, molto probabilmente, porterà le istituzioni brasiliane ad interrogarsi sulla necessità di riformare anche lo stesso sistema che disciplina appalti, *lobbies*, enti locali, conflitto d'interessi e finanziamento privato (la maggior parte in Brasile) ai partiti, durante e dopo le elezioni, per provare a rendere effettiva l'esigenza di eliminare inefficienze e tornare ad avere una crescita lenta ma regolare dell'economia brasiliana e della stessa tutela dei diritti fondamentali.

In questi mesi, la situazione politico-economica è entrata in un *climax* che ha portato, dapprima parte della popolazione e, successivamente, dell'*establishment* politico, ad interrogarsi sulla necessità di dare inizio ad un procedimento di *impeachment*.

Così la quiete ha annunciato la tempesta che ha avuto inizio proprio con la firma da parte del presidente della Camera Cunha dell'autorizzazione all'inizio del procedimento di *impeachment*.

Il presidente Cunha ha dunque autorizzato la composizione della Commissione speciale, che ha iniziato il procedimento di *impeachment*, valutando legittimo il voto segreto per l'individuazione dei suoi componenti. Il Partito Comunista brasiliano (PCB) ha presentato ricorso al Supremo Tribunale federale, asserendo che la legge n. 1079 del 1950, disciplinante la procedura di *impeachment*, violerebbe uno di quei precetti fondamentali previsti dalla legge n. 9.882 del 1999, che rappresentano il parametro di controllo per una valida instaurazione di un ADPF<sup>58</sup>. Il PCB chiedeva, quindi, l'illegittimità costituzionale degli articoli che regolano il procedimento invitando, altresì, a un *filtragem constitucional*<sup>59</sup>.

La legge disciplinante il procedimento d'*impeachment* violerebbe, a giudizio dei ricorrenti, i principi di separazione dei poteri, di democrazia, del giusto processo, del contraddittorio e del giudice naturale.

Tale azione è legittimata, altresì, dalla previgenza della legge regolante il procedimento di *impeachment* rispetto all'entrata in vigore della Costituzione federale.

Tale ricorso è stato recentemente deciso dal Supremo Tribunale Federale e, seppur brevemente, è necessario approfondire non solo la decisione a maggioranza ma anche il dibattito apertosi tra i vari giudici.

Infatti, il relatore, Edson Fachin, ritenendo la fondatezza del ricorso e la mancanza di precise disposizioni costituzionali, concesse la sospensiva fissando per il 16 dicembre del 2015 la sessione plenaria nella quale si sarebbe dovuto discutere il merito del ricorso.

Nelle more della sentenza, sono stati pubblicati il dispositivo dell'ordinanza di sospensione e le dichiarazioni dei vari giudici. La Corte ha accolto parzialmente il

---

<sup>58</sup> Precisamente è stata proposta una "*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*" (ADPF) un'azione presentata alla Corte Suprema, non proponibile se esistono altri tipi di azioni, il cui obiettivo è quello di prevenire o riparare danni procurati da un atto, compiuto dall'autorità pubblica, che viola un precetto fondamentale, disciplinata dalla legge federale 9882 del 1999, proponibile dagli stessi soggetti legittimati a proporre una azione diretta di incostituzionalità (ADI).

<sup>59</sup> Si vedano gli atti disponibili sul web alla pagina [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf378.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf378.pdf).

ricorso, affermando che la Camera autorizza solamente la procedura di *impeachment* e che è necessario il voto palese per la scelta di coloro che faranno parte della commissione speciale.

La decisione è stata presa a maggioranza, seguendo, l'opinione del Giudice Barroso il quale era contrario a quello proposto dal relatore Fachin.

Una delle questioni principali riguarda l'adozione o meno del voto segreto per la scelta dei membri della Commissione.

Il Collegio, a maggioranza, ha deciso per l'adozione del voto palese e per il rinnovamento del procedimento viziato<sup>60</sup>, affermando che questo principio si desume, alternativamente, dalla stessa obbligatorietà necessaria per la decisione finale, la quale non permetterebbe l'utilizzo del voto segreto in una fase infraprocedimentale (Giudice Rosa Weber), dalla applicazione del principio di pubblicità (Giudici Luiz Fux e Ricardo Lewandowski), da quello di legalità (Giudice Carmen Lucia), dall'interesse pubblico (Giudice Marco Aurelio).

Ulteriore e interessante dibattito, sorto proprio nel corso del dibattimento collegiale, ha riguardato il rapporto che intercorre tra l'instaurazione del procedimento di *impeachment* da parte della Camera dei rappresentanti e la votazione del Senato. Per quanto riguarda il *quorum*, è stato deciso che sia necessaria la maggioranza semplice per l'ammissibilità del procedimento e la decisione finale deve essere votata dalla maggioranza qualificata.

Inoltre, il Collegio si è espresso, a maggioranza, affermando che alla Camera spetti l'autorizzazione ma che il Senato sia poi libero di proseguire la procedura di *impeachment*.

Tali questioni riportano, quindi, ad un'applicazione simile a quella che era stata la procedura seguita per l'*impeachment* dell'ex presidente Fernando Collor ed aprono una discussione seria sul rapporto tra le istituzioni brasiliane e sulla stessa procedura seguita, rapporto che necessiterebbe certamente di una più attenta disamina anche riguardo a quanto dichiarato dal presidente della Corte Suprema nella relazione di chiusura dell'anno giudiziario 2015<sup>61</sup>.

Infatti, la relazione si sofferma sulle decisioni prese dalla Corte in tema di *privacy* e trasparenza, sulla condizione dei detenuti, sul finanziamento ai partiti e, infine, proprio sul procedimento d'*impeachment*, denotando come l'attenzione su questi temi sia molto alta. Com'è possibile notare, quindi, la Corte ha iniziato a trattare con estrema costanza temi che riguardano l'assetto istituzionale, la trasparenza e la tutela dei diritti incidendo con forza sul sistema brasiliano, tanto da far affermare al Presidente che le questioni affrontate sono complesse, socialmente rilevanti, apprezzabili e raffinate.

Si segnala, inoltre, un ulteriore interessante spunto di riflessione avvenuto a seguito della nomina da parte della presidente Rousseff di Lula, già Presidente federale e predecessore della stessa, a Ministro per l'attuazione del programma di governo. Tale decisione è stata letta, da buona parte dei commentatori, come un modo per garantire all'ex Presidente una tutela nel procedimento penale in atto che lo coinvolge nelle vicende di corruzione del "caso Petrobras" tanto che non è stato possibile eseguire l'ordine di arresto predisposto entro il giorno dopo la nomina.

---

<sup>60</sup> Primo caso in cui il Supremo Tribunale Federale interviene su un atto interno al Parlamento.

<sup>61</sup> Reperibile sul sito [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

Proprio a seguito della sua nomina, sono state pubblicate alcune intercettazioni che vedrebbero coinvolti la Presidente ed il suo nuovo “capogabinetto” nel momento in cui parlano della conseguenze di eventuali indagini nel “caso Petrobas”. Gli interrogativi posti riguardano la legittimità non solo della pubblicazione delle intercettazioni (che non sono certo controbilanciabili con un interesse pubblico diffuso di conoscenza delle vicende) nelle quali si leggono dichiarazioni del Presidente in carica, ma, altresì, la legittimità della sospensione della nomina<sup>62</sup>.

L’iter ha così ripreso negli ultimi mesi con velocità fino ad arrivare alla pronuncia di *impeachment* avvenuta il 31 agosto.

Ripercorrendo velocemente le varie tappe si segnala che il 17 aprile 2016 la Camera ha approvato con 304 voti favorevoli e 107 contrari la procedura di *impeachment* che è proseguita al Senato e tutto si è deciso sul filo delle maggioranze parlamentari che hanno cambiato, di nuovo, la guida del Brasile<sup>63</sup>.

Nel frattempo era avvenuta la sospensione della presidente Dilma Rousseff per sei mesi, in attesa della eventuale decisione favorevole del Senato per la sua rimozione definitiva.

Il nuovo Presidente *ad interim* è diventato quindi Temer, già Vicepresidente della presidente Rousseff, che ha già attirato a sé molteplici critiche, sia per il netto cambio di programma politico messo in atto da subito segnando così una netta cesura con il passato che lascia sempre meno dubbi sulla natura del procedimento di *impeachment*.

Come abbiamo già accennato, il 31 agosto, l’assemblea plenaria del Senato ha votato con 61 voti a favore e 20 contrari, l’*impeachment* della presidente Rousseff con l’accusa di aver commesso dei crimini di responsabilità legati alla “responsabilità fiscale”, già trattati.

Tuttavia il Senato ha effettuato una doppia votazione, scindendo quindi il procedimento, votando favorevolmente solo all’*impeachment* e non all’interdizione dai pubblici uffici per otto anni così come richiesto dalla Costituzione.

Tutto ciò fa propendere ancora di più per una estrema politicizzazione del procedimento poiché, *ratio* della procedura di *impeachment*, è quella di allontanare coloro che hanno compiuto determinati “reati” dagli uffici pubblici in modo semipermanente e non quello di cambiare la maggioranza governativa permettendo, tuttavia, una immediata rielezione di coloro che, a giudizio del Senato, hanno tenuto un comportamento che mina la legalità costituzionale del Paese.

Tale decisione, quindi, accolta dal giudice Lewandoski che presiedeva l’Assemblea, ha aperto molte polemiche sia sulla legittimità che sulla palese politicità

---

<sup>62</sup> Intercettazioni autorizzate dal giudice Sergio Moro, lo stesso che aveva condotto l’inchiesta sul finanziamento al sistema partitico brasiliano e che aveva portato alla accusa di aver alterato i bilanci poiché, senza l’autorizzazione del Parlamento, il governo aveva derogato ai limiti di spesa imposti annualmente a favore di imprese di Stato. Tali intercettazioni che sono state rese pubbliche «perché di interesse pubblico», come affermato dallo stesso magistrato, hanno provocato vari ricorsi che hanno portato la Corte Suprema Federale prima a sospendere Lula e poi di avocare a sé, con otto voti su dieci, la decisione del caso poiché l’arresto o la sospensione dei Ministri in carica non può essere disposta da un giudice comune.

<sup>63</sup> Dopo la decisione del 17 aprile il Senato ha approvato, il 12 maggio, la relazione del 6 maggio del Comitato speciale del Senato che aveva deciso per la ricevibilità della denuncia. Il successivo 10 agosto si conclude così la fase della “denuncia” con l’acquisizione di prove e testimonianze che hanno portato alla condanna di *impeachment* e alle dichiarazioni della ormai ex presidente Rousseff con le quali etichettava la procedura seguita un “colpo di Stato” e un “abuso di potere”.

che sta dietro alla decisione di colpire la Rousseff, facendola dimettere come Presidente, ma permettendole di potersi ricandidare da subito<sup>64</sup>.

In effetti, con il voto favorevole solo all'*impeachment* e non alla interdizione, non solo viene meno la *ratio* della disciplina, che è quella di allontanare dal *munus publicum* colui che ha agito *contra legem* compiendo reati che hanno un forte impatto sulla vita pubblica, ma altresì si rischia che un successivo voto popolare legittimi nuovamente, mediante un giudizio politico, ciò che il Parlamento, anch'esso composto da molteplici esponenti ad oggi sottoposti ad indagini per reati similari, aveva in precedenza deciso.

La ormai ex presidente Rousseff ha così fatto ricorso al Supremo Tribunale Federale sostenendo che la modalità seguita della doppia votazione è illegittima e come tale risulterebbe nullo il procedimento.

Alla fine di questa breve riflessione è necessario affermare che, seppur dovute le necessarie considerazioni prima effettuate sulla peculiarità del sistema brasiliano, tale procedimento rappresenta sempre di più non un istituto che garantisce il controllo politico sulla legalità dell'operato della classe politica, bensì un *instrumentum regni*<sup>65</sup> in mano alle opposizioni parlamentari e alle minoranze che appoggiano il governo, al solo fine di sovvertire, a prescindere da un'effettiva esecrabilità e punibilità del comportamento oggetto dell'*impeachment*, la maggioranza di governo dei Paesi che non si dotano di controbilanciamenti idonei a rendere maggiormente difficoltosa tale possibilità<sup>66</sup>.

Questa natura particolare dell'*impeachment* deriva da alcuni fattori endogeni al sistema, quali la eccessiva centralità riservata all'esecutivo rispetto al Parlamento, la frammentazione partitica molto accentuata, l'eccessivo leaderismo di questi ultimi, la commistione o, in taluni casi, lo scontro tra i diversi poteri dello Stato, la mancanza di strumenti di controllo sull'esecutivo e di controbilanciamento e una mancata attuazione dell'art. 85 della Costituzione brasiliana, che riservava ad una legge speciale i reati che determinano responsabilità e che permangono vigenti quelli disciplinati dalla legge n. 1079 del 1950, la quale lascia ampi spazi di azione data la genericità dell'elenco.

A chiosa di questa breve riflessione, è necessario segnalare come anche in altre realtà del Sud America stia avvenendo un significativo scontro tra poteri, che minano la tenuta democratica di Paesi che fino a poco tempo fa sembravano costituire democrazie ed economie emergenti, e che mettono in crisi anni di conquiste sociali e diritti.

Un cenno veloce è doveroso farlo alla situazione venezuelana che si sta delineando in questi mesi. Il presidente Maduro, che non ha più la maggioranza in Parlamento ma gode del controllo sui membri della Corte costituzionale nominati prima delle recenti elezioni, ha dichiarato lo stato di emergenza con i quali vengono "compressi" i diritti fondamentali e prende pieno controllo emergenziale. La lunga

---

<sup>64</sup> Le letture sono molteplici. In molti hanno dedotto una eccessiva politicizzazione della procedura, altri una volontà di autoconservazione dei Senatori, i quali, sono per la maggior parte sottoposti a indagini che potrebbero portare quindi a procedure di accuse anche nei loro confronti.

<sup>65</sup> Questo ancor di più se in un sistema presidenziale, come quello brasiliano, non è prevista la *recall election* che rappresenta lo strumento, quello sì, per revocare mediante una valutazione strettamente politica, dietro la presentazione di firme, l'incarico a chi è accusato di mal governo.

<sup>66</sup> Si veda il contributo di S. Giannello, *Non un "golpe democratico": l'impeachment nei confronti di Dilma Rousseff come sintomo di una grave crisi istituzionale*, in *Oss. cost.*, 2016, n. 2.

transizione, portata avanti da Chàvez, si è fermata con la Presidenza Maduro e le ultime riforme portate avanti dall'esecutivo (riforma costituzionale, legge sull'educazione e riforma universitaria) si sono arenate dato che non gode più di quell'80 % dei consensi di cui nel 1998 la maggioranza che guidava l'esecutivo poteva vantare.

Non volendo entrare a fondo della questione, è necessario ricordare il rapporto critico del Venezuela con la Corte interamericana dei diritti, la riforma della Costituzione in senso socialista fallita nel 2007 e poi attuata *de facto*, la "guerra" tra Parlamento e Corte costituzionale, la richiesta di referendum revocatorio (ex. art 72 Cost.), la crisi dei partiti e del governo Maduro, lo stato di emergenza in cui si trova il Venezuela e la mancanza di beni di prima necessità e l'inflazione ormai al di sopra di ogni limite sopportabile che prefigurano uno scenario di mancanza totale di tutela dei diritti fondamentali.

Questo difficile rapporto tra i vari organi costituzionali, che in questi anni sta interessando la maggior parte degli Stati sudamericani, lascia un interessante spunto di riflessione proprio sullo stato dell'arte di quelle democrazie, ancora molto giovani, e sulla difficoltà di tenuta costituzionale.

Senza ombra di dubbio, nei prossimi mesi il Brasile, e tutto il Sud America, rappresenteranno un utile *case study* per l'analisi dei rapporti tra efficienza legislativa, trasparenza amministrativa, economia, tutela dei diritti sociali, corruzione e funzionamento degli organi e dei procedimenti costituzionali e sarà necessario approfondire ancora di più l'adeguatezza o meno dell'istituto dell'*impeachment* nelle moderne democrazie<sup>67</sup>. Non solo, ma sarà altrettanto necessario approfondire il rapporto tra organi in queste democrazie ancora molto "giovani"<sup>68</sup> ove sembra essere non solo conflittuale ma, altresì, foriero di gravi crisi economico-sociali-costituzionali.

---

<sup>67</sup> Si veda il contributo di M. Goldoni, *Brasile: la crisi costituzionale e la fine di un ciclo*, in *forumcostituzionale.it*, 2016.

<sup>68</sup> A partire da una ampia e compiuta analisi condotta da L. Mezzetti, *L'America latina*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 461 ss.

## La Corte Suprema e le sorti del referendum nel Regno Unito

di *Giuliana Giuseppina Carboni*

**Abstract:** *The Supreme Court and the future of the referendum in the UK* – This article discusses three topics concerning the EU referendum. First, some reflections about UKSC rulling and the role of referendums in the UK. Second, the consequences of the EU referendum and the principle of parliamentary sovereignty. Third, the devolution aspect of EU referendum, particularly focusing on Scotland.

**Keywords:** Referendum; Devolution; Supreme Court; Miller; Brexit.

### 1. La Corte Suprema e il referendum

La sentenza della Corte Suprema del Regno Unito del 24 gennaio 2017 ha confermato, seppur a maggioranza di 8 giudici su 11, la decisione dell'Alta Corte del 3 dicembre 2016, che aveva negato al Governo il potere di esercitare il recesso dall'Unione europea, ai sensi dell'art. 50 TUE<sup>1</sup>, senza l'autorizzazione del Parlamento<sup>2</sup>.

87

---

<sup>1</sup> Sull'art. 50 TFUE, tra i numerosi commenti si segnalano S. Douglas-Scott, *Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution*, in *Modern Law Review*, 2016, 1019–1089; A. Łazowski, *How to withdraw from the European Union? Confronting hard reality*, CEPS Commentary, 1-16-2013; J. Herbst, *Observations on the Right to Withdraw from the European Union: Who are the “Masters of the Treaties”?* in *German Law Journal*, 2005, 209-219; E.M. Poptcheva *Article 50 TEU: Withdrawal of a Member State from the EU*, Briefing Paper, EU Parl., February 2016; H. Hofmeister, *Should I stay or should I go? A critical analysis of the right to withdraw from the EU*, in *Eur. L.J.*, 2010, 589-603; P. Nicolaides, *Withdrawal from the European Union: a typology of effects*, in *Maastricht J.*, 2013, 209-219; House of Lords, EU Committee, *The Process of Withdrawing from the European Union*, HL Paper 138, May 2016; House of Lords, Select Committee on the Constitution, *The Invoking of art. 50*, 4th Report of Session 2016–17, HL Paper 44, 9-13-2016.

<sup>2</sup> La questione di chi dovesse decidere la notifica del recesso ha impegnato la dottrina inglese, rappresentando il principale argomento di discussione fino alla sentenza della Corte Suprema. N. Wright, O. Patel, *The Constitutional Consequences of Brexit: Whitehall and Westminster*, UCL Constitution Unit Briefing Paper, consultabile sul sito [www.ucl.ac.uk](http://www.ucl.ac.uk); K. Armstrong, *Push Me, Pull You: Whose Hand on the Article 50 Trigger?* in *U.K. Const. L. Blog*, consultabile sul sito [ukconstitutionallaw.org](http://ukconstitutionallaw.org), 6-27-2016; A. Tucker, *Triggering Brexit: A Decision for the Government, but under Parliamentary Scrutiny*, *ivi*, 6-29-2016; N. Barber, T. Hickman, J. King, *Pulling the Article 50 ‘Trigger’: Parliament’s Indispensable Role*, *ivi*, 6-27 2016; S. Peers, *Who exactly will “take back control”*. *Parliament vs executive after Brexit and the “Great Repeal Bill”*, in *EU Law Analysis*, consultabile sul sito [eulawanalysis.blogspot.it](http://eulawanalysis.blogspot.it), 10-2 2016. T. Poole, *United Kingdom: The Royal Prerogative*, in *Int. J. Const. L.*, 2010, 146-155. House of Lords European Union Committee, *Scrutinising Brexit: the role of Parliament*, 1st Report of Session 2016–17, HL Paper 33. In lingua italiana L. Violini, *L’avvio di brexit nella contesa tra Parliamentary Sovereignty e Royal Prerogative Powers*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1.

Il conflitto su chi dovesse attivare l'art. 50 TFUE, sorto all'indomani del voto del 23 giugno 2016, che ha sancito la vittoria del *leave*<sup>3</sup>, è stato così definitivamente risolto. La motivazione della decisione si basa su un duplice argomento: il Governo non può decidere da solo un cambiamento del sistema costituzionale delle fonti, di cui fanno parte a pieno titolo quelle europee, né può modificare i diritti dei cittadini britannici che derivano dalle fonti europee<sup>4</sup>. La Corte ha inoltre stabilito che la decisione sul recesso, e più in generale le relazioni con l'Unione sono di esclusiva competenza di Westminster, e non afferiscono a materie devolute ai Parlamenti territoriali.

Dunque, la decisione spiega i suoi effetti, oltre che nei rapporti tra Regno Unito e UE, sull'assetto costituzionale britannico, ed in particolare sulla divisione dei poteri tra Parlamento-Governo e tra autorità statale e enti devoluti. La questione su cui è stata chiamata a decidere la Corte è dunque relativa al modo, non al se attivare la procedura di uscita (par. 16), anche se in molti ritenevano possibile, attraverso un passaggio parlamentare, il ribaltamento della decisione popolare<sup>5</sup>.

La sentenza non si occupa invece di definire in alcun modo i rapporti tra il voto referendario e il voto parlamentare, limitandosi a considerare il referendum un atto dal significato eminentemente politico. Infatti, benché la Costituzione britannica venga definita dalla stessa Corte (par. 40) una combinazione di leggi, eventi, convenzioni, dottrina e decisioni giudiziarie (*statutes, events, conventions, academic writings and judicial decisions*) che formano un sistema flessibile e adattabile al contesto politico, il referendum non sembra rientrarvi a nessun titolo. Allo stesso tempo era giunta, del resto, la *High Court of Justice*, nella decisione del dicembre 2016<sup>6</sup>. Poiché il referendum ha un rilievo solo politico, sarebbe possibile, tra l'altro, una decisione del Parlamento che non tenga conto del voto popolare.

La decisione di notifica non può essere basata sull'esito del referendum del 23 giugno, perché questi aveva natura consultiva, che non vincola in alcun modo il Parlamento<sup>7</sup>. Parlamento che avrebbe potuto conferirgli natura vincolante attraverso la legge istitutiva, ma non avendolo fatto valgono i principi fondamentali della materia<sup>8</sup>.

Principi che vengono dettati dalla legge generale di disciplina del referendum, il *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000* (PPERA 2000), che è stata introdotta nell'ordinamento britannico solo dopo che, per le prime consultazioni referendarie si era fatto ricorso a leggi ad hoc.

<sup>3</sup> Il referendum ha visto prevalere il *leave* con il 51,9 dei voti contro il 48,1 del *remain*.

<sup>4</sup> Per un commento a caldo si veda, in questa Rivista, il forum sulla *brexit*.

<sup>5</sup> La sentenza non ha definito, invece, il ruolo del Parlamento nella procedura di negoziazione. Dunque, è ancora da stabilire come avverrà la separazione tra ordinamenti, come verrà definita la delicatissima questione dei diritti dei cittadini britannici nell'Unione (e dei cittadini europei nel Regno Unito), quali saranno i rapporti tra i due massimi organi nel biennio di trattative previsto dall'art. 50 TFUE per definire l'accordo di separazione.

<sup>6</sup> R. O'connell, *Constitutional Law 1010 Lessons: The Brexit Judgment on the Prerogative in R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, SSRN, 11-4-2016, [ssrn.com/abstract=2864224](https://ssrn.com/abstract=2864224).

<sup>7</sup> In senso contrario, per la rilevanza costituzionale del referendum su questioni che riguardano l'appartenenza alla UE, si era espresso il Select Committee on the Constitution della House of Lords: 12th Report of Session 2009–10, p.to 94.

<sup>8</sup> Sull'opportunità di regolare lo strumento referendario in caso di consultazioni su materie costituzionali P. Leyland, *The Case for the Constitutional Regulation of Referendums in the UK*, in A. Torre, J.O. Frosini, *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, 2012, 125 ss.

Su queste basi giuridiche s'innesta ogni specifica consultazione referendaria, decisa dal Parlamento, che essendo titolare della sovranità resta libero di scegliere se e quando tenere un referendum, e con quali effetti<sup>9</sup>. Basandosi su queste premesse la Corte rileva che il *Referendum Act 2015* (la legge istitutiva del referendum sulla *brexit*) non ha stabilito con chiarezza né le conseguenze del voto sulla permanenza nell'Unione, né i passaggi successivi nel caso di vittoria del *leave*.

Ad esso non è poi applicabile l'*European Union Act 2011* (EUA 2011), il quale prevede all'art. 4 l'obbligatorietà del referendum in caso di modifiche dei Trattati europei o di conferimento di maggiori poteri alla UE<sup>10</sup>. Infatti, il referendum del 23 giugno non è stato indetto a seguito della modifica di un Trattato; perciò non è un referendum obbligatorio ai sensi dell'art. 4 dell'*European Union Act 2011*.

Ma vi è un ulteriore argomento che fa ritenere ai giudici che la consultazione popolare necessiti di un'attuazione legislativa (non è sufficiente quindi una semplice deliberazione parlamentare). Essendosi espresso sulla permanenza o l'uscita dall'Unione europea, l'elettorato britannico non ha potuto manifestare un indirizzo sulle conseguenze dell'uscita dall'UE (par. 116-120). Questa decisione dovrà essere necessariamente affidata a una legge del Parlamento. La Corte non accoglie quindi la teoria di quella dottrina minoritaria che nel Regno Unito ha sostenuto e sostiene la rilevanza dei referendum su materie di rango costituzionale (concetto espresso anche da alcuni documenti parlamentari) e afferma per essi la piena legittimità democratica del processo decisionale referendario<sup>11</sup>. A sostegno della decisione, la Corte richiama le conclusioni del documento della House of Lords Select Committee on the Constitution (*Referendums in the United Kingdom*) e la risposta del Governo (*Committee's Fourth Report of Session 2010-11*).

## 2. Il referendum e la sovranità

Il sistema costituzionale britannico sembra dunque aver assorbito gli effetti del referendum, riconoscendo al principio della sovranità parlamentare una netta primazia sulla sovranità popolare e respingendo la portata anti-egemonica del voto nei confronti dell'Esecutivo<sup>12</sup>.

Quanto al primo punto, non vi è dubbio che il referendum negli ultimi anni abbia contribuito, assieme ad altri fattori, all'erosione della sovranità parlamentare, e

<sup>9</sup> R. Ekins, *The Legitimacy of the Brexit Referendum*, in *U.K. Const. L. Blog* (6-29-2016) consultabile sul sito [ukconstitutionallaw.org](http://ukconstitutionallaw.org).

<sup>10</sup> La dottrina si è espressa criticamente sull'art. 4 dell'EUA 2011, sia per i problemi applicativi che la disposizione pone, sia per il difficile rapporto che si viene a creare con il principio della sovranità parlamentare. Infatti, pur affermando di voler difendere la sovranità parlamentare, la prevista obbligatorietà del voto popolare ne limita l'azione. P. Craig, *The European Union Act 2011: Locks, Limits and Legality*, in *Comm. Mkt L.R.*, 2011, 1881-1910; B. Wellings, E. Vines, *Populism and Sovereignty: The EU Act and the In-Out Referendum 2010-15*, in *Parl. Affairs*, 2016, 309-26.

<sup>11</sup> S. Tierney, *Constitutional Referendum*, in *Modern Law Review*, 2009, 72; Id., *The People Last Sight? Referendums and European Integration*, in *Eu. Pub. L.*, 2012, 684 ss.

<sup>12</sup> Una particolare attenzione è stata dedicata alla distinzione tra consultazioni indette su iniziativa dei cittadini e votazioni richieste dagli organi di vertice, alla quale consegue una diversa funzione del voto, partecipativa o di conferma delle decisioni di governo. In entrambi i casi non sono mancati esempi di un uso distortivo del referendum, laddove il sistema politico rappresentativo era debole, come dimostra il caso italiano (di referendum dal basso), o si è prodotto un uso plebiscitario del voto, come nel caso francese (di referendum dall'alto). sulla distinzione G. Smith, *The functional properties of the referendum*, in *Eu. J. Pol. Res.*, 1976, 1-23.

che il riconoscimento al Governo del potere di recesso, in virtù del mandato popolare, avrebbe ulteriormente indebolito il Parlamento.

L'esito del processo di parlamentarizzazione che è seguito alla pronuncia, con la approvazione lampo della proposta di legge del Governo da parte della House of Commons, e l'inefficacia del tentativo fatto dalla House of Lords di condizionare, se non di arginare, la proposta del governo, hanno però ridimensionato gli effetti della sentenza sui rapporti tra i massimi organi di direzione politica<sup>13</sup>. Il Governo ha infatti mostrato una sostanziale impermeabilità alle richieste di mediazione tra la c.d. *hard brexit*, voluta appunto dall'esecutivo, e la *soft brexit*, invocata da parlamentari e gruppi politici. Il passaggio parlamentare della legge di autorizzazione alla notifica sembra realizzare una sottrazione del governo al controllo parlamentare simmetrica alla sottrazione del Regno Unito al controllo dell'Unione<sup>14</sup>.

Nei giorni successivi alla sentenza era parso che la decisione della Corte di ricondurre l'operato del Governo al mandato parlamentare indebolisse l'Esecutivo. Tuttavia, il rapido passaggio parlamentare non ha modificato né l'indirizzo del Governo, favorevole ad una separazione netta dall'Unione, né i tempi della notifica. L'atteggiamento dei parlamentari, a difesa degli esiti della consultazione referendaria, conferma che la sovranità del Parlamento si autolimita di fronte alla sovranità popolare. Ne questo può stupire chi conosce la storia costituzionale britannica, nel corso della quale il Parlamento non ha mai ignorato il voto popolare<sup>15</sup>, né potrebbe farlo su questioni che toccano l'identità costituzionale<sup>16</sup>.

Guardando al rapporto tra referendum e Governo, occorre sottolineare la facilità con la quale l'esecutivo guidato dal Partito Conservatore ha tramutato la sconfitta dell'ala europeista del partito, che si riconosceva nella leadership di Cameron, in una vittoria della componente euroscettica riunita sotto la leadership della May. La vicenda è il simbolo dell'opportunismo politico che i due maggiori partiti britannici hanno dimostrato nei confronti dei referendum europei. Cameron ha cercato di usare il referendum per rafforzare il proprio indirizzo europeo, ma dopo la sconfitta è stato costretto a dimettersi; il Governo è rimasto in carica, con un nuovo Primo Ministro, che sul referendum ha costruito un nuovo indirizzo europeo, di segno assai diverso dal suo predecessore. Il referendum ha prodotto inizialmente un effetto anti-egemonico, ma il partito di Governo ha potuto rapidamente riprendere il controllo dell'agenda politica.

La sentenza della Corte Suprema aveva respinto la pretesa dell'Esecutivo di fondare la propria azione sull'appello diretto al popolo. Per difendere la sovranità parlamentare la Corte delimita gli effetti del referendum, confinando in un ambito esclusivamente politico il significato del voto.

Non si può negare però, che i parlamentari di entrambi gli schieramenti abbiano deciso di seguire le indicazioni dell'elettorato, anche se si erano espressi per il *remain*, e quindi in senso contrario al voto.

---

<sup>13</sup> R. Clayton, *The Brexit Case That Never Was*, in *U.K. Const. L. Blog* (3-22-2017), consultabile al sito [ukconstitutionallaw.org](http://ukconstitutionallaw.org).

<sup>14</sup> E. Campion, *The Constitutional "Ripple Effect" of the European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*, in *U.K. Const. L. Blog* (3-27-2017), consultabile al sito [ukconstitutionallaw.org](http://ukconstitutionallaw.org).

<sup>15</sup> M. Calamo Specchia, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, in A. Torre, J.O. Frosini, *op. cit.*, 146.

<sup>16</sup> S. Tierney, *Constitutional Referendum*, cit. 3 ss.

Nonostante la Corte abbia dichiarato l'irrilevanza giuridica dell'istituto, il referendum, da elemento estraneo al sistema costituzionale britannico, è divenuto parte integrante dell'ordinamento, senza però assurgere a principio fondamentale. Resta da chiedersi per quanto potrà resistere una ricostruzione giuridica che ignora la forza politica del voto referendario, il quale, come detto, è già in grado di vincolare le scelte del Parlamento, che non potrebbe secondo la maggioranza dei commentatori capovolgere il senso del voto, ma solo decidere sul come e quando darvi attuazione. Con buona pace della sovranità parlamentare.

### 3. Il referendum e la *Devolution*

Lo stesso ragionamento, con opportuni distinguo, va fatto per la seconda delle questioni discusse dalla sentenza: i rapporti tra il Regno Unito e le Amministrazioni devolute. Com'è noto le *Devolveds* si sono espresse in modo assai diverso nel referendum del 23 giugno, con la Scozia schierata a favore dell'Unione, il Nord Irlanda favorevole al *remain*, mentre il Galles meno europeista delle tre ha votato per il *leave*.

Una volta appurata la chiara volontà del Governo di Londra di uscire dall'Unione, il Capo del Governo Scozzese e leader del Partito nazionalista Scozzese, Sturgeon, ha dichiarato di voler indire per la seconda volta un referendum sull'indipendenza della Scozia dal Regno Unito (presumibilmente tra la fine del 2018 e metà del 2019)<sup>17</sup>. Il primo referendum svoltosi nel 2014, sullo stesso oggetto, era stato vinto dai sostenitori del No (all'uscita) con il 55,3% dei voti, sulla base della presunzione che il Regno Unito rimanesse nell'Unione europea e della concessione di nuovi poteri ad Holyrood (*Scotland Act 2016*)<sup>18</sup>.

Per rendere possibile il referendum era stato concluso il c.d. accordo di Edimburgo, un memorandum d'intesa tra il governo scozzese e Whitehall, con il quale era stato convenuto che il Governo britannico avrebbe trasferito al Governo scozzese il potere di indire il Referendum sull'indipendenza, ma l'accordo non modifica i poteri giuridici del Parlamento scozzese o del Governo scozzese<sup>19</sup>.

Dopo la vittoria del *leave* era parso subito evidente la difficoltà di conciliare l'uscita dalla UE con la permanenza della Scozia nel Regno Unito, per la ragione che gli interessi della Scozia in questa materia (e non solo la Scozia) sono opposti a quelli di Londra. In una prima fase vi è stato il tentativo di tutti i Governi territoriali di

---

<sup>17</sup> L'aspirazione all'indipendenza, connaturata al partito nazionalista scozzese, è stata tradotta, dopo la vittoria elettorale del 2011 nel documento del Secretary Of State For Scotland, *Scotland's Constitutional Future. A Consultation on Facilitating a Legal, Fair and Decisive Referendum on whether Scotland Should Leave the United Kingdom*, London, Cm 8203, January 2012. L'iniziativa è stata contrastata dal Governo di Londra con il riconoscimento di maggiori poteri alle istituzioni devolute. Successivamente, nel gennaio 2013, il Parlamento di Westminster ha approvato il draft Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013, che ha modificato l'allegato 5 della legge del 1998 e ha devoluto allo Scottish Parliamentil potere di indire il referendum. G. Caravale, *Il referendum sull'indipendenza scozzese: quali scenari futuri per la devolution britannica?* in *Federalismi*, 2015, n. 1, 17.

<sup>18</sup> J.O. Frosini, *L'indipendenza della Scozia: l'uscita da due unioni?*, in *Quad. cost.* 2013, 442-445. Id, *C'è chi dice no: la Scozia non abbandona l'Unione*, in *Quad. Cost.*, 2014, 922-925, e G. Caravale, *op. cit.*

<sup>19</sup> Successivamente, nel gennaio 2013, il Parlamento di Westminster ha approvato il draft Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013, che ha modificato l'allegato 5 della legge del 1998 e ha devoluto allo Scottish Parliamentil potere di indire il referendum. G. Caravale, *op. cit.*, 17.

partecipare al negoziato con la UE a tutela dei propri interessi. Il riconoscimento del ruolo dei territori è politicamente indispensabile per evitare che, soprattutto in Scozia, le spinte secessioniste riprendano forza e la differenza tra territori provochi una crisi della politica e delle istituzioni del Regno Unito.

Il precedente più vicino è quello della trattativa che ha condotto all'accordo del febbraio 2016 tra Regno Unito e Unione europea, concluso nel tentativo di evitare la vittoria del *leave*, nella quale nessuna amministrazione territoriale è stata coinvolta<sup>20</sup>. La posizione del Governo è stata chiara: i rapporti con la UE sono una questione di politica estera, riservata a Westminster.

La May sembra intenzionata a confermare questa linea, tanto che il Governo scozzese, replicando alle scelte del Governo di Londra e all'atteggiamento dell'attuale Premier, ha percorso tutte le vie possibili per far valere gli interessi della Scozia, fino alla proposta di un secondo referendum.

La via giuridica, che si è tradotta nella pretesa delle amministrazioni devolute (non solo la Scozia ma anche il Galles e l'Irlanda del Nord) di partecipare in modo determinate alla definizione dei rapporti tra Regno Unito e Unione europea ha incontrato la netta opposizione della Corte Suprema, che nella sentenza del 24 gennaio 2017, oltre ad essersi espressa sul ricorso del *Department for Exiting the European Union* contro la sentenza Miller, ha deciso il ricorso verso la sentenza della *Northern Ireland High Court* (impugnata di fronte alla *Northern Ireland Court of Appeal*)<sup>21</sup>, relativa al ruolo delle assemblee devolute nella vicenda *brexit*. La decisione della Corte Suprema, assunta all'unanimità, ha chiarito che spetta solo ed esclusivamente al Parlamento di Westminster decidere sulla permanenza o l'uscita dall'Unione.

Venendo alla via politica, il giorno prima della notifica dell'intenzione di uscire dall'unione, il Parlamento scozzese ha dunque approvato la proposta del suo Governo di indire il referendum. Dal punto di vista giuridico, per l'indizione del referendum occorrerà l'approvazione di Westminster, che 3 anni fa aveva dato il consenso al voto<sup>22</sup>. Minoritarie sembrano le posizioni di coloro che ritengono ammissibile un'autonoma convocazione alle urne da parte del Parlamento scozzese<sup>23</sup>.

Queste ultime insistono sul fatto che il referendum non rientra tra le materie riservate al Parlamento di Westminster. L'argomento a difesa dell'autodeterminazione scozzese sembra però superato dalla sentenza della Corte Suprema, che ha dichiarato la competenza del Parlamento di Westminster sulle relazioni con l'Unione, e dunque su tutti gli strumenti che incidono in tali rapporti.

La May ha fino ad ora dichiarato di voler impedire questa manifestazione di volontà popolare, assumendo che spetta al Governo centrale l'ultima parola.

---

<sup>20</sup> *Decision of the Heads of State or Government, meeting within the European Council, concerning a New Settlement for the United Kingdom within the European Union*. L'accordo è stato recepito nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 19 febbraio 2016. EUCO 1/16

<sup>21</sup> *High Court of Justice in Northern Ireland* – [2016] NIQB 85.

<sup>22</sup> S. Tierney, *A Second Independence Referendum in Scotland: The Legal Issues*, in *U.K. Const. L. Blog* (3-13-2017), consultabile al sito [ukconstitutionallaw.org/](http://ukconstitutionallaw.org/); E. Smith, A. Young, *That's how it worked in 2014*, cit.

<sup>23</sup> N. Barber, *Scottish Independence and the Role of the United Kingdom*, in *U.K. Const. L. Blog* (3-15-2017), consultabile sul sito [ukconstitutionallaw.org](http://ukconstitutionallaw.org). Non si può escludere poi, che sia il Governo scozzese ad indire un referendum sulla base delle proprie attribuzioni. E. Smith, A. Young, *That's how it worked in 2014, and how it would have to work again*, in *U.K. Const. L. Blog* (3-15-2017), consultabile sul sito [ukconstitutionallaw.org](http://ukconstitutionallaw.org).

Tuttavia, è facile immaginare che il conflitto politico che si determinerà per effetto di questa decisione non sarà facilmente componibile. Con il Partito scozzese terza forza del parlamento di Westminster, si apre una stagione impegnativa per la maggioranza di governo, che dovrà affrontare il compito di rimpatriare la legislazione britannica e di arginare le spinte secessioniste.

In sostanza, è difficile negare che si sia consolidato uno stretto legame tra il referendum e le scelte devolutive, che non è giuridicamente sostenibile davanti alle Corti, ma che potrebbe assumere il ruolo di convenzione costituzionale e perciò politicamente inevitabile<sup>24</sup>. Ma, come la sentenza Miller ha ricordato, le convenzioni sono solo politicamente e non giuridicamente vincolanti.

Lungi dal produrre solo effetti politici il referendum sulla *brexit* ha già prodotto numerosi effetti giuridici a livello europeo<sup>25</sup>, nazionale e territoriale. In questa cornice il referendum partecipa di un doppio, o triplo processo di costituzionalizzazione, in atto tra le due Unioni<sup>26</sup>. Un tempo favorevole all'integrazione<sup>27</sup>, il referendum sembra giocare un ruolo opposto, di disaggregazione, nei confronti dell'Unione e del Regno<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> S. Tierney, *A Second Independence Referendum in Scotland: The Legal Issues*, in *U.K. Const. L. Blog* (3-13-2017), consultabile sul sito [ukconstitutionallaw.org](http://ukconstitutionallaw.org).

<sup>25</sup> Un'ultima riflessione sugli effetti del referendum per il processo di integrazione: dopo la notifica "Per l'Unione europea, il primo passo sarà ora l'adozione da parte del Consiglio europeo delle linee guida per i negoziati" che "fisseranno le posizioni complessive e i principi alla luce di cui l'unione, rappresentata dalla Commissione europea, negozierà con la Gran Bretagna". Tuttavia, l'esito del voto del 24 giugno 2016 ha avuto subito un effetto dirompente sulla struttura e l'azione dell'Unione, che ne ha preso atto nella composizione di alcuni organi e nella rotazione delle presidenze. Nel Consiglio europeo che ha festeggiato i 70 anni dell'Unione, il rappresentante del Regno Unito era assente. G.G. Carboni, *A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l'Unione europea*, in questa Rivista, 2016, n. 2, 33-56.

<sup>26</sup> M. Shu, *Referendums and the Political Constitutionalization of the EU*, in *Eu. L.J.*, 2008, 423 ss.

<sup>27</sup> M. Qvortrup, *Referendums on Membership and European Integration 1972-2015*, in *Pol. Quart'y*, 2016, n. 1.

<sup>28</sup> J.O. Frosini, *Il referendum sulla Brexit: verso la dissoluzione del Regno Unito?* in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 831-836.



## La Corte Suprema, *brexit* e le sorti del costituzionalismo britannico

di Giuseppe Franco Ferrari

**Abstract:** *The UKSC, brexit and the destiny of the British constitutionalism* – The paper analyses the key points of the judgment delivered by the UKSC on January 24, 2017, in the sc. *Miller case*. In particular, it highlights the most significant passages from the perspective of the British constitutionalism.

**Keywords:** Brexit; British constitutionalism; European Union; Parliament; UKSC.

La decisione della Corte Suprema mette fine al contenzioso e al tempo stesso apre una nuova pagina politica dalla conclusione imprevedibile, considerato che il rigetto del ricorso governativo e le posizioni anti-europee, sia nel merito che nella dinamica del ritiro, assunte dalla premier May dischiudono scenari incerti e interamente rimessi a valutazioni parlamentari di difficile controllabilità dal Governo.

Col senno di poi, si può ben dire che confermare la sentenza della High Court era di gran lunga più facile che riformarla. La fattura della decisione di primo grado era di tale qualità, che l'approfondimento e la ricostruzione dei principi costituzionali non si prestavano ad un agevole rovesciamento. La conferma della prima sentenza, però, non è stata né pedissequa né stereotipa, ma aggiunge pagine di grande pregio a quanto scritto dai giudici della High Court. Per molti aspetti la Supreme Court si comporta qui come un giudice costituzionale, non solo per il tono di chi svolge un ruolo "umpiring" in una sorta di conflitto di attribuzione, ma anche per la capacità di maneggiare principi costituzionali e di trattarli esplicitamente come tali. Quest'ultima non è una novità assoluta, considerata la propensione della House of Lords e del Privy Council prima e della Supreme Court dopo il 2005 a cimentarsi con tematiche di rango costituzionale. Ora, però, si è in presenza di un vero trattatello di diritto costituzionale, esplicito e disinvolto, nel quale trovano sistemazione principi storici e interpretazione dello *statute* del 1972, natura composita del Regno Unito, protezione dei diritti di libertà del cittadino britannico. Una sintesi lucida e degna della migliore tradizione giuridica della *common law*, una lezione per molti giudici costituzionali, di Europa ed oltre, avvezzi da decenni a statuire sui principi.

L'itinerario logico seguito dalla Corte si caratterizza per un nitore argomentativo almeno pari a quello della High Court. Il punto di partenza è che lo *European Communities Act* del 1972 è la fonte del trasferimento di poteri legislativi

all'Unione Europea<sup>1</sup>, oltre che l'atto facoltizzante l'insorgere di aspettative protette dal diritto europeo<sup>2</sup>. Questo presupposto sul terreno storico-sistematico, corredato di considerazioni correlate in termini di teoria delle fonti, porta alla conseguenza inderogabile che, se è pur vero che il Governo può dare corso all'attuazione del diritto europeo con norme non primarie, questa facoltà dinamica, comunque fondata anch'essa su norme primarie, non può implicare o includere la scelta del ritiro dall'appartenenza all'Unione, con conseguente taglio totale della possibilità di entrata nel diritto domestico di norme di origine europea<sup>3</sup>. Né, contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso governativo, la partecipazione di Ministri alla formazione del diritto europeo può implicare il suo contrario, ovvero la possibilità di mettere fine a tale produzione<sup>4</sup>. Neppure, sul piano letterale, la disciplina legislativa del 1972 include espressioni che possano avallare una simile interpretazione. E, sul piano sostanziale, i meccanismi storici di responsabilità ministeriale davanti al Parlamento a nulla varrebbero una volta che il recesso sia stato esercitato, con una sorta di *pre-emption* di prerogative parlamentari da parte del Governo<sup>5</sup>. Tanto più in quanto vi sarebbero ricadute su diritti dei cittadini britannici fondati sull'ordinamento europeo<sup>6</sup>. In sintesi, la costituzione britannica impone che cambiamenti di portata così significativa siano operabili solo per via di legislazione<sup>7</sup>.

Il voto referendario determinato da uno *statute* che non ne ha specificato le conseguenze e la risoluzione della House of Commons del 7 dicembre 2016 sono così riportati ad una dimensione puramente politica<sup>8</sup>. A questo approccio non si sottrae neppure Lord Carnwath, che, pur sottoscrivendo l'opinione dissenziente redatta da Lord Reed, non si sottrae alla conclusione che l'intervento legislativo del Parlamento debba comunque avere luogo, seppure a valle di un processo politicamente connotato di trattative condotto dal Governo sotto la propria responsabilità<sup>9</sup>.

Il cosiddetto *devolution issue* è assai meno problematico per la Corte, che infatti lo risolve all'unanimità. La politica estera, ed in particolare le relazioni con l'Unione Europea, non costituisce materia devoluta, per cui appartiene solo al Parlamento di Westminster la decisione circa la perdurante appartenenza del Regno Unito all'UE, ad esclusione sia dei parlamenti regionali che del Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord. Ai primi, in particolare, non spetta alcun diritto di veto. Del pari irrilevante è la circostanza che la legislazione devolutiva sia stata adottata in costanza di appartenenza del Regno Unito alle Comunità europee, circostanza di mero fatto che come tale non produce effetti vincolanti per il Parlamento nazionale<sup>10</sup>.

Il *Miller Case* è decisamente la punta più avanzata e consapevole del costituzionalismo britannico. La Corte vi opera una sintesi completa e approfondita

---

<sup>1</sup> [2017] UKSC 5: *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, par. 60-67.

<sup>2</sup> [2017] UKSC 5: *R*, cit., par. 69.

<sup>3</sup> [2017] UKSC 5: *R*, cit., par. 78-79.

<sup>4</sup> [2017] UKSC 5: *R*, cit., par. 95.

<sup>5</sup> [2017] UKSC 5: *R*, cit., par. 92.

<sup>6</sup> [2017] UKSC 5: *R*, cit., par. 69.

<sup>7</sup> [2017] UKSC 5: *R*, cit., par. 82.

<sup>8</sup> [2017] UKSC 5: *R*, cit., par. 116 ss.

<sup>9</sup> [2017] UKSC 5: *R*, cit., par. 259.

<sup>10</sup> [2017] UKSC 5: *R*, cit., par. 129-151.

delle tematiche della forma di Stato e di quella di governo. La riflessione sul rapporto tra entità sovranazionali e articolazioni interne di un ordinamento statale ormai pacificamente composito ha ovvie ricadute sul rapporto tra Parlamento e Governo. Tutta la ricostruzione è compiuta in chiave di raccordo con i precedenti, nella tradizione tipica del common law, ma è anche questa prospettiva orientata alle radici storiche a valorizzare la dimensione costituzionalistica, in certo modo esaltata dal richiamo al *case law* e dalla ricerca di una continuità che ovviamente è non un *proxy* ma l'alternativa della costituzione formale.

É in certo modo paradossale che una circostanza divisiva, almeno sul terreno delle relazioni sovranazionali, come *brexit*, offra all'organo di vertice del Giudiziario britannico l'occasione per applicare in forma concentrata l'analisi più esaustiva della storia costituzionale inglese sul terreno del diritto costituzionale, in certo modo unificando concettualmente principi elaborati in precedenza in forma meno organica. Gli appuntamenti della storia, d'altronde, hanno (anche) il senso di forzare riflessioni che diversamente richiederebbero, per sedimentarsi, tempi più lunghi. Questo, almeno, negli ordinamenti che abbiano un'identità forte e consapevole; meno, forse, in quelli con connotazioni identitarie meno radicate. Nei primi, tappe come questa vengono affrontate senza indulgenza verso i populismi. Dovrebbero insegnare qualcosa la serenità, la chiarezza espositiva e la limpidezza argomentativa con cui la Supreme Court affronta magistralmente problemi di vertice dell'ordinamento, indifferente alle critiche che molta stampa aveva mosso alla decisione della High Court. Un'altra lezione dalla comparazione per i problemi di casa nostra.



## I poteri costituzionali di fronte alla *brexit*: la UKSC fissa i confini

di Claudio Martinelli

**Abstract:** *Constitutional powers facing brexit: UKSC fixes the limits* – The “Miller” judgment of the Supreme Court of the United Kingdom clarifies some crucial aspects of the *brexit* issue, putting the limits among the powers of the constitutional bodies. On the one hand, it confirms the active role of the Parliament invoking article 50 of the TEU, judging as compulsory the statute authorizing the government to trigger it; on the other hand, it excludes that the devolved assemblies can legislate on this matter. A complex and deep judgment, among the most important ever issued by this Court.

**Keywords:** Brexit; Court; Government; Parliament; European Union.

La Corte Suprema si è espressa in modo chiaro, la lunga fase di incertezza costituzionale susseguente al referendum *brexit* si avvia a conclusione, la procedura di fuoriuscita del Regno Unito dall’Unione Europea può trovare avvio<sup>1</sup>.

La Corte doveva dirimere due distinte e spinose questioni. La principale, frutto dell’impugnazione della sentenza “Miller” della High Court of Justice da parte del Secretary of State for Exiting the European Union<sup>2</sup>, riproponeva il tema della titolarità del potere di attivazione dell’articolo 50 del TUE; la seconda, sollevata da diversi *references* a seguito di una pronuncia della Northern Ireland High Court<sup>3</sup> (impugnata di fronte alla NI Court of Appeal), verteva sulla possibilità per le assemblee devolute di avere una determinante voce in capitolo nella vicenda *brexit*<sup>4</sup>.

Come era stato largamente previsto, la Corte Suprema ha respinto entrambe le impugnazioni, a maggioranza di 8 giudici contro 3 la prima, all’unanimità la seconda.

Quanto alla *principal issue*, è di particolare interesse seguire il percorso argomentativo che porta la Corte Suprema a confermare il ruolo necessariamente attivo del Parlamento nell’avvio del procedimento, anche per mettere in luce analogie e differenze rispetto a quello seguito dalla HCJ.

---

<sup>1</sup> Cfr. [2017] UKSC 5: *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*.

<sup>2</sup> Cfr. [2016] EWHC 2768: *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*.

<sup>3</sup> Cfr. [2016] NIQB 85: *R (McCord, Agnew and others) v HM Government for the United Kingdom*.

<sup>4</sup> Per una dettagliata ricostruzione del caso ed esaurienti resoconti delle udienze di fronte alla UKSC, cfr. R. Craig, *Report of Proceedings: Miller v Secretary of State for Exiting the European Union, Supreme Court*, in *U.K. Const. L. Blog*, 6<sup>th</sup> - 7<sup>th</sup> - 12<sup>th</sup> - 14<sup>th</sup> December 2016.

Intanto è doveroso notare l'ampissimo respiro di questa pronuncia: come già l'Alta Corte di Londra anche la Corte Suprema non si sottrae alla responsabilità di redigere un vero e proprio trattato di diritto costituzionale che prende le mosse da un'analisi dettagliata della storia giuridica dei rapporti tra Regno Unito e Unione Europea, a partire dai dibattiti parlamentari del 1971 in cui si discuteva dell'ingresso nelle Comunità europee. La ragione di questo excursus storico-giuridico è dovuta al fatto che il perno della questione in discussione rimane lo *European Community Act 1972*, e in particolare la *Section 2* che ridefinisce i rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario. Ebbene, questa norma «authorises a dynamic process by which, without further primary legislation (and, in some cases, even without any domestic legislation), EU law not only becomes a source of UK law, but actually takes precedence over all domestic sources of UK law, including statutes»<sup>5</sup>. Le fonti comunitarie, dunque, operano come fonte diretta del diritto interno grazie ad una cessione di quote di sovranità dal Parlamento britannico verso le istituzioni comunitarie. Questa costruzione giuridica consente di modificare, in modo automatico, il diritto britannico a seguito di cambiamenti intervenuti nel diritto comunitario, senza coinvolgimento del Parlamento. Tuttavia, nota la Corte, la fuoriuscita dai Trattati europei è un fenomeno completamente diverso: «There is a vital difference between changes in domestic law resulting from variations in the content of EU law arising from new EU legislation, and changes in domestic law resulting from withdrawal by the United Kingdom from the European Union. The former involves changes in EU law, which are then brought into domestic law through section 2 of the 1972 Act. The latter involves a unilateral action by the relevant constitutional bodies which effects a fundamental change in the constitutional arrangements of the United Kingdom»<sup>6</sup>.

100

In sostanza, l'ingresso nelle Comunità europee aveva modificato l'assetto costituzionale dello Stato e, ovviamente, questa decisione era stata legittimamente presa grazie ad una legge del Parlamento. Oggi, con l'attivazione della procedura prevista dall'art. 50 del TUE, non si propone una fisiologica modifica del diritto interno in conseguenza di interventi del diritto europeo, bensì un ulteriore cambiamento negli equilibri costituzionali, che pertanto, e coerentemente con i consueti principi del diritto costituzionale, devono vedere il coinvolgimento del Parlamento stesso poiché nessuna norma dell'ordinamento britannico, contenuta nel *ECA 1972* o altrove, attribuisce al Governo un potere autonomo in materia di modifiche costituzionali.

In questo quadro è possibile riscontrare una differente sfumatura argomentativa rispetto alla sentenza impugnata. Se la HCJ aveva puntato la sua attenzione sulla cancellazione dei diritti derivanti dalla normativa comunitaria, entrati a pieno titolo nell'ordinamento britannico in forza del rinvio operato proprio dalla *section 2* dello *ECA 1972*, la Corte Suprema preferisce ragionare più da "corte dei conflitti", mettendo al centro del proprio argomentare i rapporti tra i poteri nel contesto dei principi e degli equilibri costituzionali<sup>7</sup>, e coinvolgendo il tema della perdita dei diritti dei cittadini solo in posizione consequenziale.

<sup>5</sup> Cfr. [2017] UKSC 5, par. 60.

<sup>6</sup> *Idem*, par. 78.

<sup>7</sup> In questo senso cfr. anche J. Williams, *The Supreme Court's Approach to Prerogative Powers in Miller: an Analysis of Four E's*, in *U.K. Const. L. Blog*, 25<sup>th</sup> January 2017.

Inoltre, la Corte Suprema non si limita a ribadire l'esigenza di un intervento parlamentare ma precisa con molta nettezza che è necessario un atto legislativo. Il referendum ha avuto una valenza politica molto forte che ora, però, richiede un'implementazione giuridica poiché la legge del 2015 che lo aveva istituito non aveva provveduto a stabilire le dettagliate conseguenze giuridiche dell'eventuale risultato, lasciandole pertanto ad un successivo atto del Parlamento. Quest'ultimo non può che essere di natura legislativa visto che determina un cambiamento nella legislazione del Paese: «Where, as in this case, implementation of a referendum result requires a change in the law of the land, and statute has not provided for that change, the change in the law must be made in the only way in which the UK constitution permits, namely through Parliamentary legislation»<sup>8</sup>. Di conseguenza, la risoluzione approvata dalla Camera dei Comuni il 7 dicembre 2016, con cui si impegnavano il Governo a notificare l'attivazione dell'art. 50 entro il 31 marzo 2017, è dotata di un mero valore politico e non può fare in alcun modo le veci di uno *statute*.

Ma l'elemento di maggiore novità contenuto nella sentenza è forse quello relativo alla *devolution issue*. L'ampiezza delle questioni poste alla Corte Suprema con i *references* delle Corti di Belfast, nonché l'intervento in giudizio dei Governi di Scozia e Galles a supporto della tesi, sostenuta dai ricorrenti nella causa di fronte all'Alta Corte nord-irlandese, secondo cui prima dell'attivazione dell'articolo 50 sarebbe necessario un intervento legislativo anche delle assemblee devolute (che potrebbero perfino porre un veto in tal senso), hanno caricato il giudizio di fronte alla Corte Suprema di valenze generali rispetto al processo devolutivo e ai poteri delle istituzioni locali<sup>9</sup>.

Sul punto il giudizio negativo della Corte è molto netto. È vero, infatti, che i vari *devolution Acts*, discussi e votati dal Parlamento in questi ultimi venti anni, sono stati approvati assumendo come punto fermo il fatto che il Regno Unito facesse parte dell'Unione Europea, e tuttavia ciò non significa che queste leggi abbiano disposto il mantenimento del Regno Unito nell'Unione Europea, o abbiano istituito una competenza a decidere in tal senso in capo alle assemblee devolute: «That assumption is consistent with the view that Parliament would determine whether the United Kingdom would remain a member of the European Union»<sup>10</sup>; «Accordingly, the devolved legislatures do not have a parallel legislative competence in relation to withdrawal from the European Union»<sup>11</sup>.

Inoltre, la Corte provvede a limitare fortemente il campo d'azione della *Sewel Convention*, da una parte costatandone la pregnanza solo in tema di decisioni vertenti su materie devolute, dall'altra, su un piano più generale, confinandola nel recinto della valenza politica e negando che possa costituire materia di giudizio di fronte ad una corte di giustizia. Dunque, questa convenzione non può rappresentare un ostacolo giuridico alle determinazioni del Parlamento di Westminster nella materia in discussione.

Occorre, però, sottolineare che proprio il passaggio sulla *Sewel Convention* appare il punto più debole di questo impianto argomentativo perché in realtà si tratta

<sup>8</sup> Cfr. [2017] UKSC 5, par. 121.

<sup>9</sup> Cfr. C. Harvey, *Northern Ireland's Transition and the Constitution of the UK*, in *U.K. Const. L. Blog*, 12<sup>th</sup> December 2016.

<sup>10</sup> Cfr. [2017] UKSC 5, par. 129.

<sup>11</sup> *Idem*, par. 130.

di un problema molto più controverso di come lo imposta la Corte. I più recenti atti devolutivi relativi a Scozia e Galles recepiscono il contenuto della convenzione trasformandola, secondo una parte della dottrina britannica, in una norma giuridica a tutti gli effetti. Mentre la UKSC non si addentra minimamente in una discussione sul punto, continuando ad attribuirle pacificamente la qualifica di mera convenzione politica<sup>12</sup>.

Quanto alla portata della sentenza rispetto al percorso della *brexit* vi è da segnalare che sul piano dei rapporti tra Parlamento e Governo non comporta un cambiamento di prospettiva poiché la sentenza della HCJ aveva già disposto un preventivo intervento del Parlamento.

Semmai l'interrogativo più interessante è se di fronte a questa pronuncia sia possibile parlare di una sconfitta del Governo May; e in quali termini. Certamente l'intera vicenda giudiziaria ha visto soccombere l'intendimento dell'Esecutivo di essere l'unico protagonista delle procedure che presiederanno alla *brexit* (tanto che la stessa May ha preferito precorrere i tempi dichiarando che i risultati del negoziato con l'Europa verranno a suo tempo sottoposti al giudizio delle Camere). Tuttavia si può sostenere che se processualmente il Governo risulta certamente soccombente, politicamente non ne esce particolarmente indebolito, sia perché dopo la sentenza della HCJ aveva già messo in conto la necessità di un preventivo passaggio parlamentare, sia perché nel frattempo ha già incassato la ricordata risoluzione dei Comuni, nonché la dichiarazione del leader laburista e di influenti membri della House of Lords favorevoli a non bloccare la *brexit* in Parlamento.

E, infatti, gli avvenimenti delle settimane successive all'emissione di questa pronuncia hanno sostanzialmente confermato quanto era pronosticabile all'indomani della sentenza.

Subito dopo la sua pubblicazione il Governo ha provveduto a presentare in Parlamento un disegno di legge per essere autorizzato a notificare alla Ue l'intenzione di uscire. Si trattava di un *bill* particolarmente semplice e scarno, il cui testo non entrava minimamente nel merito del negoziato. L'obiettivo era chiudere l'iter parlamentare entro i primi di marzo per consentire al Primo Ministro di comunicare ai partner europei la volontà degli organi costituzionali britannici entro la fine del mese. Correlativamente, negli stessi giorni, l'Esecutivo rendeva noto lo *White Paper* che costituirà la piattaforma, cosiddetta *Hard brexit*, su cui il Regno Unito intende impostare le trattative con le istituzioni comunitarie.

È vero che, a causa di un discreto protagonismo della House of Lords nell'interpretare il ruolo assegnato al Parlamento dalle Corti, l'iter dello *European Union (Notification of Withdrawal) Bill* non è stato così lineare come il *Cabinet* sperava. E tuttavia il risultato finale è pienamente in linea con gli auspici dell'Esecutivo. Il testo della legge coincide con quello introdotto dal Governo e la tempistica per "*invoking of article 50*" entro la fine di marzo 2017, fissata ormai da molti mesi dalla Premier May, è stata rispettata, anche grazie al senso di responsabilità costituzionale mostrato dai *Lords* che alla fine non hanno proseguito il *ping-pong* con i Comuni sugli emendamenti che loro avevano introdotto e che la

---

<sup>12</sup> Sulla questione cfr. P. Reid, *Time to Give the Sewel Convention Some (political) Bite?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 26<sup>th</sup> January 2017; nonché J. Atkinson, *Parliamentary Intent and the Sewel Convention as a Legislatively Entrenched Political Convention*, in *U.K. Const. L. Blog*, 10<sup>th</sup> February 2017.

Camera Bassa ha poi rigettato. Ora il Governo di Sua Maestà potrà sedersi al tavolo delle trattative con l'Unione Europea forte della legittimazione del risultato referendario e del voto del Parlamento.

Naturalmente queste considerazioni non riescono affatto a dissipare tutte le pesanti incognite che si presenteranno davanti al sistema politico britannico quando la fuoriuscita dall'Unione Europea sarà conclamata, a cominciare dall'apertura di un conflitto permanente con Scozia e Ulster, che potrebbe portare alla celebrazione di un secondo referendum indipendentista scozzese<sup>13</sup> e magari ad una ripresa dei *Troubles* in Irlanda del Nord<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> In proposito, cfr. Scottish Government, *Consultation on a Draft Referendum Bill*, Edimburgh, October 2016.

<sup>14</sup> Sui pericoli per l'integrità territoriale del Regno Unito cfr. F. Rosa, *Il referendum sulla Brexit: verso la dissoluzione del Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 831-836. Per un'analisi delle conseguenze di *brexit* sugli equilibri politico-costituzionali in Ulster cfr. J. Tonge, *The Impact of Withdrawal from the European Union upon Northern Ireland*, in *Pol. Quart'y*, 2016, 338-342, secondo il quale (p. 341): «A number of uncertainties pertain to Northern Ireland's departure from the UK. The Good Friday Agreement will require alteration, the physical status of the border may change slightly and the improvements in cross-border trade evident in recent years may be reversed».



## Westminster first

*di Francesca Rosa*

**Abstract:** *Westminster first* – The article discusses the Miller judgment of the Supreme Court, by critically examining the grounds on which the Court considers, on the one hand, necessary a statute authorising the Government to notify the intention to withdraw from the European Union and, on the other hand, that devolved Legislatures have not veto power in the Westminster legislative process concerning the withdrawal from the European Union.

**Keywords:** Brexit; European Communities Act 1972; Royal prerogative; Rule of law; Parliamentary sovereignty.

La decisione della Corte Suprema britannica del 24 gennaio 2016 ha chiarito in via definitiva il ruolo del Parlamento di Westminster e dei Parlamenti devoluti nel processo di recesso dall'Unione europea. Il primo deve intervenire con legge affinché il Governo possa legittimamente notificare al Consiglio europeo l'intenzione di recedere dall'Unione, i secondi non possono vantare un ruolo in punto di diritto nell'ambito del procedimento legislativo nazionale. Sulla prima delle due questioni la Corte ha deciso a maggioranza (8-3), sulla seconda all'unanimità.

Nel solco della sentenza della *High Court*<sup>1</sup>, la maggioranza della Corte Suprema ha negato al Governo il potere di notificare l'intenzione di recedere dall'Unione in

---

<sup>1</sup> All'indomani del referendum del 23 giugno, due cittadini già attivamente impegnati nella campagna per il "remain" si sono rivolti all'autorità giudiziaria per chiarire se il Governo britannico avesse il potere di notificare l'intenzione del Paese di recedere dall'Unione *ex art. 50 TUE*. La risposta dell'Alta Corte è stata di segno negativo. La prerogativa regia - nella quale abitualmente si radica l'azione del Governo in politica estera, fra cui anche il *treaty making and un-making power* - non può legittimamente fondare l'avvio del recesso dall'Unione in forza della natura legislativa dei diritti che i cittadini britannici hanno acquisito con l'ingresso in Europa, diritti che non possono essere limitati o revocati in dubbio da un atto del Governo. Questa conclusione poggia su due argomenti: da un lato, il principio unanimemente riconosciuto in base al quale l'esercizio della prerogativa regia non può violare né il *common law* né lo *statute law*, dall'altro la natura costituzionale dello *European Communities Act 1972* (ECA). La legge del 1972 ha segnato l'ingresso del Paese nella CEE e ha introdotto un meccanismo di adeguamento del diritto interno a quello europeo (automatico e non), implicitamente limitando alla prerogativa regia la possibilità di "ritrattare" la scelta dell'adesione all'ordinamento europeo e di violare o limitare i diritti individuali che quella scelta reca con sé. Tale interpretazione è corroborata dalla natura consultiva del referendum popolare, al quale non è possibile collegare alcun effetto giuridico sullo stato dei rapporti tra il Regno Unito e l'Unione europea.

Rileviamo che il cuore dell'argomentazione accolta dall'Alta Corte era stata prefigurata in dottrina, v. N. Barber, T. Hickman, J. King, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, in *U.K. Const. L. Blog*, [ukconstitutionallaw.org](http://ukconstitutionallaw.org), *contra* M. Elliot e H.J. Hooper, *Critical reflections on the High Court's judgment in R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European*

forza della prerogativa regia. Alla base di questa conclusione c'è una complessa e articolata argomentazione che ripercorre il ricorso dell'esecutivo, secondo il quale la prerogativa regia, relativa al potere di denuncia dei trattati, non sarebbe stata limitata o abrogata né dallo *European Communities Act 1972* né da leggi successive (in particolare lo *European Union (Amendment) Act 2008* e lo *European Union Act 2011*) e pertanto costituirebbe ancora oggi il titolo di legittimazione in base al quale il Governo potrebbe autonomamente notificare l'intenzione di recedere. La Corte, viceversa, ritiene che l'adesione alla Comunità economica europea (poi Unione europea) sancita dalla legge del 1972 (e dalle sue successive modifiche) abbia introdotto il diritto europeo tra le fonti del diritto nazionale (alcune direttamente applicabili, altre suscettibili di un recepimento), determinandone altresì la *primauté* sul diritto interno. All'adesione del 1973 è pertanto seguita un'integrazione fra ordinamenti che non consente oggi di considerare il recesso rilevante sul solo piano delle relazioni internazionali - come vorrebbe il Governo - ma necessita di un'intervento legislativo del Parlamento che sancisca il cambiamento costituzionale in corso<sup>2</sup>.

«A complete withdrawal represents a change which is different not just in degree but in kind from the abrogation of particular rights, duties or rules derived from EU law. It will constitute as significant a constitutional change as that which occurred when EU law was first incorporated in domestic law by the 1972 Act. And, if Notice is given, this change will occur irrespective of whether Parliament repeals the 1972 Act. It would be inconsistent with long-standing and fundamental principle for such a far-reaching change to the UK constitutional arrangements to be brought about by ministerial decision or ministerial action alone. All the more so when the source in question was brought into existence by Parliament through primary legislation, which gave that source an overriding supremacy in the hierarchy of domestic law sources» (par. 83).

106

Tale conclusione di fonda su due presupposti. Il primo (forse discutibile ma qui non discusso, v. *infra*) è che la notifica di cui all'art. 50,2 del TUE sia irrevocabile e che pertanto alla scadenza dei due anni - in assenza di un accordo - il recesso sia efficace. Il secondo, principio fondante dell'ordinamento costituzionale dell'isola, è che la prerogativa regia non possa violare il diritto vigente senza una previa autorizzazione legislativa del Parlamento<sup>3</sup>.

Viceversa, secondo l'opinione di minoranza redatta da Lord Reed, il diritto europeo è da considerarsi un ordinamento indipendente e autonomo da quello nazionale, che in quello interno acquista efficacia per il tramite della legge del 1972, la quale ha dato seguito a un obbligo pattizio e la cui *ratio* viene meno al venir meno di quell'obbligo, rendendo "irrilevante" l'applicazione della legge del 1972.

---

*Union*, [ukconstitutionallaw.org](http://ukconstitutionallaw.org) e A. Tomkins, *Brexit Democracy and the Rule of Law*, in [notesfromnorthbritain.wordpress.com/2016/11/05/brexit-democracy-and-the-rule-of-law](http://notesfromnorthbritain.wordpress.com/2016/11/05/brexit-democracy-and-the-rule-of-law).

<sup>2</sup> All'indomani della sentenza dell'Alta Corte, mette in rilievo l'intreccio fra ordinamenti G. Martinico, *La trasfigurazione del Sovrano. Il diritto dell'Unione come fattore di evoluzione costituzionale nel Regno Unito*, in [www.sidiblog.org/2016/11/29/la-trasfigurazione-del-sovrano-il-diritto-dellunione-come-fattore-di-evoluzione-costituzionale-nel-regno-unito](http://www.sidiblog.org/2016/11/29/la-trasfigurazione-del-sovrano-il-diritto-dellunione-come-fattore-di-evoluzione-costituzionale-nel-regno-unito).

<sup>3</sup> A differenza di quanto aveva fatto l'Alta Corte, la Corte Suprema chiarisce quale sia l'atto (la legge formale) tramite il quale il Parlamento può autorizzare il Governo a notificare l'intenzione di recedere.

«Since the 1972 Act gives effect to EU law only as long as the Treaties apply to the UK [...], that source of law is inherently contingent on the UK's continued membership of the EU. EU law's ceasing to have effect as a result of the UK's withdrawal from the Treaties is something which follows from the 1972 Act itself, and does not require further legislation» (par. 230).

Si tratta di una ricostruzione impeccabile dal punto di vista formale, ma “irrealistica” sul piano sostanziale, poiché “elude” la specialità dell'ordinamento europeo e le sue profonde conseguenze sul diritto interno, che coinvolgono le fonti del diritto e il rapporto tra di esse.

In definitiva, attraverso la definizione dei confini della prerogativa regia, la Corte chiarisce il ruolo di Parlamento e Governo nel processo di recesso e il ricorso assume i contorni di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato. La soluzione della controversia, nondimeno, è strettamente collegata all'annosa ricostruzione della natura del rapporto tra ordinamenti e della conseguente natura dello *European Communities Act 1972*, con la paradossale conseguenza che fino alle soglie del primo caso di recesso volontario e unilaterale dall'Unione, dopo anni di *membership*, su quella natura lo “sguardo” della dottrina e della giurisprudenza continua a non essere condiviso.

Sul ruolo dell'Irlanda del Nord nel processo di recesso (par. 126), sono cinque le questioni sollevate, ma quella più rilevante - alla luce della decisione della prima questione - concerne la possibilità di chiamare in causa la *Sewel convention*, che opera nell'ambito della legislazione ed è funzionale alla cooperazione tra i Parlamenti dei due livelli di governo. La convenzione prevede che quando Westminster legifera per le Regioni devolute lo faccia con il consenso di queste ultime (par. 136-151). In questo ambito l'argomentazione della Corte segue un percorso tutto sommato noto e consolidato ad opera di dottrina e giurisprudenza. Le regole convenzionali non sono regole giuridiche e pertanto non possono essere invocate di fronte al giudice perché ne sia assicurato il rispetto. Il giudice, da buon osservatore, può riconoscerne l'esistenza ma non imporne l'applicazione. A destare qualche perplessità è forse la chiusura del ragionamento, ove la Corte cita l'art. 28 (8) dello *Scotland Act 1998* - come modificato dallo *Scotland Act 2016* - quale disposizione normativa che pur “riconoscendo” l'esistenza di una convenzione non ne determina la trasformazione in norma giuridica. La Corte motiva tale conclusione sulla scorta di un argomento letterale, nella specie l'utilizzo del verbo riconoscere, d'altro canto solleva non poche perplessità la possibilità che una regola convenzionale possa essere riconosciuta e codificata in una norma giuridica senza produrre effetto giuridico alcuno.

«the UK Parliament is not seeking to convert the Sewel Convention into a rule which can be interpreted, let alone enforced, by the courts; rather, it is recognising the convention for what it is, namely a political convention, and is effectively declaring that it is a permanent feature of the relevant devolution settlement. That follows from the nature of the content, and is acknowledged by the words (“it is recognised” and “will not normally”), of the relevant subsection. We would have expected UK Parliament to have used other words if it were seeking to convert a convention into a legal rule justiciable by the courts» (par. 148).

Dalla lettura della sentenza dell'Alta Corte emergevano tre domande.

La prima riguardava la ricostruzione dei rapporti tra ordinamento interno ed europeo, che costituisce il cuore della decisione in commento, e che trova un'ampia trattazione nel confronto tra opinione di maggioranza e di minoranza della quale abbiamo già detto.

La seconda riguarda la possibilità di revocare la notifica dell'intenzione di recedere dall'Unione. Come quello dell'Alta Corte anche l'impianto argomentativo della Corte Suprema si fonda sul medesimo presupposto, ma la seconda, a differenza della prima, si sofferma brevemente su tale profilo, affermando che poiché l'irrevocabilità della notifica è un assunto condiviso dalle parti - in particolare dal ricorso del Governo - la Corte lo considera acquisito e decide di conseguenza, non rilevando per il giudizio in corso la possibilità che possa essere errato, possibilità che tuttavia viene menzionata e che costituisce a nostro avviso una questione aperta per il futuro<sup>4</sup>.

«In these proceedings, it is common ground that notice under article 50(2) (which we shall call "Notice") cannot be given in qualified or conditional terms and that, once given, it cannot be withdrawn. Especially as it is the Secretary of State's case that, even if this common ground is mistaken, it would make no difference to the outcome of these proceedings, we are content to proceed on the basis that that is correct, without expressing any view of our own on either point. It follows from this that once the United Kingdom gives Notice, it will inevitably cease at a later date to be a member of the European Union and a party to the EU Treaties» (par. 26).

La terza atteneva alle conseguenze politiche della decisione. Avendo la Corte Suprema confermato il giudizio dell'Alta Corte, lo sguardo dell'osservatore è tenuto a spostarsi sul Parlamento, dove - a due giorni dalla sentenza - il Governo ha presentato lo *European Union (Notification of Withdrawal) Bill*, un disegno di legge composto di due articoli, in cui si riconosce al Primo Ministro il potere di notificare l'intenzione di recedere *ex art. 50 TUE* e si precisa che tale disposizione produce effetti nonostante quanto previsto dallo *European Communities Act 1972*. La legge ha ricevuto il *royal assent* il 16 marzo 2017 dopo un esame parlamentare segnato da un forte sostegno alla Camera dei Comuni, dove la maggioranza con la quale il *bill* è stato approvato è più ampia di quella del Governo, abbracciando anche una significativa quota di deputati laburisti, e da un sostegno critico presso la Camera dei Lords, dove solo in prima lettura sono stati approvati due emendamenti, poi respinti dalla Camera bassa e, in ossequio alla *Salisbury Convention*, nulla è accaduto nelle letture successive.

Il 29 marzo il Primo Ministro ha notificato al Presidente del Consiglio europeo l'intenzione di recedere dall'Unione, il lungo cammino della *Brexit* in Europa è formalmente iniziato.

---

<sup>4</sup> Sottolinea M.E. Bartoloni, *La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte "costituzionaliste" e resistenze "internazionaliste"*, in *Rivista A.I.C.*, 2016, n. 2, che dalla formulazione dell'art. 50 emerge l'annosa questione della natura originaria o derivata dell'ordinamento europeo.

# **Note e commenti**



## Irretroattività della *lex mitior*: la CGUE segue la Cassazione

*di Francesco Campodonico*

**Title:** Non-retroactivity of the *lex mitior*: the ECJ follows the Italian Court of Cassation

**Keywords:** Abolitio criminis; Retroactivity of the more lenient criminal law; Acts carried out before the accession of Romania to the European Union.

1. – Con la pronuncia in commento la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha stabilito che il mero fatto dell'adesione di uno Stato all'Unione non preclude la possibilità per un altro Stato membro di sanzionare penalmente coloro che, prima di tale adesione, abbiano commesso il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadini provenienti dal primo Stato.

La questione non è nuova, almeno nel panorama del diritto interno, in quanto la Corte di Cassazione è stata chiamata, già in diverse occasioni (cfr., tra le altre, Cass. Sez. VI, 16-12-2004, *Buglione*; Cass. Sez. I, 11-1-2007, *Ferlazzo*, e, soprattutto, Cass., S.U., 27-9-2007, *Magera*), ad esprimersi sulla medesima questione, giungendo, peraltro, a conclusioni analoghe. Tuttavia, il caso specifico – come si avrà modo di vedere – pone, forse con maggiore evidenza di altri casi, il problema della compatibilità di tale soluzione giurisprudenziale con lo statuto costituzionale (e convenzionale, *ex art. 7 CEDU* come interpretato) del principio di retroattività della legge penale più favorevole.

2. – Come noto, l'art. 12, c. 3, del d.lgs. n. 286/1998 sanziona diverse condotte di favoreggiamento all'immigrazione clandestina, volte, tra l'altro, a «procurare illegalmente» l'ingresso di «stranieri» nel territorio dello Stato. È altresì noto, tuttavia, che, a seguito dell'adesione della Romania all'Unione, avvenuta il 1° gennaio 2007, i cittadini di questo Paese hanno acquistato la cittadinanza europea, da allora, dunque, la stessa condotta ha cessato di costituire reato (in quanto il loro ingresso sul territorio dello Stato non può più considerarsi illegale).

Trovandosi, dunque, a giudicare sulla responsabilità penale di alcuni soggetti, accusati di «essersi adoperati per favorire l'immigrazione clandestina in Italia di cinque cittadini rumeni in un tempo precedente all'adesione della Romania all'Unione europea», il Tribunale di Campobasso sollevava due questioni pregiudiziali alla CGUE, chiedendo, con riferimento agli articoli 6 TUE e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, se tali norme ostassero alla comminazione di una sanzione penale a carico di tali soggetti. Più precisamente, interesse del giudice *a quo* era comprendere, da un lato, se l'avvenuta adesione della Romania all'Unione europea avesse comportato, ai sensi delle norme richiamate, una *abolitio criminis* (parziale) del reato di favoreggiamento, da parte di cittadini italiani, dell'immigrazione clandestina di cittadini romeni e, dall'altro, se il principio di retroattività della legge penale più favorevole dovesse comunque applicarsi gli imputati nel caso concreto.

3. – Dopo aver richiamato, come di consueto, le pertinenti norme del diritto dell’Unione e di quelle di diritto interno, la CGUE ha affermato la propria competenza a decidere sul caso – competenza contestata dal Governo italiano, per il quale, nel caso di specie, non si sarebbe fatta alcuna applicazione delle invocate norme dell’Unione – in considerazione dell’evidente rapporto di strumentalità sussistente tra la norma interna volta a reprimere le condotte di favoreggiamento della immigrazione clandestina e il considerando 2 della direttiva 2002/90/CE, secondo cui gli Stati membri sono invitati ad «adottare misure volte a combattere l’attività di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina».

4. – Nel merito, la Corte, dopo aver ribadito, da un lato, la riconducibilità del principio di retroattività della *lex mitius* alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, quindi, il suo essere annoverabile tra i principi generali del diritto dell’Unione, e, dall’altro, il suo (più recente) valore di diritto primario dell’Unione, a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (che ha riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea lo stesso valore giuridico dei Trattati), ha escluso che nel caso di specie si potesse fare applicazione del principio. Secondo la Corte, infatti, tale principio si lega «necessariamente a una successione di leggi nel tempo», mediante la quale il «legislatore» dimostra di aver «cambiato parere o in merito alla qualificazione penale dei fatti o in merito alla pena da applicare a un’infrazione» (v. punto 27). Se, come sostenuto dalla Corte, per aversi retroattività *in mitius* occorre una mutazione nella legislazione di riferimento, tale effetto va escluso nel caso concreto non essendo intervenuta alcuna modificazione nella normativa penale italiana in materia di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina (v. punto 28). La “modifica”, dunque, si sarebbe posta, piuttosto, su un piano «extra-penale» e meramente fattuale, legandosi, cioè, all’avvenuta adesione della Romania all’Unione europea.

Esclusa, così, una modifica in astratto della legge penale, la Corte si è interrogata sull’effettiva incidenza dell’adesione della Romania sugli elementi costitutivi della fattispecie interna di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. Tale fattispecie, sanzionando non già la condotta di chi, non avendone diritto, entra in uno Stato membro ma bensì quella di chi tale condotta illecita favorisce con il proprio comportamento, si dimostra indipendente rispetto a una qualsiasi mutazione di fatto che riguardi il diritto del cittadino straniero ad entrare nel territorio dello Stato membro (v. p.to 32). L’adesione della Romania all’Unione europea è qualificata, pertanto, come «una circostanza di fatto che non è di natura tale da modificare gli elementi costitutivi del reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina» (v. p.to 33).

Inoltre, riprendendo un diverso argomento, già speso dall’Avvocato generale, Yves Bot, nelle sue Conclusioni, la Corte ha dato atto del fatto che se si fosse ritenuto diversamente, stabilendo il venire meno dell’infrazione commessa dagli imputati, si sarebbe indirettamente incoraggiato il traffico di manodopera ogni qualvolta «uno Stato abbia avviato il processo di adesione all’Unione, poiché i trafficanti avrebbero la garanzia di beneficiare successivamente dell’immunità» (v. p.to 36 della sentenza in commento e i par. 26 e 27 delle Conclusioni dell’Avvocato generale).

5. – Come è già stato osservato in dottrina (v. G. Pecchioni, *Corte di Giustizia UE e modifiche “mediate” alla legge penale: (ir)retroattività della lex mitior?*, in *Parola alla difesa*, 1, 2017), la pronuncia in commento va ad aggiungere materia di riflessione attorno al complesso tema delle modifiche c.d. “mediate” alla fattispecie penale, ossia di quelle modifiche che incidono su altre leggi, «anche “extra-penali”», che sono da questa richiamate o sono, comunque, da questa presupposte.

La Corte europea predilige un approccio formalistico al tema della retroattività della *lex mitius*, legandola alla positiva verifica di un’effettiva modificazione della legge penale incriminatrice. La CGUE ha escluso che, nel caso, si possa parlare di intervenuta *abolitio criminis* in quanto il reato di favoreggiamento all’immigrazione clandestina non è espunto dall’ordinamento italiano, nemmeno parzialmente, a seguito dell’adesione della Romania.

Sposando questo tipo di argomentazione, la Corte europea non si distingue dai risultati cui è pervenuta anche la giurisprudenza della Cassazione in materia di *abolitio criminis* mediante l'applicazione, prima con la sentenza *Giordano* (Cass., S.U., 26-3-2003) e poi con la *Magera* (si v.no, nello stesso senso, anche le sentenze Cass., S.U., 28-2-2008, *Niccoli e Cass.*, S.U., 26-2-2009, *Rizzoli*), del c.d. «criterio strutturale» (G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2010). Secondo questo consolidato orientamento della Suprema Corte, infatti, la «indagine sugli effetti penali della successione di leggi extra-penali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto» (v. *Magera*). In questo senso, quindi, solo se la successione tra le leggi extra-penali incide sulla fattispecie astratta si determina una successione di leggi penali nel tempo, rilevante ai fini dell'applicazione della *lex mitior* (e, eventualmente, del riconoscimento di un'*abolitio criminis* totale o parziale). Nello stesso modo, dunque, ha proceduto la CGUE, andando a verificare – aldilà dell'immutata disposizione – quali effetti avesse avuto l'adesione della Romania sugli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice di favoreggiamento all'immigrazione clandestina.

6. – L'imperante «criterio strutturale», tuttavia, manifesta – in quanto basato su un accertamento di tipo formale – un'intrinseca debolezza. È forse proprio per questa ragione che, tanto nel 2007 (con le Sezioni Unite *Magera*) quanto nel 2016 (con la sentenza in commento), si è fatto ricorso anche a un altro argomento, più di natura politico-criminale che strettamente giuridico. Entrambe le Corti hanno paventato, infatti, che, decidendo diversamente, si sarebbero incentivate condotte di favoreggiamento all'immigrazione clandestina da tutti quei Paesi per i quali fosse già avviato un processo di adesione all'Unione europea (v. G. Pecchioni, *op. cit.*).

Questo argomento, che pure manifesta una condivisibile preoccupazione circa le possibili ricadute concrete dell'attività giurisdizionale, non pare del tutto persuasivo. Se anche fosse possibile sostenere – della qual cosa tuttavia si dubita – che la speranza di un'eventuale *abolitio criminis* costituisca, da sola e in tutti i casi, un dato effettivamente incentivante la condotta lesiva, a ben vedere, però, si dovrebbe altresì stabilire in quale momento l'agente possieda una ragionevole certezza circa il buon esito del processo di adesione di uno Stato all'Unione europea. Come noto, si tratta di un percorso che presenta diverse fasi, contraddistinte da importanti momenti di discrezionalità politica (v. art. 49 TUE).

7. – Come ben ricordato dalla dottrina (v., G. Pecchioni, *op. cit.*), la diversa teoria della «doppia punibilità in concreto» o del «fatto concreto» (v. G.L. Gatta, *op. cit.*), che costituisce un'alternativa logica al criterio strutturale, non trova più accoglimento nella giurisprudenza della nostra Suprema Corte. Tuttavia, l'assunto fondamentale dell'antica giurisprudenza *Tuzet* (Cass., S.U., 23-5-1987), secondo il quale «per quanti bizantinismi si vogliono fare, non si potrà mai contestare che il fatto di reato ascrivito (agli imputati), se commesso oggi, non costituirebbe reato», ci sembra, aldilà dello scarso seguito avuto da quella pronuncia, maggiormente rispondente allo statuto costituzionale del principio di retroattività della legge penale più favorevole, come riconosciuto dalla giurisprudenza della Consulta (su cui, v. F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*, in *Dir. pen. cont.*, 2011).

Come noto, infatti, la Corte costituzionale ha più volte affermato (v., tra le altre, sentenze n.: 393 del 2006; 72 e 215 del 2008; 236 del 2011; 230 del 2012) che, a differenza del principio di irretroattività della norma penale più sfavorevole, che trova il suo esplicito fondamento costituzionale nell'art. 25, c. 2, Cost., il principio di retroattività della *lex mitius* si deve ricondurre all'art. 3 Cost., essendo manifestazione del più generale principio di eguaglianza-ragionevolezza. Su questa base, dunque, si ritiene generalmente «discriminatorio punire in maniera differenziata soggetti responsabili della medesima violazione, soltanto in ragione della diversa data di commissione del reato» e che «*a fortiori* risulti discriminatorio

che uno di tali soggetti continui ad essere punito e l'altro si sottragga a qualsiasi sanzione penale, ancora in ragione del *tempus commissi delicti*» (F. Viganò, *op. cit.*).

Benché la Corte riconosca che tale principio sia suscettibile («a differenza di quello contenuto nell'art. 25, c. 2, Cost.», v. C. cost. n. 236 del 2011) di entrare in bilanciamento con «interessi contrapposti di analogo rilievo» (così, C. cost. n. 393 del 2006) o possa “cedere” di fronte a «sufficienti ragioni giustificative» (così, ad es., C. cost. n. 230 del 2012), nel caso di specie tali elementi non paiono immediatamente ravvisabili, se non nell'argomento – già criticato – dell'effetto “non incentivante” per future condotte analoghe. Su questo caso, dunque, sembrerebbe opportuno chiamare a pronunciarsi la Corte costituzionale, che avrebbe così modo di valutare, da un lato, l'impatto della “nuova” giurisprudenza della CGUE sulla portata del principio di retroattività della *lex mitior* e, dall'altro, la compatibilità con l'art. 3 Cost. del «criterio strutturale» elaborato dalla Suprema Corte.

8. – Infine, un ultimo riferimento deve essere fatto alla discussa compatibilità di tale giurisprudenza della CGUE con quella della CEDU (su questo, v. G. Pecchioni, *op. cit., in fine*). Quest'ultima Corte, nella famosa sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 10249/2003), è giunta, infatti, a un'interpretazione evolutiva dell'art. 7 della Carta EDU e ha ammesso, per la prima volta, la tutela convenzionale del principio di retroattività della *lex mitius*. Come già osservato in dottrina (F. Viganò, *op. cit.*), tale pronuncia «non è senza conseguenze sul piano del diritto costituzionale italiano, spalancando la possibilità (...) di invocare questa volta l'art. 117, c. 1, Cost. a supporto delle nuove questioni di legittimità costituzionale».

In conclusione, sembrerebbe possibile suggerire al giudice campobassano di valutare l'opportunità di sollevare una questione di legittimità costituzionale sull'art. 12 del d.lgs. 286 del 1998 nella parte in cui sottopone a pena quanti abbiano commesso il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadini di uno Stato non facente parte dell'Unione europea prima dell'adesione dello stesso all'Unione. La questione di legittimità potrebbe essere argomentata sulla base della violazione di un doppio parametro di costituzionalità: da un lato, infatti, si potrebbe argomentare in ordine alla violazione dell'art. 3 (in quanto la condanna degli imputati darebbe luogo ad una discriminazione di fatto) e, dall'altro, alla violazione dell'art. 7 della CEDU come norma interposta dell'art. 117, c. 1, Cost.

## Un rinvio pregiudiziale non decisivo in tema di misure custodiali: il caso *Milev v. Bulgaria*

di Marta Ferrara

**Title:** A not decisive preliminary ruling about custodial measures: the *Milev v. Bulgaria* case

**Keywords:** Custodial measures, Standstill duty, Presumption of innocence.

1. – La Corte di Giustizia si è pronunciata il 27 ottobre 2016 in via pregiudiziale sull'obbligo di *standstill* gravante sugli Stati membri in pendenza del termine di recepimento della dir. UE/2016/343 (*Sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, 11-3-2016), adottata dal Parlamento e Consiglio dell'UE per intensificare, tra gli altri, alcuni aspetti del principio di presunzione di innocenza nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale eurolunitaria.

Il caso riguarda Emil Milev, ristretto in custodia cautelare dal novembre 2013 dopo la commissione di vari reati – dalla direzione di banda organizzata ed armata al tentato omicidio – sanzionati dal codice penale bulgaro con pene detentive da tre anni fino all'ergastolo e senza possibilità di commutazione.

Le istanze di revoca della misura custodiale presentate dal legale dell'imputato in fase dibattimentale sono respinte dal Tribunale penale specializzato (*Spetsializiran nakazatelen*), in assenza di un controllo teso a verificare la reale commissione dei fatti addebitati. Si tratta di una procedura legittima, giacché lo stesso art. 270, par. 2 del codice di procedura penale bulgaro (*Nakazatelno protsesualen kodeks*, d'ora in poi *NPK*), relativo alle decisioni sulle misure coercitive nella fase istruttoria, dispensa il giudice dall'accertamento del presupposto oggettivo di effettivo compimento della condotta penalmente rilevante.

Nella fase di applicazione dello stesso art. 270 par. 2 il Tribunale rinviene tuttavia un possibile contrasto con l'art. 5, parr. 1 lett. c) e 4 della Convenzione Edu, che considera legittimi l'arresto o la detenzione solo in presenza di motivi tali da rendere plausibile l'avvenuto compimento del reato addebitato o di ragioni idonee a fondare i pericoli di fuga o di compimento di altro reato da parte del reo (V. Zagrebelsky, *Diritto alla libertà e sicurezza*, in V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 177 ss., spec. 181 e 184-88; D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, *Article 5: the right to liberty and security of the person*, in *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 286 ss., spec. 314-18).

Investito della questione, l'organo supremo di legittimità dell'ordinamento bulgaro – *Varhoven kasatsionen sad*, equivalente alla Corte di Cassazione –, con parere vincolante reso il 7 aprile 2016 adotta una soluzione mediana: rileva un contrasto tra l'art. 270, par. 2 e l'art. 5 Cedu, anche sulla scorta delle condanne già inflitte dalla Corte di Strasburgo alla Bulgaria (Corte EDU, *Nikolova c. Bulgaria*, 1999); evidenzia come l'eventuale accertamento di commissione del reato da parte dello stesso giudice che abbia disposto la misura potrebbe collidere con il principio di imparzialità ex art. 6, par. 1 CEDU; lascia, infine, alla discrezionalità del Tribunale giudicante l'opzione per una lettura convenzionalmente orientata della disposizione in rilievo.

La vincolatività del parere reso dalla Corte di Cassazione e la pendenza del termine di attuazione della citata dir. 343/2016 che richiama espressamente la giurisprudenza Cedu (*Considerato* nn. 11 e 13), determinano nel Tribunale la scelta di effettuare rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Lussemburgo, unitamente alla richiesta specifica di adozione del procedimento di urgenza riservato ai detenuti ai sensi dell'art. 107 reg. Corte UE. Più esattamente, la questione rimessa ha ad oggetto la conformità del citato parere allo scopo perseguito dagli artt. 3 e 6 della recepita dir. UE/2016/343, rispettivamente inerenti alla presunzione di innocenza e all'onere probatorio gravante sulla pubblica accusa. Secondo il Tribunale rimettente, nell'interpretare la norma processuale rilevante la Corte suprema non avrebbe tenuto in considerazione la necessità della previa verifica dei fatti addebitati al reo, valutata invece dalla direttiva UE (*Considerati* nn.16 e 22) alla stregua di obbligo per il giudice, discendente dalla presunzione di non colpevolezza dell'imputato.

Come oltre si tenterà di dare atto, in esito ad un percorso argomentativo più logico-fattuale che giuridico, la Corte di giustizia ha ritenuto l'interpretazione fornita dalla Corte bulgara sulla revoca delle misure cautelari (art. 270, par. 2 NPK) compatibile le finalità perseguite dalla dir. n. 343/2016, sebbene quest'ultima fosse all'epoca del giudizio ancora in corso di trasposizione.

2. – Dal punto di vista processuale, la decisione in commento si evidenzia per due aspetti peculiari, l'uno attinente al rito prescelto, l'altro al *petitum* formale.

In primo luogo, il giudice *a quo* rinvia la questione unitamente all'istanza di adozione della procedura d'urgenza, che è consentita dagli artt. 276 par. 4 TFUE e 107 reg. ECJ su impulso di parte o, eccezionalmente, *ex officio*, anche per i casi riguardanti la cooperazione giudiziaria in materia penale (capo IV, titolo V, parte III TFUE). Siffatto rito, esperibile dal 2008 e riconfigurato dal Trattato di Lisbona (*Modifiche del regolamento di procedura della Corte di Giustizia*, GUUE L 92 del 13-4-2010) apre ad un giudizio accelerato, affidato alla competenza di una sezione specializzata della Corte, qualora specifiche e comprovate circostanze lo richiedano (art. 107, par. 2).

Secondo giurisprudenza europea consolidata (C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, p.ti 21-23; C-237/15 PPU, *Francis Lanigan*, p.ti 24 e 25; C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*, p.ti 27 e 28) sarebbero due gli indici idonei ad integrare il requisito di urgenza nel settore penale: la sottoposizione perdurante del reo ad uno stato di privazione della libertà personale; quindi la rilevanza della risoluzione della questione interpretativa sottoposta alla Corte di giustizia ai fini della cessazione degli effetti della restrizione. Nel caso in esame, la quinta sezione della Corte ha ritenuto sussistenti entrambi i presupposti richiamati, offrendo in tal modo conferma dell'utilità del rito ex art. 107 sia in termini temporali (la definizione delle cause con rinvio pregiudiziale di urgenza si è attestata nell'arco di tempo medio di 1,9 mese nel 2015, come riporta la *Relazione annuale anno 2015 Corte di giustizia dell'Unione europea*, Lussemburgo, 2016, 9) sia in quelli strumentali, di collaborazione e dialogo con gli organi giudicanti degli Stati membri.

3. – Più delicata appare invece la seconda questione processuale, attinente all'oggetto del rinvio. A differenza di quanto rilevabile nella prassi, il giudice rimettente non ha sottoposto alla ECJ un proprio dubbio interpretativo, ma quello applicativo, derivato dalla lettura aperta fornita dalla Corte di cassazione a proposito dell'armonizzabilità di una norma bulgara, l'art. 270, par. 2 NPK, con il quadro normativo europeo. Rientra nella competenza della Corte di giustizia infatti, anche il sindacato sulla compatibilità delle norme interne con il diritto dell'UE, in quanto strumentale alla tutela dei diritti dei singoli (C-26/62, *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos c. Netherlands Inland Revenue Administration*).

Nello specifico, il Tribunale specializzato ha ritenuto di dover rinviare un atto interpretativo emesso da altro organo giudicante, sul presupposto della sua vincolatività. Tale ultima scelta ha prodotto un doppio effetto processuale: di conformazione del *petitum*

formale e di preformazione della decisione della Corte di giustizia. Nulla di distonico da quanto prescritto dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, si potrebbe sostenere, se non fosse che il parere di cui il giudice introduttore dubita la coerenza con il sistema normativo europeo si mostra privo di un reale contenuto decisorio. La circostanza, infatti, per cui il parere *de quo* affida alla discrezionalità dell'organo giudicante la scelta tra la conferma o la revoca della misura cautelare per insussistenza di ragioni giustificative induce a considerare la natura dell'atto come interlocutorio-facoltizzante piuttosto che realmente decisorio. Ciò a meno di non voler giungere ad una contraddizione in termini: quella di ritenere *vincolante* per il giudice *la facoltà* di optare per una interpretazione più o meno garantista delle condizioni di revocabilità di una misura cautelare.

La prospettazione di un *petitum* formale in questi termini ha inevitabilmente un riflesso processuale sulla decisione della Corte, che si limita a statuire in ordine alla non incompatibilità tra l'atto interpretativo adottato dalla Corte di cassazione bulgara e lo scopo della direttiva. Ragioni di logica suggeriscono che difficilmente la ECJ avrebbe potuto decidere in modo diverso, salva l'ipotesi residuale di una sua riqualificazione del quesito, evidentemente da escludere nel caso in esame (L. Fumagalli, *Commento art. 267*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (cur.), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, 1329). Al di là della simmetria processualmente imposta tra rinvio pregiudiziale e *decisum* della Corte, è evidente infatti che il contenuto dell'atto interpretativo impugnato non possa in alcun modo contrastare con il diritto Ue, non escludendo per il giudice la facoltà di adottare una lettura conforme alla dir. n. 343/2016 ed alla giurisprudenza Cedu da questa richiamata all'art.13, relativo al divieto di derogabilità *in peius* del livello di tutela fissato dalla Convenzione.

Tuttavia, questa scarsa vincolatività sostanziale del parere induce a porre in dubbio la concreta rilevanza della questione sottoposta a rinvio ex art. 267 TFUE rispetto al processo in corso, e, per questa via, a minare una decisione che finora appariva come l'unica possibile. Occorre, però, procedere per gradi.

La Corte di giustizia è investita di un dubbio ermeneutico relativo non allo scopo della direttiva UE, ma all'interpretazione data dalla Corte di cassazione all'art. 270 par. 2 NPK con apposito parere, che presenta un contenuto facoltizzante per il giudice che dispone la misura cautelare. Dal punto di vista logico-sostanziale, dunque, appare corretto sostenere che il parere impugnato racchiuda tanto la lettura restrittiva quanto quella convenzionalmente orientata della disposizione di diritto interno, e che la scelta dell'una o dell'altra dipenda dall'opzione ermeneutica effettuata dal Tribunale giudicante.

Il fatto che l'ordinanza di rinvio alla ECJ abbia ad oggetto un atto interpretativo così strutturato determina un'alternatività sostanziale del *petitum*, che collide con il presupposto ex art. 267 TFUE di adozione di un unico percorso interpretativo della norma interna in relazione al diritto europeo da parte del giudice *a quo*. Nella prospettiva eurolunitaria, infatti, l'organo rimettente è tenuto a dimostrare la stretta attinenza tra la questione rinviata e la conclusione del processo pendente (C-166/06, *Eurodomus Srl c. Comune di Bolzano*, p.ti 5-8).

Alla quanto sinora ricostruito, il rinvio in esame sembrerebbe carente di quel rapporto di strumentalità necessaria, univoca ed oggettiva che deve sussistere tra la soluzione del dubbio ermeneutico da parte della Corte di Lussemburgo e la decisione del giudizio cautelare nel frattempo sospeso. A conforto di quanto sostenuto, milita la considerazione che la sentenza emessa dalla ECJ non risulta decisiva ai fini della statuizione sulla modifica della misura detentiva inflitta al reo, ma solo dilatoria di una decisione che il Tribunale specializzato avrebbe potuto adottare anche senza effettuare il rinvio ex art. 267 TFUE.

Nella prospettiva da ultimo fornita, dunque, la sentenza adottata dalla Corte di giustizia non parrebbe una soluzione obbligata, ma solo una delle due soluzioni esperibili. Una lettura del *caso Milev* secondo il filtro del presunto difetto di rilevanza dell'ordinanza di rinvio lascia infatti ipotizzare che la Corte avrebbe potuto adottare una pronuncia di rigetto per irricevibilità. Si sarebbe trattato, in tale ultima ipotesi, di un diniego doppiamente significativo: teso, in primo luogo, ad impedire che una questione inerente nei fatti al rapporto tra corti interne potesse lambire il piano sovranazionale; quindi, finalizzato ad impedire che un'ordinanza di rinvio pregiudiziale apparentemente strumentale potesse imprimere all'art. 267 TFUE una funzione impugnatoria estranea al rimedio (A. Ruggeri, *Il*

*rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? Nota minima su una questione controversa*, in *Dir. Un. eur.*, 2012, 95-97).

4. – Il quesito interpretativo sottoposto alla Corte di giustizia da parte del Tribunale bulgaro, pur presentando le evidenziate criticità nella formulazione, affronta il problema relativo agli effetti prodotti da una direttiva UE (art. 288, par. 3 TFUE) nel corso della sua fase di trasposizione.

In realtà giudice interno pone un doppio quesito: quello inerente alla effettiva vincolatività processuale degli obblighi di risultato perseguiti dalla dir. n. 343/2016 prima dello spirare del termine per il recepimento dell'atto (fissato dall'art. 14 per il giorno 1-4-2018); ancora, in modo conseguente, quello relativo all'eventuale *grave* compromissione arrecata agli scopi europei di rafforzamento della presunzione di innocenza e dell'onere probatorio dal parere vincolante adottato dalla Corte di cassazione bulgara.

Con riferimento al primo aspetto, è la stessa Corte di giustizia a richiamare il cd. obbligo di *standstill*, che impone agli Stati membri un obbligo negativo di astensione dal porre in essere comportamenti idonei ad impedire in modo serio il raggiungimento degli obiettivi eurounitari, anche qualora questi ultimi siano contenuti in atti ancora inefficaci nei singoli ordinamenti (C-212-04 *Adelener*, p.ti 107-11; C-14/02, *Atral Sa*, p.ti 55-59; C-129/96 *Inter Environnement Wallonie ASBL*, p.ti 44-50). Lungi dall'investire il solo legislatore chiamato a trasporre il contenuto della direttiva, il cd. divieto di vanifica dei risultati si rivolge a tutti gli operatori giuridici, in ossequio al principio di leale collaborazione che governa il rapporto tra le istituzioni sovranazionali e gli Stati.

La Corte di Lussemburgo muove da tali premesse per sciogliere il secondo rilievo, riguardante la presunta non conformità al diritto europeo del parere del 7 aprile 2016. Essa statuisce, in particolare, che l'atto interpretativo impugnato non compromette in modo grave l'attuazione degli obiettivi perseguiti dall'Unione in materia penale, giacché, rimettendo alla discrezionalità del giudice l'eventuale sindacato sull'esistenza di motivazioni che rendano necessario il mantenimento della misura cautelare, è strutturalmente privo di una effettiva ed immediata portata lesiva.

Di qui una riflessione conclusiva. Se è vero che il vincolo di *standstill* ha portata generale e grava pertanto anche sui giudici interni, forse il Tribunale specializzato bulgaro avrebbe dovuto già in prima battuta operare una lettura della disposizione interna non ostativa alla realizzazione dei principi della direttiva in corso di recepimento, e, su questa scorta, arrivare a revocare la misura custodiale qualora il fatto di reato non fosse stato accertato. Del resto, il divieto di vanificare gli effetti di una direttiva Ue va ricompreso nell'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo delle disposizioni nazionali, che si impone all'interprete in modo indipendente dal legame funzionale più o meno intenso che avvince la norma interna alla direttiva da attuare (G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, Napoli, 2012, 221 ss.).

Una simile scelta avrebbe contribuito a mantenere il rinvio pregiudiziale uno strumento effettivo di nomofiliachia, in una prospettiva fisiologica di responsabilità decisionale da parte di tutti gli organi giudicanti degli Stati membri.

## **Il diritto all'indennizzo delle vittime di reato: l'Italia condannata dalla Corte di Giustizia per inadempimento della dir. 2004/80/CE**

*di Maria Chiara Locchi*

**Title:** The right of crime victims to compensation: Italy condemned for failing to comply with Dir. 2004/80/CE

**Keywords:** Compensation to crime victims; Violent intentional crime; Cross-border situation.

1. – Con la Sentenza dell'11 ottobre 2016, relativa alla causa C-601/14, la Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'UE ha dichiarato l'Italia inadempiente con riguardo al recepimento della Direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato. I giudici di Lussemburgo, in particolare, hanno contestato all'Italia di non aver adottato «tutte le misure necessarie al fine di garantire l'esistenza, nelle situazioni transfrontaliere, di un sistema di indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti commessi sul proprio territorio» (§ 54), escludendo dall'ambito di applicazione del sistema di indennizzo vigente in Italia reati gravissimi, quali, ad esempio, l'omicidio non riconducibile a terrorismo o criminalità organizzata e lo stupro.

La Direttiva 2004/80 ha lo scopo di stabilire un sistema di cooperazione volto a facilitare alle vittime di reato l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, al fine di garantire in tutti gli Stati membri un «indennizzo equo ed adeguato alle vittime» (art. 12 della Direttiva). Gli artt. 1-3 prevedono che – qualora un individuo sia rimasto vittima di un reato intenzionale violento commesso in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede abitualmente – la domanda di indennizzo possa essere inoltrata allo Stato nel quale il reato si è consumato, il quale dovrà identificare le autorità competenti per l'inoltro della richiesta («autorità di assistenza») e quelle incaricate di adottare la decisione finale («autorità di decisione»). L'art. 12 della Direttiva, che apre il Capo II dedicato ai «Sistemi di indennizzo nazionali», chiarisce poi che la disciplina comune relativa all'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere si applica sulla base dei sistemi «nazionali» di indennizzo che gli Stati membri hanno istituito a favore delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori.

La *ratio* della Direttiva del 2004, esplicitata nei considerando 1 e 2, è quella di contribuire a realizzare la libera circolazione delle persone, uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione europea, per mezzo della tutela dell'integrità personale dei cittadini europei a prescindere dal fatto di trovarsi nello Stato membro di cui sono cittadini nazionali. Già nel 1989, con la sentenza *Cowan* (Corte giust., sent. 2-2-1989, C-186/87, *Ian William Cowan c. Trésor public*), la Corte di Giustizia aveva interpretato il principio di non discriminazione, all'epoca sancito dall' art. 7 del trattato CEE, nel senso che uno Stato membro non può subordinare la concessione di un indennizzo statale, volto alla riparazione del danno subito sul suo territorio dalla vittima di un'aggressione che le abbia cagionato una lesione personale, al requisito della titolarità di una tessera di residente o della cittadinanza di un

paese che abbia concluso un accordo di reciprocità con questo Stato membro, in vista dell'effettiva tutela della libertà di circolazione delle persone. Dieci anni più tardi, nell'ottobre del 1999, al Consiglio europeo di Tampere si ribadiva la centralità dell'elaborazione di «norme minime per la tutela delle vittime della criminalità» in relazione alla costruzione di un autentico spazio di giustizia europeo, identificando come aspetti decisivi per l'accesso alla giustizia da parte delle vittime la tutela del diritto al risarcimento dei danni, comprese le spese legali, e l'istituzione di programmi nazionali di finanziamento delle iniziative, sia statali che non governative, per l'assistenza alle vittime e la loro tutela (Consiglio europeo di Tampere 15 e 16 ottobre 1999, *Conclusioni della Presidenza*, punto 32). La recente Direttiva 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, ha infine segnato uno stadio avanzato del processo di consolidamento della protezione della vittima nel sistema penale, realizzando un vero e proprio *corpus iuris* europeo dei diritti delle vittime (cfr. E. Verges, *Un Corpus Juris des droits des victimes: le droit européen entre synthèse et innovations*, in *Rev. sc. crimin. dr. pén. comp.*, 2013, 121 ss.).

L'Italia ha recepito la Direttiva 2004/80 – in ritardo di quasi due anni rispetto al termine di recepimento (su tale ritardo cfr. Corte giust., sent. 29-11-2007, C-112/07, *Commissione c. Repubblica italiana*) – con il D. Lgs. 204/2007 e il relativo regolamento di attuazione, D. m. 222/2008. Oltre che dal D. Lgs. del 2007, la materia dell'indennizzo a favore delle vittime di reati intenzionali violenti è poi disciplinata da diverse leggi speciali (tra le quali, ad es., l. 302/1990, 407/1998 e 206/2004 in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata; l. 108/1996 in favore delle vittime del reato di usura; l. 228/2003 relativa alle vittime di tratta, ecc.). Il sistema di indennizzo previsto dall'Italia, quindi, si caratterizza per la presenza di uno strumento a valenza “generale” e di alcuni strumenti di carattere speciale; l'art. 2 del D. Lgs. 204/2007, in relazione ai presupposti materiali dell'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, si limita peraltro a rinviare alle «leggi speciali a favore della vittima di reato commesso nel territorio dello Stato». La l. 122/2016, da ultimo, ha dedicato alcune disposizioni al tema di cui qui ci si occupa: l'art. 11 della legge, proprio in attuazione della Direttiva 2004/80, riconosce espressamente il diritto all'indennizzo alla vittima di determinati reati, seppure a specifiche condizioni, anche di natura economica, indicate nel successivo art. 12. Nonostante la Corte di Giustizia non abbia avuto modo di considerare quest'ultimo provvedimento legislativo in occasione della sua pronuncia per inadempimento contro l'Italia, in dottrina si è rilevato come l'assetto normativo attuale continui a presentare profili di incompatibilità rispetto al diritto dell'Unione (cfr. M. Troglia, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara l'Italia inadempiente in relazione al sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2016, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), la quale osserva che la legge del 2016, pur estendendo «la possibilità, per tutte le vittime di reati intenzionali violenti, di domandare un indennizzo allo Stato», ha altresì introdotto condizioni aggiuntive, non previste dalla Direttiva, «che sembrano creare forti ostacoli ad una generalizzata corresponsione delle somme a titolo di ristoro economico»).

2. – Il procedimento di contestazione all'Italia, conclusosi con la sentenza della Corte di Giustizia che qui si commenta, era iniziato nel novembre del 2011 con una lettera di diffida della Commissione europea, nella quale si rimarcava negativamente la mancata previsione di un sistema generale di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti, contrariamente a quanto indicato dall'art. 12 par. 2 della Direttiva 2004/80. Avendo giudicato insufficiente la replica dell'Italia (che aveva prefigurato una serie di interventi legislativi nella direzione auspicata dalla Commissione, in assenza tuttavia di qualsivoglia calendarizzazione parlamentare), il procedimento era approdato alla fase precontenziosa. A seguito di un “botta e risposta” tra lo Stato italiano (che aveva tentato di procrastinare l'intervento della Commissione nell'attesa di una decisione della Corte di Giustizia, nel frattempo interpellata dal Tribunale di Firenze in via pregiudiziale ma dichiaratasi poi manifestamente incompetente con ordinanza del 30 gennaio 2014) e la Commissione europea, quest'ultima, nel dicembre 2014, presentava innanzi alla Corte di Giustizia dell'UE un ricorso per

inadempimento ai sensi dell'art. 258 TFUE, nel quale veniva autorizzato ad intervenire il Consiglio dell'Unione europea.

L'inadempimento dell'Italia per la mancata attuazione della Direttiva, peraltro, era stato riconosciuto nell'ordinamento nazionale, già nel 2010, dal Tribunale di Torino, che con sent. del 3 maggio aveva condannato la Presidenza del Consiglio a risarcire le "conseguenze morali e psicologiche" subite da una ragazza vittima di sequestro, percosse e stupro ad opera di due uomini. Seppure nel caso del Tribunale di Torino, così come in altri casi affrontati da giudici nazionali, l'illegittimità della normativa interna fosse fatta valere in relazione a reati intenzionali violenti non aventi carattere transfrontaliero e non contemplati ai fini dell'accesso all'indennizzo, in diversi casi la magistratura italiana è giunta a dichiarare la responsabilità della Repubblica italiana per la mancata attuazione della Direttiva 2004/80 e, in particolare, del suo art. 12 par. 2 (in questo senso cfr. Corte d'appello di Torino del 23-1-2012, che ha confermato la sentenza del Tribunale di Torino di due anni prima condannando la Presidenza del Consiglio, e Tribunale di Roma del 4-11-2013; in senso contrario cfr. Tribunale di Firenze del 20-2-2013 e Tribunale di Trieste del 5-12-2013; la stessa dottrina italiana stigmatizzava ormai da tempo l'inadempimento dell'Italia, cfr., tra gli altri, R. Mastroianni, *Un inadempimento odioso: la direttiva sulla tutela delle vittime di reati*, in *Quad. cost.*, 2008, 406-408; M.M. Winkler, *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna dello stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea (Nota a Trib. Torino, 3 maggio 2010)*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 918-941; M. Bona, *Vittime di reati e direttiva 2004/80/CE: l'Italia ancora inadempiente tra condanne, procedure di infrazione e rinvio pregiudiziale alla Corte UE*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 220 ss.; E. Di Napoli, *La controversa portata applicativa della direttiva 2004/80/CE in tema di indennizzo delle vittime di reato (Nota a Trib. Trieste, 5 dicembre 2013)*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2014, 553 ss.).

3. – Le censure avanzate dalla Commissione nel ricorso contro l'Italia si concentrano sull'ambito materiale della Direttiva 2004/80 e, in particolare, del suo art. 12; tale norma, nell'imporre agli Stati membri di dotarsi di un sistema nazionale di indennizzo delle vittime di "reati intenzionali violenti", non lascerebbe alcun margine di discrezionalità allo Stato rispetto all'inclusione (e, quindi, all'esclusione) di determinati reati dalla suddetta categoria. Ciò che la Commissione contesta all'Italia, in sostanza, è che il D. Lgs. 204/2007 si è limitato a recepire il solo capo I della Direttiva («Accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere»), mentre il rinvio alle leggi speciali già in vigore in Italia, e relative soltanto alle vittime di determinati reati, produrrebbe come conseguenza l'illegittima esclusione dal diritto all'indennizzo di tutta una serie di, pur gravissimi, reati intenzionali violenti (quali lo stupro o altre gravi aggressioni di natura sessuale, così come l'omicidio e le lesioni personali gravi che non rientrano nell'ambito di applicazione delle leggi speciali).

La Repubblica italiana ha opposto a queste censure due ordini di argomenti.

Un primo argomento è relativo all'invalidità dell'art. 12 par. 2 della Direttiva, così come interpretato dalla Commissione, per incompetenza dell'Unione a legiferare sulla base dell'art. 308 TCE rispetto a questioni che attengono alla repressione dei reati di violenza comune e le conseguenze di tali azioni sul piano civile all'interno dello Stato membro: in forza del principio di proporzionalità previsto dall'art. 308, infatti, l'Unione non avrebbe la competenza ad adottare misure riguardanti questioni "puramente interne". Secondo l'interpretazione italiana, quindi, lo scopo della Direttiva consisterebbe, più limitatamente, nel consentire ai cittadini europei residenti in altro Stato membro di accedere ai sistemi di indennizzo già previsti dalle normative nazionali a favore delle vittime di reati intenzionali violenti.

Un secondo argomento si concentra sulla rivendicazione dell'«ampio potere discrezionale» che spetta agli Stati membri nell'individuazione di quei "reati intenzionali violenti" a cui ricollegare forme di indennizzo.

4. – La Corte di Giustizia svolge il suo ragionamento a partire dall'eccezione di irricevibilità avanzata dall'Italia in relazione all'indebito ampliamento, da parte della Commissione,

dell'oggetto dell'inadempimento contestato: mentre nel parere motivato del 2013 la Commissione aveva censurato l'esclusione, dal novero dei reati violenti intenzionali ai quali ricollegare l'indennizzo, dell'omicidio e delle lesioni personali gravi, nonché dello stupro e delle altre gravi aggressioni di natura sessuale, nel ricorso innanzi alla Corte la contestazione si riferisce alla mancata adozione di un sistema generale di indennizzo per le vittime di "tutti" i reati commessi in territorio italiano. La Corte rigetta l'eccezione rilevando come la Commissione, nel suo parere motivato, avesse semplicemente utilizzato delle esemplificazioni per meglio illustrare le conseguenze concrete dell'esclusione di alcuni reati intenzionali violenti dal sistema di indennizzo in vigore in Italia.

Rispetto al primo punto avanzato dall'Italia, relativo all'incompetenza dell'Unione a legiferare sul tema, la Corte fa propria la posizione espressa dal Consiglio dell'Unione europea, intervenuto a sostegno della Commissione, il quale aveva escluso che uno Stato membro potesse eccepire l'illegittimità di una direttiva come argomento difensivo nell'ambito di un ricorso per inadempimento, a meno di riuscire dimostrare l'esistenza di un vizio tale da escludere qualsiasi effetto giuridico della fonte comunitaria. La Corte, nel richiamare i propri precedenti in materia di vizi talmente gravi ed evidenti da rendere l'atto "inesistente" (es. Corte giust., sent. 29-7-2010, C-189/09, *Commissione/Austria*, e sent. 5-3-2015, C-502/13, *Commissione/Lussemburgo*), non è invece entrata nel merito dell'altro argomento, pur avanzato dal Consiglio, relativo alla circostanza per cui dall'art. 308 TCE deriverebbe, a favore delle istituzioni dell'UE, la possibilità di intervenire qualora risulti necessario al fine di realizzare gli obiettivi posti dai Trattati, anche in assenza di specifiche previsioni che attribuiscono espressamente tali poteri di azione.

Rispetto al secondo argomento sollevato dall'Italia con riferimento ai margini di discrezionalità lasciati dall'art. 12 par 2 della Direttiva a favore degli Stati membri, la Corte di Giustizia ha opposto la necessità di un'interpretazione articolata della norma, che tenga conto del criterio letterale ma anche di quello teleologico e sistematico.

Se il tenore letterale dell'art. 12 par. 2 non consente di circoscrivere l'ambito di applicazione del sistema di indennizzo a determinati reati intenzionali violenti, escludendone altri, la considerazione degli scopi della stessa Direttiva, esplicitati nei considerando 1-3, 6 e 7, indirizza l'interprete verso la medesima conclusione (particolare rilievo, come già detto, assume la volontà dell'Unione di abolire gli ostacoli tra Stati membri alla libera circolazione delle persone).

La Corte, infine, si è concentrata sull'interpretazione sistematica dell'art. 12, ricollegando detta norma, contenuta effettivamente nel capo dedicato ai sistemi di indennizzo "nazionali", alla prima parte della Direttiva, dedicata all'accesso all'indennizzo nelle situazioni "transfrontaliere" – concludendo che l'art. 12 debba essere interpretato nel senso che esso «mira a garantire al cittadino dell'Unione il diritto di ottenere un indennizzo equo ed adeguato per le lesioni subite nel territorio di uno Stato membro nel quale si trova, nell'ambito dell'esercizio del proprio diritto alla libera circolazione, imponendo a ciascuno Stato membro di dotarsi di un sistema di indennizzo delle vittime per ogni reato intenzionale violento commesso sul proprio territorio» (§ 45). Se, quindi, da una parte, i soli Stati membri sono competenti, in linea di principio, a determinare gli elementi dell'"intenzionalità" e della "natura violenta" di un reato nel contesto del proprio diritto penale, dall'altra parte la limitazione del campo di applicazione del sistema di indennizzo delle vittime dei reati intenzionali violenti si dimostra illegittima in quanto pregiudizievole per l'effetto utile della Direttiva 2004/80.

Il profilo cruciale affrontato dalla Corte, quindi, è anche in questa occasione quello delle "situazioni puramente interne". La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, come è noto, si caratterizza ormai da tempo per l'articolazione del concetto di "competenza" nei due momenti essenziali dell'"attribuzione" (in relazione alla quale il dato letterale dei Trattati configura una formale ripartizione dei poteri attribuiti all'ordinamento nazionale e a quello sovranazionale) e dell'"esercizio" (che vede invece una tendenza "espansiva" del diritto dell'Unione rispetto a situazioni che rientrerebbero nella competenza esclusiva degli Stati membri, ma che si dimostrano funzionali alla realizzazione degli obiettivi generali dell'UE). La conseguenza è che in molte materie di grande rilevanza, attinenti ad es. al diritto penale, alla cittadinanza, alla sicurezza sociale, all'educazione, finisce per legittimarsi l'applicazione del diritto dell'Unione «in domain that is not a priori within the Union's scope of

intervention» (L. Azoulay, *The “Retained Powers” Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU as Total Law?*, in *EJLS*, 2, 2011, 192-219). Anche nella sentenza che qui si commenta la Corte ammette, da un lato, che l'ambito di applicazione della Direttiva 2004/80 non contempli situazioni “puramente interne”, chiarendo però, dall'altro lato, che proprio la considerazione delle sole situazioni “transfrontaliere” impone di interpretare l'art. 12 par. 2 nel senso di obbligare gli Stati membri ad adottare un sistema “nazionale” che garantisca l'indennizzo delle vittime di “qualsiasi” reato intenzionale violento commesso sul proprio territorio.

Pur offrendo la cronaca recente drammatici casi di esclusione dal diritto all'indennizzo a danno di cittadini europei vittime di reati intenzionali violenti commessi in altro Stato membro (si fa riferimento, in particolare, alle dichiarazioni rilasciate dai genitori di Fabrizia di Lorenzo, la giovane donna italiana rimasta uccisa nell'attentato di matrice terroristica avvenuto a Berlino il 19 dicembre 2016, cfr. *Strage Berlino, i genitori di Fabrizia: «Nostra figlia uccisa da Amri. Dalla Germania nessun rispetto*, in *Corriere della Sera*, 27 febbraio 2017. Il mancato riconoscimento dell'indennizzo, in questo caso, è da ricollegarsi al § 1(11) della legge tedesca sull'indennizzo delle vittime di reati violenti, approvata nel 1985; la norma in questione, in particolare, esclude dall'ambito di applicazione della legge i «danni causati da un'aggressione con un veicolo a motore o un rimorchio»), la sentenza della Corte di Giustizia ha sancito la gravità della peculiarità italiana. L'assenza di un sistema generale di indennizzo per tutti i reati intenzionali violenti, infatti, fa sì che le vittime di determinati reati si ritrovino costrette a ricorrere ai giudici, con gravi conseguenze relative, da un lato, alla disparità di trattamento tra vittime italiane e straniere (dalla tutela apprestata in sede giurisdizionale risultano infatti escluse le vittime italiane di reati commessi nel territorio dello Stato, poiché al di fuori dell'ambito applicativo della Direttiva, cfr. su questo M. Scoletta, *Il risarcimento del danno da reato nel sistema penale italiano a fronte dei vincoli europei*, in L. Lupária (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, San Giuliano Milanese, 2015) e, dall'altro, agli ulteriori costi materiali e psicologici per le stesse vittime e all'aggravio per le finanze dello Stato.



## Riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso e pensione di reversibilità, tra eguaglianza e irretroattività

di *Andrea Perelli*

**Title:** Recognition of same-sex unions and the right to survivor's pension, between equality and non-retroactivity principles

**Keywords:** Same sex-union; Survivor's pension; Sexual orientation discrimination.

1. – Con sentenza pronunciata il 24 novembre 2016, la Prima sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea ha affrontato una questione pregiudiziale (ai sensi dell'art. 267 TFUE) sollevata da un giudice della Repubblica d'Irlanda, inerente il presunto contrasto tra il diritto comunitario che mira ad eliminare le discriminazioni in campo lavorativo (segnatamente, la direttiva 2000/78/CE) e la normativa nazionale in tema di trattamento pensionistico — in particolare, di pensione di reversibilità — spettante ai superstiti delle coppie dello stesso sesso.

La questione pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 2 e 6 paragrafo 2 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. La controversia, dalla quale è originata la questione pregiudiziale, vedeva contrapposti il signor Parris ed i convenuti in quanto il Trinity College rifiutava di riconoscere al *partner*, dello stesso sesso del ricorrente ed a questi unito civilmente secondo la legge irlandese, la pensione di reversibilità prevista dal regime previdenziale professionale cui il ricorrente era affiliato.

2. – Per maggior chiarezza esplicativa, esporremo brevemente le disposizioni rilevanti per la soluzione della questione.

In primo luogo, la direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate — tra le altre condizioni — sull'età e sull'orientamento sessuale per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento (articolo 1).

In tale contesto, la direttiva richiama i concetti di discriminazione diretta, che si ha quando «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata da un'altra in una situazione analoga», e indiretta, che si ha «quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio ... le persone di una particolare età od orientamento sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che: (I) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» (articolo 2).

Inoltre, l'articolo 6, paragrafo 2 della direttiva dispone «fatto salvo l'articolo 2 paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che la fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un'età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o

all'invalidità, compresa la fissazione per la fissazione per tali regimi di età diverse per lavoratori o gruppi di categorie di lavoratori e l'utilizzazione, nell'ambito di detti regimi, di criteri di età nei calcoli attuariali non costituisca una discriminazione fondata sull'età purché ciò non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso». Infine, il considerando 22 della direttiva afferma che essa lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano.

Quanto al diritto irlandese, si noti che il *Pensions Act (1990)* è stato modificato nel 2004 al fine di recepire nell'ordinamento interno le disposizioni della citata direttiva; l'articolo 66 stabilisce un divieto generale di qualsiasi trattamento meno favorevole, per quanto riguarda i regimi pensionistici professionali, basato, in particolare sull'età e sull'orientamento sessuale, mentre l'articolo 72 — ricalcando l'articolo 6 della direttiva — inserisce alcune eccezioni al divieto generale di discriminazione.

In relazione al riconoscimento delle coppie tra persone dello stesso sesso, il 19 luglio 2010 l'Irlanda ha adottato il *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act (2010)*, entrata in vigore il 1° gennaio 2011 e che esclude qualsiasi riconoscimento retroattivo delle unioni civili contratte in un altro paese. L'articolo 99 della stessa legge dispone che «le prestazioni del regime previdenziale previste per i coniugi si applicano, alle stesse condizioni, al partner registrato dell'affiliato». Da ultimo, si deve ricordare che — all'epoca dei fatti — in Irlanda il matrimonio era riservato alle coppie di sesso opposto e che il matrimonio egualitario è stato inserito nell'ordinamento a seguito dell'approvazione del noto referendum costituzionale del 22 maggio 2015, che ha condotto alla revisione dell'articolo 41 della Costituzione (cfr.: E. Falletti, *Democrazia e diritti fondamentali: il caso dei referendum sui same-sex marriage in Irlanda e negli Stati Uniti*, in questa *Rivista*, 2015, n. 2; F. Ryan, *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective*, in questa *Rivista*, 2015, n. 2). Infine, occorre sottolineare che l'articolo 5 del regime previdenziale del Trinity College — a cui il signor Parris aveva aderito in quanto docente dell'istituto — prevede l'erogazione della pensione di reversibilità al coniuge o al partner registrato dell'affiliato in caso di premorienza di quest'ultimo. Tuttavia, tale pensione può essere erogata solamente qualora il matrimonio o l'unione civile siano state contratte prima del compimento del sessantesimo anno d'età dell'affiliato.

3. – Il ricorrente, nato il 21 aprile 1946 ed avente la doppia cittadinanza britannica ed irlandese, convivente stabilmente con il proprio partner da oltre trent'anni, ha contratto un'unione civile con questi nel Regno Unito il 21 aprile 2009 avvalendosi del *Civil Partnership Act (2004)*, che in tale Stato membro ha introdotto un regime di unioni civili per le coppie *same-sex*. Il 31 dicembre 2010 il ricorrente è andato in pensione ed il 12 gennaio 2011 ha ottenuto il riconoscimento in Irlanda dell'unione civile contratta nel Regno Unito. A metà del 2010 egli aveva iniziato una controversia con il Trinity College al fine di ottenere il riconoscimento per il proprio compagno del diritto alla pensione di reversibilità; il giudice di prime cure aveva respinto tale domanda su un duplice ordine di considerazioni: da un lato, il sig. Parris è andato in pensione anticipatamente prima di aver ottenuto il riconoscimento in Irlanda della propria unione civile; dall'altro lato egli l'aveva contratta dopo aver compiuto il sessantesimo anno d'età. A fronte di tale decisione, egli ha effettuato appello all'Equality Tribunal e — dato che questo lo ha respinto — alla Labour Court che ha effettuato il rinvio pregiudiziale oggetto della decisione. In particolare, il giudice irlandese ha chiesto alla Corte se nelle circostanze *de quibus* integri una discriminazione fondata sull'età, sull'orientamento sessuale o su una combinazione delle due condizioni, in violazione della direttiva 2000/78/CE, l'applicazione di una normativa nazionale che stabilisca un'età prima della quale l'affiliato ad un regime previdenziale professionale deve contrarre un matrimonio o un'unione civile affinché il suo coniuge o il partner possa avere diritto ad una pensione di reversibilità.

La Corte, considerato che la normativa nazionale, rappresentata dall'articolo 5 del regime previdenziale in oggetto, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 78/2000/CE in virtù dell'applicazione del criterio dell'impiego, come desunto dalla giurisprudenza dall'art. 157 TFUE (cfr.: Sentenza 1-4-2008, C-267/06, *Maruko*, §46), ritiene

che la normativa nazionale non integri una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, come vietato dalla citata direttiva. Invero, la Corte ha ritenuto che la ricostruita disciplina irlandese in materia di riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso sesso non integra una discriminazione diretta in quanto, dal momento in cui è stata introdotta la legislazione irlandese in materia di *civil partnership* tra i diritti dei compagni uniti civilmente è rientrato anche il diritto di godere della pensione di reversibilità al superstite, inoltre, sia per i coniugi, che per i membri delle unioni civili vale il limite secondo cui il matrimonio o l'unione civile devono essere contratti prima del compimento del sessantesimo anno d'età da parte degli aderenti.

La seconda questione pregiudiziale, che chiedeva se la normativa irlandese potesse integrare una discriminazione basata sull'età e come tale vietata dal diritto comunitario, viene risolta dalla Corte in senso negativo. Infatti, si osserva che la normativa nazionale istituisce una differenza di trattamento basata direttamente sull'età, dal momento che accorda un trattamento meno favorevole agli affiliati che abbiano contratto un matrimonio o un'unione civile successivamente al loro sessantesimo compleanno, rispetto a quanti lo abbiano contratto prima di tale data. Tuttavia, tale differenza non rientra tra le discriminazioni basate sull'età e vietate dalla normativa comunitaria in quanto la disposizione fissata dal regime previdenziale interessato ricade nella deroga contemplata dall'articolo 6, paragrafo 2 della direttiva citata. Occorre precisare che il fatto che la legge nazionale non abbia consentito al ricorrente di contrarre un'unione civile prima del suo sessantesimo compleanno non assume rilievo ai fini del diritto dell'Unione europea in quanto, il considerando 22 della direttiva 2000/78/CE espressamente afferma che essa lascia impregiudicate le normative statali inerenti lo stato civile e le prestazioni che ne derivano.

Da ultimo la Corte affronta la terza questione pregiudiziale, in cui le veniva chiesto se le citate disposizioni della direttiva contrastassero o meno con la direttiva nazionale, dal momento che istituiva una discriminazione basata congiuntamente sull'orientamento sessuale e sull'età. In questo caso la Corte afferma «se è vero che una discriminazione può essere fondata su più di uno dei motivi indicati all'articolo 1 della direttiva 2000/78/CE, non esiste, tuttavia, alcuna nuova categoria di discriminazione che risulti dalla combinazione di alcuni di tali motivi, quali l'orientamento sessuale e l'età, e che possa essere constatata quando sia stata esclusa una discriminazione sulla base dei medesimi motivi, considerati in modo separato. Di conseguenza, qualora una disposizione nazionale non costituisca né una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale né una discriminazione fondata sull'età, la medesima disposizione non può istituire una discriminazione fondata sulla combinazione dei questi fattori».

La decisione della Corte si discosta dalle conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale, che ritiene che la normativa irlandese integri una discriminazione indiretta sulla base dell'orientamento sessuale. Invero, l'Avvocato afferma che, mentre per gli eterosessuali il fatto di contrarre matrimonio prima o dopo il compimento del sessantesimo anno d'età sia una mera questione di pianificazione personale della vita, per gli omosessuali nati prima del 1951 era impossibile contrarre matrimonio o un'unione civile in Irlanda prima del compimento di tale età a causa della esposta disciplina nazionale in tema di riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Inoltre, non ha ritenuto che tale discriminazione indiretta fosse giustificata, in quanto la fissazione di un limite d'età generalizzato entro il quale i soggetti assicurati debbono aver contratto matrimonio è una misura che eccede la finalità di prevenzione degli abusi a cui la normativa irlandese è tesa. Infine, afferma che la misura adottata finisce per comprimere eccessivamente i diritti dei lavoratori omosessuali nati prima del 1951, che non avrebbero potuto – anche volendo – contrarre matrimonio in tempo utile.

4. – È interessante notare che la situazione nella quale si trova il sig. Parris è omologa a quella affrontata dalla Court of Appeal dell'Inghilterra che — con una sentenza del 2015 — aveva ritenuto che la disciplina pensionistica che impediva la successione nel trattamento previdenziale al coniuge dello stesso sesso, quando il *de cuius* fosse andato in pensione prima dell'entrata in vigore della disciplina sulle unioni civili del 2005. Invero, la Corte ha ritenuto che tale normativa non sia illegittima, dal momento che la suddetta disciplina sulle unioni

civili non ha effetti retroattivi (cfr.: Court of Appeal of England and Wales, *O'Brien v. Ministry of Justice*, [2015] EWCA Civ 1000 (6-10-2015)).

Le sentenze testé brevemente esposte ripropongono — ancora una volta — la stretta connessione che il riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso ha con il principio di eguaglianza. In particolare, qui emerge il dato secondo cui la scelta del legislatore di introdurre una forma di riconoscimento non sempre pare in grado di garantire piena eguaglianza a tali coppie, dal momento che per taluni aspetti si pone il problema di dover inserire una norma transitoria per rimuovere le discriminazioni che si sono consolidate nel corso del tempo.

## Biblioteche e prestito librario digitale: nuovi istituti giuridici o evoluzione di quelli esistenti?

di Celeste Pesce

**Title:** Libraries and digital lending of an electronic book: new legal bodies or evolution of existing ones?

**Keywords:** Digital lending; Electronic book; Copyright.

1. – La presente causa si colloca nel solco del processo di modernizzazione delle biblioteche e fornisce una risposta alla questione se – e su quale base giuridica – queste ultime possano dare in prestito libri digitali.

Il prestito di cui si discute è quello «one copy one user». In tale modello, il libro digitale di cui dispone la biblioteca viene scaricato dall'utente per la durata del prestito, durante la quale non è accessibile ad altri utenti della biblioteca. Alla scadenza di tale periodo, il libro diviene automaticamente inutilizzabile e ritorna disponibile per il prestito.

Ai sensi della legge olandese sul diritto d'autore (*Auteurswet*, artt. 10, 12, 15), questa forma di prestito non può includersi nella nozione di prestito di cui alla direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale (in seguito: direttiva 2006/115). Conseguentemente, il prestito digitale non può beneficiare della deroga prevista per il prestito pubblico dall'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva secondo cui gli Stati membri possono derogare al diritto esclusivo previsto all'articolo 1 per il prestito da parte di istituzioni pubbliche, «a condizione che almeno gli autori ricevano una remunerazione per tale prestito».

Accade, così, che nei Paesi Bassi il prestito di libri digitali sia regolato da contratti di licenza conclusi tra le biblioteche e gli editori. Questi ultimi mettono a disposizione delle biblioteche, ad un prezzo appositamente concordato, i libri digitali che possono essere successivamente oggetto di prestito. Da siffatti rapporti contrattuali e dai vantaggi economici che ne seguono, sono del tutto esclusi gli autori. Questi ultimi, viceversa, se il prestito digitale rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/115, e quindi della deroga summenzionata, percepirebbero una remunerazione a tale titolo del tutto indipendente dai contratti conclusi con gli editori.

Orbene, la questione pregiudiziale prende avvio nell'ambito di una controversia olandese tra la *Vereniging Openbare Bibliotheken* (associazione delle biblioteche pubbliche) e la *Stichting Leenrecht* (fondazione del diritto di prestito), sull'eventuale violazione del diritto esclusivo di prestito di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2006/115.

Nondimeno, il dubbio interpretativo del giudice nazionale si estende all'articolo 2, paragrafo 1, lettera b) e all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2006/115 come anche all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (in seguito: direttiva 2001/29). N'è derivata la formulazione di quattro quesiti pregiudiziali di cui il primo rappresenta il presupposto degli

altri, in quanto apre la discussione sul punto se il prestito di libri digitali ricada nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/115, come meglio diremo nelle pagine seguenti.

Gli altri quesiti, non esaminati in questa sede, riguardano, nel complesso, le condizioni che i libri digitali devono soddisfare per poter essere eventualmente prestati in base alla deroga per il prestito pubblico.

2. – Con la prima questione, dunque, il giudice del rinvio chiede alla Corte se la messa a disposizione del pubblico, per un periodo limitato, di libri digitali da parte delle biblioteche pubbliche rientra nel diritto di prestito sancito dall'articolo 1, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 1 lettera b), della direttiva 2006/115.

La risposta della Corte è in senso affermativo ed i passaggi argomentativi a supporto della scelta inclusiva appaiono abbastanza completi ed esaustivi. La pronuncia difatti si articola su più livelli e, in prima battuta, analizza i profili legittimanti, ipoteticamente, l'esclusione del prestito di copie digitali (*ergo*, materiali intangibili) dall'ambito di applicazione della direttiva.

L'attenta analisi della Corte non trascurava che il testo del 2006 codifica la direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale. E che il diritto di prestito non ha subito modifiche sostanziali in occasione dell'emanazione della direttiva 2006/115. Pertanto, le disposizioni vigenti in materia di diritto di prestito sono sostanzialmente quelle adottate nel 1992, vale a dire un'epoca in cui la tecnologia dei libri digitali muoveva i primi passi e in cui, quindi, il legislatore dell'Unione non avrebbe potuto inserire il prestito di libri digitali nella nozione di prestito. Ma, il fatto che il prestito effettuato in forma digitale non sia menzionato in alcun modo non funge da impedimento. Anzi, osserva la Corte, ciò non comporta che l'interpretazione della direttiva 2006/115 debba escludere il prestito dei libri digitali.

A parere di chi scrive, l'argomentazione del giudice UE è in piena sintonia con i lavori preparatori della direttiva 92/100 che, *ad adiuvandum*, si esprimono a favore di una nozione di prestito in termini inclusivi piuttosto che escludenti. Ancora, l'approccio espansivo della Corte riprende gli intenti evolutivi fissati dall'Unione in occasione dell'adozione della normativa in materia di diritto d'autore laddove si precisa che la «protezione offerta dal diritto d'autore ... deve adeguarsi ai nuovi sviluppi economici» (considerando 4 della direttiva 2006/115). È di tutta evidenza che sviluppo tecnologico, amplificazione creativa e diverse modalità di fruizione della stessa siano ben chiari al giudice UE. Facile, quindi, il passo successivo di collocare in una simile logica tesa al futuro il prestito digitale quale emblema di nuove forme di utilizzazione economica tale da rendere «necessario un adeguamento del diritto d'autore ai nuovi sviluppi economici» (p.to 45).

Emerge, così, un altro dato fondamentale. Vale a dire che, al fine di rispondere adeguatamente alle realtà economiche in divenire, si predilige adattare ed integrare le normative attuali sul diritto d'autore e sui diritti connessi piuttosto che dare vita a nuovi concetti in materia di protezione della proprietà intellettuale.

È fuori discussione che l'adeguamento normativo in questione resta possibile interpretando le disposizioni del caso in ragione del momento storico in cui si applicano. Più in generale, l'adeguamento e/o l'adattamento è una condizione naturale di «sopravvivenza» di quegli atti giuridici legati all'evoluzione tecnologica e alla fruizione di strumenti e modelli socio-culturali. In termini evolutivi ed elastici si esprime, anche, la direttiva 2001/29 che non omette di evidenziare quanto il diritto d'autore e i diritti connessi proteggano e stimolino lo sviluppo e la commercializzazione di nuovi prodotti e servizi nonché la creazione e lo sfruttamento del loro contenuto creativo (cfr. considerando 2, 5 e 8).

Vale a dire che l'interpretazione «dinamica» o «evolutiva» è indispensabile nel settore del diritto d'autore fortemente influenzato dal progresso informatico che, sovente, anticipa il processo legislativo e rende (spesso) vani i tentativi di ammodernare il quadro giuridico attraverso l'adozione continua di nuove norme. Infatti, non di rado gli atti diventano obsoleti al momento stesso della loro emanazione o poco dopo. Così, per usare le parole dell'avvocato generale, «questo anacronismo delle norme giuridiche rispetto alla realtà» (p.to 28 delle conclusioni) può dare vita a dubbi interpretativi ed applicativi, ad incertezza giuridica e/o a

vuoti normativi. In tali casi, solo l'interpretazione giurisdizionale dinamica ed evolutiva può garantire efficacia normativa e scongiurare l'affanno del legislatore. Viceversa, interpretazioni miopi e avulse dalla mutata realtà economica rischiano di imbrigliare gli atti giuridici nel passato.

Le considerazioni esposte portano ad equiparare il prestito di libri digitali a quello cartaceo. Del resto, se il fine ultimo del prestito è acquisire nuove conoscenze (e non conservare una copia del libro), libro cartaceo e digitale non si differenziano. Motivo per cui anche le modalità del loro prestito sono da considerarsi uniformi.

Una siffatta interpretazione della direttiva 2006/115 assicura copertura giuridica al prestito librario digitale. O, per meglio dirsi, argina il vuoto normativo che, di fatto, diviene solo apparente. Al contempo, garantisce al testo del 2006 la capacità di rispondere alle esigenze della società odierna come futura, dimostrando di conciliare al meglio i diversi interessi in gioco.

3. – La soluzione del giudice UE concilia gli obblighi internazionali rilevanti nella fattispecie con l'effetto utile della normativa europea *de quibus*.

Più chiaramente, si conferma la prassi giurisprudenziale dell'Unione di interpretare il diritto europeo in maniera funzionale compiendo una valutazione dei testi meno legata alla formulazione letterale e più aderente agli scopi che gli atti in questione si propongono. Segnatamente, il giudice dell'Unione predilige l'interpretazione maggiormente conforme alla *ratio legis*, mediante il richiamo degli strumenti logici (obiettivi, scopi, finalità) che conferiscono alle disposizioni un significato in armonia con il contesto giuridico, in cui le stesse sono collocate, nonché con le finalità generali del diritto dell'Unione. Non solo. Gli obblighi di matrice internazionale applicabili *ratione materiae* trovano anch'essi piena affermazione e rispetto.

L'equilibrio così raggiunto rende la pronuncia in esame pienamente conforme alla logica degli atti a tutela del diritto d'autore propri dell'Unione e/o derivanti dal consesso internazionale.

Nello specifico, in merito all'allineamento con gli obblighi internazionali dell'Unione e degli Stati UE, va ricordato che nel caso di specie trova spazio il trattato dell'OMPI, del quale sono parti sia l'Unione sia gli Stati membri. Ebbene, ai sensi della dichiarazione concordata allegata al trattato dell'OMPI, gli oggetti intangibili, nonché le copie non fissate su un supporto materiale, quali le copie digitali, sembrerebbero esclusi dal diritto di noleggio (art. 7 relativo al diritto di noleggio). Ciò nonostante, a giudizio della Corte UE, né il trattato OMPI né la dichiarazione menzionata pongono limiti a che la nozione di «prestito» di oggetti, ai sensi della direttiva europea, sia interpretata in maniera estensiva al fine di includervi i prestiti effettuati in forma digitale (p.ti 32, 39).

Rafforza tale ragionamento la salvaguardia dell'effetto utile della disciplina europea applicabile *ratione materiae*. Invero, la giurisprudenza UE è costante nel ribadire che, sebbene la deroga di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2006/115, debba costituire oggetto di interpretazione restrittiva, resta il fatto che l'interpretazione data deve anche consentire di salvaguardare l'effetto utile dell'eccezione stessa e di rispettarne gli scopi (*ex multis*: Corte giust., sent. 4-10-2011, C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e a.*; sent. 1-12-2011, C-145/10, *Painer*). Non si può, pertanto, escludere l'applicabilità dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2006/115 nel caso in cui l'operazione effettuata da una biblioteca accessibile al pubblico presenti caratteristiche sostanzialmente analoghe a quelle dei prestiti di opere su carta stampata (p.ti 50-51).

Si aggiunga che la Corte va oltre il dato letterale della direttiva 2006/115 e delle diverse versioni linguistiche di «diritto di noleggio e di prestito», e prende in esame, da un lato, i considerando 3 e 8 di detta direttiva che non si riferiscono (in talune versioni linguistiche) al «diritto di noleggio e di prestito», al singolare, ma ai «diritti» di noleggio e di prestito, al plurale. Dall'altro, come emerge dall'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2006/115, il legislatore dell'Unione si è adoperato per definire separatamente le nozioni di «noleggio» e di «prestito». Pertanto, gli oggetti interessati dal noleggio non sono necessariamente identici a quelli interessati dal prestito (p.ti 36-38).

Non meno rilevante è l'analisi dell'obiettivo principale del diritto d'autore, vale a dire tutelare gli interessi degli autori. A giudizio della Corte UE, un'interpretazione della direttiva 2006/115 secondo cui il prestito digitale rientra nella nozione di «prestito» non solo non lede gli interessi degli autori ma, al contrario, consente di tutelare meglio i loro interessi rispetto a quanto non accada oggi in ragione delle sole leggi di mercato.

4. – Al di là dei fatti e della fondatezza delle questioni controverse, la sentenza della Corte di giustizia è un esempio di come interpretazione evolutiva del diritto e salvaguardia dell'effetto utile dello stesso debbano guidare l'attività del giudice UE al fine di dare nuova luce a testi normativi apparentemente datati. E di come si possa, per tale via, evitare nuovi procedimenti legislativi ed il connesso dispendio di risorse anche finanziarie. Del resto, come già osservato, le lungaggini procedurali legislative finiscono, in questo contesto (e in quelli analoghi), per essere controproducenti restando sovente un passo (almeno) indietro rispetto al progresso tecnologico.

Tanto è del resto chiesto espressamente dal legislatore UE secondo cui protezione offerta dal diritto d'autore, nuovi sviluppi economici e nuove forme di utilizzazione economica si intrecciano e procedono in maniera contestuale adeguandosi alla realtà contemporanea (quarto considerando della direttiva 2006/115/CE). In tale prospettiva si collocano le conclusioni dell'avvocato generale presentate nel caso di specie, secondo cui è «indispensabile interpretare gli atti giuridici tenendo conto dell'evoluzione della tecnologia, del mercato e dei comportamenti, e non cristallizzare tali atti nel passato con un'interpretazione troppo rigida» (p.to 27 delle conclusioni). Osservando al riguardo che «se la Costituzione degli Stati Uniti del 1787 è ancora applicabile e se alcuni articoli della Magna Carta del 1215 possono ancora far parte dell'ordinamento giuridico del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, è perché l'interpretazione che ne viene data non è quella prevalente ai tempi di George Washington o di Giovanni Senza Terra, bensì un'interpretazione adattata ai tempi moderni» (cfr. note al p.to 27 delle conclusioni).

L'obiettivo mediato è, quindi, garantire l'evoluzione «sociale» del quadro legislativo esistente in materia di diritti d'autore, facendo spazio ad un orientamento interpretativo innovativo, flessibile e dinamico (fin dove possibile). Resta, cioè, relegata quasi ad *extrema ratio* la codificazione di nuovi istituti giuridici ogni qualvolta la realtà sociale muti o emergano nuovi costumi sociali, culturali e, per l'effetto, economici.

Non si può negare che la scelta del legislatore prima e del giudice UE poi evita l'eccessiva proliferazione giuridica, foriera di incertezza interpretativa ed applicativa. E, viceversa, azzerava il rischio di pregiudizio dei diritti degli autori causato da un vuoto normativo e/o dalle rivoluzioni tecnologiche. Al tempo stesso, palesa la dinamicità del diritto europeo e internazionale vigente, pienamente in grado di inglobare nel loro campo applicativo la comparsa dei libri digitali e del relativo prestito ad opera delle biblioteche. Sembra, quindi, maturo il tempo per queste ultime di adeguarsi all'evoluzione libraria al fine di accrescere la diffusione della cultura per il loro tramite come accade da millenni senza soluzioni di continuità.

## La concorrenza delle farmacie *on line* scardina i prezzi uniformi e apre nuovi scenari nella liberalizzazione del mercato dei farmaci

di *Marcello Salerno*

**Title:** Online pharmacies competition undermines fixed prices and opens new scenarios in the liberalization of pharmaceutical market

**Keywords:** Pharmaceutical market; Fixed prices; Liberalization.

1. – Per la terza volta la Corte di giustizia viene chiamata a valutare la compatibilità con il Trattato di una misura tedesca in materia di farmaci a seguito del tentativo della farmacia olandese *DocMorris* di accedere al mercato tedesco. Nella prima occasione (Corte giust., sent. 11-12-2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband c. DocMorris NV e a.*), la Corte aveva preso in esame la compatibilità del divieto tedesco di vendita per corrispondenza di medicinali, dichiarando la misura legittima, ai sensi dell'art. 36 TFUE, soltanto per i farmaci soggetti a prescrizione. Ma successivamente la Germania ha modificato la propria normativa, autorizzando la vendita per corrispondenza di tutti i medicinali, anche quelli soggetti a prescrizione. Nel secondo caso (Corte giust., sent. 19-5-2009, cause riunite C-171/07 e C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*), i giudici di Lussemburgo avevano dichiarato compatibile con le norme del Trattato in materia di libertà di stabilimento la normativa tedesca che impedisce di possedere farmacie a soggetti che non hanno il titolo di farmacista rilasciato dal competente ufficio tedesco (principio del *Fremdbesitzverbot*).

Il caso in esame, invece, nasce a seguito dell'iniziativa della *Deutsche Parkinson Vereinigung eV* (in seguito: «DPV»), un'organizzazione di mutua assistenza avente come obiettivo il miglioramento delle condizioni di vita delle persone affette dal morbo di Parkinson. La DPV aveva introdotto un sistema di bonus nell'acquisto presso la *DocMorris* di determinati medicinali per il morbo di Parkinson, soggetti a prescrizione medica. La *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV* (in seguito «ZBW»), associazione di lotta contro la concorrenza sleale, sollevava ricorso dinanzi al tribunale tedesco ritenendo che tale pratica potesse entrare in contrasto con la normativa tedesca che impone prezzi uniformi nella vendita dei farmaci soggetti a prescrizione medica. Il tribunale tedesco dava fundamentalmente ragione alla ZBW e la DPV presentava ricorso in appello, nell'ambito del quale ha origine il rinvio in via pregiudiziale.

Il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia di verificare, sostanzialmente, se la normativa tedesca sui prezzi uniformi costituisca una misura di effetto equivalente ai sensi dell'art. 34 del TFUE e se, in caso di risposta affermativa, tale misura possa ritenersi giustificata ai sensi dell'art. 36 TFUE per ragioni legate alla tutela della salute e della vita delle persone, soprattutto in ragione del fatto che il sistema unitario di prezzi mira a garantire un approvvigionamento uniforme di medicinali su tutto il territorio, in particolare nelle zone rurali.

2. – Allo stato attuale di evoluzione del diritto europeo non è possibile rinvenire una disciplina comune sulla distribuzione dei farmaci. Si tratta di un settore ancora prevalentemente rimesso alle singole scelte statali. L'eterogeneità normativa riguarda, in particolare, le procedure e le condizioni per la titolarità e l'acquisto delle licenze, le regole di pianificazione territoriale nella distribuzione degli esercizi commerciali, la politica dei prezzi, l'esclusività, ossia le restrizioni alla vendita di determinati tipi di prodotto all'interno di uno specifico esercizio (cfr. C. Ciardo, *La distribuzione dei farmaci tra esigenze di competitività e tutela della salute: un'analisi comparata*, in *Eunomia*, 2013, 235 ss.; per una ricostruzione complessiva delle varie problematiche coinvolte: G.F. Ferrari, F. Massimino, *Diritto del farmaco*, Bari, 2015; B. Bertarini, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale*, Torino, 2016, in part. 173 ss.).

L'imposizione di prezzi uniformi rappresenta una vera e propria spina nel fianco per ogni operatore economico che intende entrare in un mercato, poiché il principale strumento a disposizione è rappresentato, il più delle volte, proprio da una sana competizione sui prezzi. Come annota anche l'Avvocato generale M. Szpunar, togliere ad un operatore economico la possibilità di scendere sotto un certo prezzo, significa privarlo di uno strumento fondamentale per essere competitivo. Nel caso tedesco, il regime di prezzi imposti sui farmaci si applica sia alle farmacie aventi sede in Germania che in quelle stabilite negli altri Stati membri, pertanto la Corte è stata chiamata ad effettuare un test di compatibilità con il principio di libera circolazione delle merci ricorrendo alla categoria delle restrizioni quantitative di tipo indiretto (cfr., tra le tante, Corte giust., sent. 9-9-2008, causa C-141/07, *Commissione/Germania*, p.to 28), tra le quali rientra, come è noto, ogni normativa commerciale che possa ostacolare anche *indirettamente*, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari (per tutti v. Corte giust., sent. 11-7-1974, causa C-8/74, *Dassonville*, p.to 5).

L'accertamento di una discriminazione di tipo indiretto costituisce sempre un'operazione piuttosto complessa. Molto dipende, ad esempio, dal mercato di riferimento che si prende in considerazione. Nel caso del commercio dei farmaci, se si considerassero le sole farmacie tradizionali o, separatamente, le sole farmacie *on line*, risulterebbe difficile individuare discriminazioni in quanto l'applicazione di prezzi uniformi incide su tutti gli operatori in maniera identica, a prescindere dallo Stato di origine. Ma, come fa notare molto efficacemente l'Avvocato generale Szpunar, questo non può essere il punto di vista corretto da cui analizzare la questione: occorre considerare congiuntamente sia le farmacie tradizionali che quelle *on line* in quanto operano, di fatto, sullo stesso mercato. In tale prospettiva, si può notare che per le farmacie *on line* non tedesche la vendita per corrispondenza costituisce l'unico canale di distribuzione per competere con le farmacie tedesche (considerato anche il principio del *Fremdbesitzverbot* che la Corte ha dichiarato legittimo). E se una farmacia *on line* stabilita al di fuori della Germania non può competere sui prezzi, si vede precluso ogni accesso al mercato tedesco. Le farmacie tradizionali, infatti, dispongono anche di altri strumenti, oltre al prezzo, per essere più competitivi, come per esempio la possibilità di dispensare consulenze individuali ai pazienti mediante il personale della farmacia o di assicurare la fornitura immediata di medicinali in caso di urgenza (p.to 24). Sulla base di questi ragionamenti, dunque, la Corte conclude che la fissazione di prezzi uniformi per la vendita da parte delle farmacie di medicinali per uso umano soggetti a prescrizione, configura una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'importazione ai sensi dell'articolo 34 TFUE.

L'aspetto più interessante della sentenza sta nel fatto che la Corte ha ritenuto che tale misura discriminatoria non possa neppure trovare giustificazione tra gli obiettivi previsti dall'art. 36 del TFUE, in particolare quello della tutela della salute e della vita delle persone. Il governo tedesco aveva evidenziato che il sistema dei prezzi uniformi mira a garantire che le farmacie per corrispondenza non attuino una «rovinosa concorrenza sui prezzi» che potrebbe determinare la «sparizione delle farmacie tradizionali», soprattutto nelle zone rurali o poco abitate, compromettendo un approvvigionamento dei farmaci sicuro e di qualità, soprattutto in caso di urgenza. La Corte, invece, coerentemente con le posizioni assunte dall'Avvocato generale («risulta difficile immaginare che, in condizioni di accresciuta concorrenza, i farmacisti ridurrebbero la qualità dei loro servizi ... mi aspetterei il contrario»), ha affermato che proprio la maggiore concorrenza promuove l'insediamento di

farmacie in regioni in cui l'esiguo numero di esercizi consentirebbe la fatturazione di prezzi più elevati (p.to 38). Potrebbe facilmente verificarsi, infatti, che a fronte di una concorrenza da parte delle farmacie per corrispondenza, le farmacie tradizionali siano indotte non solo ad applicare prezzi più favorevoli (p.to 43) ma anche a sviluppare le attività che migliorano l'approvvigionamento di medicinali come la preparazione di medicinali su ricetta, il mantenimento di una data scorta e di un dato assortimento di medicinali, etc. (p.to 41). E in effetti, come più analiticamente argomenta ancora l'Avvocato generale Szpunar, non è il numero di farmacie a garantire automaticamente una copertura uniforme e completa su tutto il territorio tedesco, mentre «le aree isolate sarebbero meglio servite se si permettesse alle farmacie *on line* di entrare in concorrenza. Le persone con ridotta mobilità potrebbero trarre grande beneficio dalla possibilità di ordinare *on line* i medicinali e di riceverli in consegna direttamente a casa loro».

3. – La portata innovativa di questa sentenza può essere meglio apprezzata attraverso un rapido confronto con alcune precedenti pronunce della Corte, nelle quali l'obiettivo della tutela della salute era stato utilizzato, al contrario, proprio per giustificare le discipline nazionali anticoncorrenziali nel mercato dei farmaci. Ad esempio, nel caso spagnolo relativo al sistema delle licenze farmaceutiche basate su una programmazione quantitativa in ragione della densità demografica (Corte giust., sent. 1-6-2010, cause riunite C-570/07 e C-571/07, *José Manuel Blanco Pérez e a.*), nonostante l'Avvocato Generale Maduro avesse suggerito di ritenere il sistema di pianificazione in contrasto con il principio di libertà di stabilimento, in quanto non idoneo a garantire una distribuzione omogenea dei farmaci su tutto il territorio, i giudici della Corte ribadirono che una rete di farmacie diffusa e adeguatamente equilibrata, che assicuri una presenza anche nelle zone economicamente meno vantaggiose, può costituire un motivo imperativo d'interesse generale (da p.to 70 a 73 sent. *Blanco*) e che le limitazioni della normativa spagnola potevano considerarsi «perfettamente idonee e proporzionali rispetto allo scopo perseguito» (p.to 103 e 112 sent. *Blanco*; su alcune correlazione con la giurisprudenza italiana cfr. Ponzetti, *La pianificazione territoriale del servizio farmaceutico*, in *Foro amm.*, 2014, 1949 ss.).

Analoghe argomentazioni erano state più recentemente ribadite anche con riferimento al caso italiano della liberalizzazione dei farmaci cosiddetti di fascia C (Corte giust., sent. 5-12-2013, cause riunite da C-159/12 a C-161/12, *Venturini e a.*, su cui v. A. Monica, *Mercato farmaceutico e liberalizzazione della fascia C. Ancora un nulla di fatto. Analisi della recente giurisprudenza fino alla pronuncia della corte di giustizia, cause riunite da c-159/12 a c-161/12*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 261 ss.). In tale occasione, i giudici di Lussemburgo avevano affermato la legittimità di una normativa nazionale che vieta alle parafarmacie la vendita dei medicinali soggetti a prescrizione, coerentemente con quanto suggerito dall'Avvocato Generale Niels Wahl il quale, facendo tesoro della precedente sentenza *Blanco*, aveva affermato che il divieto era perfettamente coerente con la finalità di tutelare la salute in quanto funzionale alla distribuzione uniforme dei medicinali su tutto il territorio nazionale. Annotava ancora la Corte in quell'occasione: commercializzare medicinali senza osservare il requisito della pianificazione territoriale può portare ad una concentrazione di parafarmacie nelle località considerate più redditizie e quindi più attraenti, con il rischio, per le farmacie situate in tali località, di vedere diminuire la propria clientela e, di conseguenza, di essere private di una parte significativa dei loro introiti. Una tale perdita di reddito potrebbe causare non soltanto una diminuzione della qualità del servizio che le farmacie forniscono al pubblico, ma anche la chiusura definitiva di talune farmacie, conducendo così ad una situazione di penuria di farmacie in determinate parti del territorio e, pertanto, ad un approvvigionamento inadeguato di medicinali (p.ti 51 e 52, sent. *Venturini*).

Il cambio di tono, di argomentazioni e di prospettiva della sentenza in commento rispetto alle precedenti pronunce rapidamente richiamate risulta piuttosto evidente. Questa volta le istanze di pianificazione territoriale, i problemi di approvvigionamento, il rischio di riduzione del reddito o di chiusura delle farmacie già operanti sul mercato, sono tutte questioni che restano sullo sfondo, quasi silenti e mortificate. Al contrario, l'accento cade sulla capacità di un mercato in concorrenza di garantire prezzi più bassi e migliore qualità

dei servizi, di favorire (non già compromettere) l'insediamento di farmacie in aree più isolate e di assicurare, anche attraverso la competizione del mercato *on line*, una copertura uniforme e completa su tutto il territorio. Sembra vacillare, in sostanza, quell'orientamento che aveva sinora consentito il mantenimento di uno certo *status quo* nel mercato dei farmaci, caratterizzato da deroghe e limitazioni alle libertà comunitarie, giustificate da una presunta maggiore tutela della salute.

Gettando uno sguardo in prospettiva, una volta passato il principio che la concorrenza delle farmacie *on line* contribuisce a ridurre i prezzi dei farmaci e a migliorare l'approvvigionamento dei medicinali nelle aree isolate a vantaggio della tutela della salute, non si vede ragione per cui non si possa estendere lo stesso principio anche a tutto il mercato delle farmacie di tipo tradizionale. Ciò significa ammettere che l'eliminazione di vincoli quantitativi di pianificazione, seppur nell'ambito di rigorosi limiti di tipo qualitativo, potrebbe far solo bene alla concorrenza, al rapporto tra prezzi e qualità del servizio e dei prodotti, alla migliore distribuzione dei farmaci e, in ultima istanza, al diritto alla salute dei cittadini (M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011, 136). Senza considerare, in tutto questo, che la farmacia, pur assolvendo obblighi di servizio pubblico, da tempo si sta trasformando in un esercizio commerciale a tutti gli effetti, sempre più espressione tipica della libertà d'impresa e mal si giustificano i vantaggi (e talora i privilegi) che ancora persistono nei confronti degli operatori già presenti sul mercato (A. Monica, *Mercato farmaceutico e liberalizzazione della fascia C*, cit., 271).

La grande sfida delle liberalizzazioni, in fondo, resta sempre la stessa in tutti i settori interessati da barriere all'ingresso: riuscire a superare le forti resistenze degli operatori già presenti sul mercato aprendo le porte ai potenziali concorrenti in grado di garantire competizione, qualità, prezzi contenuti. Vincere tale sfida anche sul mercato dei farmaci potrebbe non essere semplice ma certamente non sarebbe una "prima volta" per l'Unione europea. E neppure l'ultima.

## L'extradizione in uno Stato terzo del cittadino di uno Stato membro. Condizioni di ammissibilità e strumenti alternativi di cooperazione giudiziaria

*di Giampiero Santilli*

**Title:** Extradition to a third state of a member state's citizen. Admissibility requirements and other judicial cooperation measures

**Keywords:** Extradition; Judicial cooperation; Guarantee system.

1. – Nel luglio 2010 veniva diramato dall'Interpol un avviso di ricerca internazionale nei confronti del sig. Aleksei Petruhhin (cittadino estone) il quale, nel settembre 2014, veniva identificato ed arrestato nel territorio della Repubblica di Lettonia ed ivi sottoposto a custodia cautelare. Successivamente la Procura generale lettone autorizzava la sua estradizione, richiesta dall'omologa autorità della Federazione russa, per ivi consentirne l'assoggettamento a procedimento penale in ordine al reato di traffico organizzato di sostanze stupefacenti. L'autorizzazione all'extradizione veniva impugnata dall'interessato invocando l'applicazione dell'art. 1, par. 1 dell'Accordo sull'assistenza giudiziaria siglato nel 1992 tra le Repubbliche di Estonia, di Lettonia e di Lituania, in forza del quale egli rivendicava, in materia di estradizione, il godimento dei medesimi diritti riconosciuti ai cittadini lettoni dallo Stato di appartenenza. La norma richiamata prevede infatti che, in materia di diritti soggettivi, i cittadini di uno Stato aderente all'Accordo debbano ricevere, nel territorio dell'altro Stato contraente, la stessa tutela giuridica garantita ai cittadini di quest'ultimo. Per cui il ricorrente, quale cittadino di uno Stato aderente (la Repubblica di Estonia), chiedeva il riconoscimento in suo favore della medesima protezione accordata ai cittadini lettoni dal diritto processuale nazionale (v. art. 697, c. 2, p.to 1, c.p.p.) che ne vieta l'extradizione verso Paesi terzi.

In via preliminare l'Augstākā tiesa (Corte suprema della Lettonia) svincolava il caso in esame dall'efficacia applicativa del menzionato Accordo sull'assistenza giudiziaria, sottolineando che né il diritto nazionale lettone né alcuno degli accordi internazionali intercorsi tra Lettonia, Russia e altri Paesi baltici contemplassero limitazioni all'extradizione di un cittadino estone in Russia.

La Corte suprema, in ogni caso, poneva ai Giudici di Lussemburgo la diversa questione relativa alla legittimità della concessa estradizione per via del potenziale contrasto con il principio di non discriminazione tra cittadini dell'Unione. In effetti appariva consistente lo squilibrio derivante tra la tutela accordata dal diritto interno ai cittadini dello Stato "richiesto" (destinatario della richiesta di estradizione) e quella non parimenti riconosciuta in favore dei cittadini di altro Stato membro. Lo stesso giudice nazionale rilevava come, dalla possibile lesione dell'art. 18 co. 1 TFUE, potesse discendere, nel caso di specie, una inaccettabile restrizione in pregiudizio del diritto dei cittadini dell'Unione alla libera circolazione tra gli Stati membri. Simili evidenze avrebbero forse consigliato, al di là di quanto concordato negli accordi internazionali, l'estensione del divieto di estradizione –

previsto in favore dei cittadini lettoni – anche a vantaggio di altri cittadini dell’Unione che, nell’esercizio del diritto discendente dall’art. 21, c. 1 TFUE, si trovassero nel territorio della Repubblica di Lettonia.

Parimenti la Corte suprema chiedeva ai Giudici di Lussemburgo se, in caso di diniego dell’applicazione estensiva del divieto, fosse comunque necessario subordinare l’extradizione alla verifica del rispetto – da parte del richiedente Stato terzo – delle garanzie di cui all’art. 19 p.to 2 della Carta di Nizza.

2. – La Corte di Giustizia, in prima udienza, veniva informata dal governo lettone che il sig. Petruhhin – in seguito alla sospensione del procedimento per rinvio pregiudiziale e contestuale revoca della custodia cautelare – aveva lasciato la Lettonia per raggiungere verosimilmente l’Estonia. Ciononostante l’autorità procedente non aveva ritirato il provvedimento di estradizione che, a seguito di impugnazione, restava ancora *sub judice* innanzi all’Augstākātiesa. Di qui la reale possibilità che quel provvedimento, non revocato né sospeso in via cautelare, potesse produrre effetti immediati in caso di nuovo arresto del cittadino estone in territorio lettone. Un siffatto *periculum* conduceva i Giudici di Lussemburgo a riconoscere, in via preliminare, il perdurante interesse alla definizione del procedimento avanti al giudice nazionale il cui esito, in fin dei conti, dipendeva ormai dalla sollecitata pronuncia della Corte circa la conformità, con il diritto dell’Unione, delle norme nazionali poste alla base dell’autorizzata estradizione.

Il Giudice comunitario, d’altro canto, dava atto della rilevanza delle questioni sollevate, ravvisandone il collegamento funzionale con l’oggetto del procedimento principale e – in tale ambito – coglieva l’occasione per meglio precisare l’ordine dei rapporti intercorrente, di regola, tra il giudice *a quo* ed il giudice del rinvio in seno al procedimento di cui all’art. 267 TFUE. Si ribadiva, in particolare, che tale strumento di cooperazione (tra il giudice nazionale e la Corte di giustizia) fosse incardinato sul principio di presunzione della rilevanza del quesito posto, salvo i casi di manifesta estraneità della domanda pregiudiziale rispetto all’oggetto del procedimento principale (cfr. Corte giust., sent. 6-10-2015, causa C-354/14, *Capoda Import-Export*, p.to 25). La qual cosa, nel caso in esame, doveva essere radicalmente esclusa, stante la condivisibile necessità, per la Corte suprema lettone, di pronunciarsi sul ricorso promosso dall’estradatao soltanto dopo la preventiva verifica della legittimità della norma nazionale (l’art. 697, par.2, p.1 del c.p.p. lettone) alla luce delle richiamate norme del Trattato. La contestata norma sull’extradizione – pur rientrando in materia di competenza esclusiva dello Stato membro – finiva in tal modo per essere attratta nell’orbita giurisdizionale del Giudice comunitario, proprio perché, ricadendo nell’ambito del diritto dell’Unione, non poteva sottrarsi al sindacato di conformità richiesto alla Corte (v. Corte giust., sent. 2-3-2010, causa C-135/08 *Rottmann v Freistaat Bayern*, p.to 41).

Oltretutto i Giudici di Lussemburgo, nel caso in commento, ribadivano il proprio potere decisorio per il solo fatto che il soggetto estradatao si fosse recato nel territorio lettone nell’esercizio di una prerogativa tipica dei cittadini dell’Unione (consistente nella libertà di circolare e soggiornare in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza). In tal modo si riteneva integrata una tipica fattispecie riconducibile nel campo di applicazione dei Trattati e, conseguentemente, nella sfera di competenza della Corte.

3. – In ordine al primo quesito, il Giudice comunitario osservava come il divieto di discriminazione ben potesse rappresentare, per il ricorrente, il presupposto della legittima aspettativa al medesimo trattamento riconosciuto dal diritto nazionale ai cittadini del Paese membro in cui si era recato (v. Corte giust., sent. 2-2-1989, causa C-186/87, *Cowan v Trésor public*, p.ti 17, 18, 19). Si trattava dunque di garantire all’interessato di ricevere la stessa protezione assicurata ai cittadini lettoni in caso di richiesta di estradizione proveniente da Paesi terzi, il che avrebbe condotto al diniego della relativa autorizzazione da parte della Procura generale. Viceversa, come rilevato dalla Corte, la concessa autorizzazione aveva dato luogo ad una sostanziale disparità nei suoi confronti in quanto, sebbene proveniente da altro Stato membro, egli risultava meritevole di analoga protezione e tutela (p.to 32 sent.). D’altro

canto l'estradata cittadino estone si era trovato in Lettonia, al momento dell'arresto, nell'esercizio legittimo del diritto di libera circolazione tra Paesi membri, per cui detta disparità veniva a tradursi, come effetto collaterale, in una restrizione alle libertà descritte dall'art.21 TFUE (p.to 33 sent.).

La pregiudiziale rivolta alla Corte si arricchiva di ulteriori implicazioni, in presenza di pregressi pronunciamenti con cui lo stesso Giudice comunitario, ricorrendo determinati presupposti, aveva manifestato una certa propensione a giustificare possibili norme nazionali restrittive delle libertà fondamentali dei cittadini dell'Unione. Nei casi richiamati in sentenza (tra cui Corte giust., sent. 12-5-2011, causa C-391/09, *Runevič-Vardyn e Wardyn*, p.to 88) la Corte aveva salvaguardato il contenuto di tali norme laddove necessarie ai fini del conseguimento di particolari obiettivi che non fossero raggiungibili con misure meno lesive di siffatte libertà (cfr. p.to 38 sent.). Si verteva in ipotesi in cui, ad esempio, la disparità di trattamento veniva ammessa in quanto collegata (e proporzionata) al legittimo scopo perseguito dalla misura da cui discendeva (v. anche Corte giust., sent. 7-3-2017, causa C-390/15, *Rzecznik Praw Obywatelskich*).

Nel caso in esame occorreva verificare, in primo luogo, la congruità della scelta operata dal legislatore nazionale – di vietare l'extradizione dei cittadini lettone – in considerazione dell'intuibile rischio di garantirne in tal modo l'impunità, laddove costoro avessero commesso reati in uno Stato terzo. A detta della Corte, tale rischio poteva ritenersi scongiurato, su iniziativa degli organi competenti, attraverso la possibile attivazione di un meccanismo compensativo contemplato dall'ordinamento giuridico lettone, stante la riconosciuta possibilità – per lo Stato membro richiesto – di perseguire i propri cittadini per reati gravi commessi fuori dal proprio territorio. Tale opzione, per ragioni di incompetenza, doveva viceversa escludersi – determinando una pericolosa “sacca di impunità” – nei casi in cui l'autore del reato, tratto in arresto in territorio lettone, avesse la cittadinanza in altro Stato membro. Nella fattispecie, ricorrendo questa seconda ipotesi, non si ravvisava alcuna diversa soluzione praticabile – per assicurare alla giustizia il cittadino estone – se non quella consistente nella sua estradizione in favore del Paese richiedente. Misura che, pertanto, doveva intendersi congrua e pienamente giustificata in funzione del comune e prevalente interesse all'esercizio dell'azione penale nei confronti di un presunto reo ricercato in ambito internazionale.

4. – La Corte innestava tali argomentazioni in un quadro valutativo più ampio, dominato dal mirabile tentativo di individuare la migliore soluzione possibile per salvaguardare l'interesse tutelato dalla norma nazionale (il contrasto all'impunità dei reati) con il minor pregiudizio per la libera circolazione dei cittadini dell'Unione. In tale direzione veniva individuata una misura alternativa all'extradizione, ritenuta meno lesiva per l'esercizio dei diritti conferiti dall'articolo 21 TFUE, ravvisata nell'ambito degli strumenti di cooperazione giudiziaria tra Stati membri.

L'attenzione convergeva sul mandato d'arresto europeo, ovvero sull'istituto introdotto in ambito comunitario (con decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio) per assicurare la persecuzione dei reati attraverso opportune iniziative di collaborazione e di scambio tra Paesi dell'Unione, all'interno di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia. Lo strumento in questione – diretta espressione dei principi di reciproca assistenza nella lotta alla criminalità – poteva infatti assicurare, nella fattispecie, il raggiungimento di un obiettivo di interesse generale (il contrasto al crimine organizzato) senza interferire su diritti fondamentali dei cittadini europei.

La Corte, in altri termini, manifestava una decisa preferenza per l'attivazione di un rapporto collaborativo tra Paesi membri che – in un caso come quello esaminato – ben poteva realizzarsi tra lo Stato autore dell'arresto e quello di cittadinanza del reo, per consentire al secondo di rivendicare la competenza giurisdizionale sul proprio cittadino (avocando a sé funzioni e poteri altrimenti demandati a Stati terzi). Attraverso una cooperazione interstatale circoscritta all'Unione – dando priorità al mandato d'arresto rispetto alla domanda di estradizione – lo Stato membro ospitante avrebbe garantito la punibilità del cittadino estone sollecitando l'intervento dello Stato d'origine, con minor pregiudizio del suo diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione (p.to 49 sent.).

In tal modo la Corte esprimeva un giudizio di prevalenza degli strumenti di cooperazione giudiziaria tra Stati membri rispetto a quelli (come l'extradizione) derivanti da accordi con Paesi terzi, per cui questi ultimi dovevano rappresentare l'ipotesi residuale nei casi di accertata impossibilità di applicazione dei primi. In particolare, nel caso in commento, una simile impossibilità sarebbe potuta derivare da una eventuale declaratoria di incompetenza ad opera delle autorità estoni laddove queste – in base al diritto interno – fosse interdette nell'esercizio dell'azione penale (avverso il proprio cittadino) per fatti commessi fuori dal territorio nazionale.

5. – Veniva altresì richiesto se, nell'autorizzare l'extradizione, lo Stato membro dovesse comunque verificare che quella misura non fosse pregiudizievole dei diritti riconosciuti dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che vieta l'extradizione verso Stati in cui sia ammessa la pena di morte, la tortura *et similia*). Sul punto il Giudice comunitario confermava il carattere assoluto dell'interdizione operante per misure sanzionatorie contrarie al rispetto della dignità umana, di cui all'art. 1 della Carta (cfr. Corte giust., sent. 5-4-2016, cause C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, p.to 85), con la conseguente inibitoria all'extradizione verso Paesi che ne consentissero l'uso.

Poteva semmai comprendersi la posizione del giudice nazionale nell'esigere chiarimenti sulle modalità della richiesta verifica, ben potendo lo Stato membro richiesto fare affidamento su meri riscontri formali, derivanti – ad esempio – dalla constatata adesione, da parte dello Stato richiedente, alla Convenzione contro la tortura (adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite) o alla CEDU (il cui art. 4 proibisce la comminazione di pene e trattamenti inumani o degradanti).

A tal riguardo i Giudici di Lussemburgo, nel richiamare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Corte EDU, sent. 28-2-2008, *Saadi c. Italia*, p.to 147), ribadivano – ai fini della verifica di che trattasi – l'assoluta insufficienza della constata sottoscrizione, da parte del Paese terzo, di dichiarazioni ovvero di trattati internazionali idonei a garantire, in linea di principio, il rispetto dei diritti fondamentali. Infatti l'eventuale accertamento di tali circostanze non potrebbe escludere il rischio che in quel Paese, al di là delle dichiarazioni di intenti, potessero diffondersi pratiche coercitive contrarie alla dignità umana. Pertanto, nel convincimento espresso dalla Grande sezione – nel caso di estradizione richiesta da uno Stato terzo – lo Stato membro dovrebbe integrare i suindicati riscontri formali con ulteriori elementi di valutazione, soprattutto quando «fonti affidabili» rechino notizia di modalità punitive (promosse o tollerate dalle autorità richiedenti) palesemente contrarie ai principi della CEDU (p.to 57 sent., ove si richiama Corte EDU, *cit.*). Tale *modus procedendi*, a detta della Corte, potrebbe verosimilmente consentire alle autorità competenti dello Stato richiesto di fondare la propria scelta – in ordine alla pervenuta domanda di estradizione – su elementi circostanziati ed attendibili (cfr. p.to 59 *sent.*), in modo tale da circoscrivere il più possibile il rischio di favoreggiamento indiretto (e inconsapevole) di forme repressive a carattere penale contrastanti col preminente interesse alla salvaguardia dei diritti della persona.

## Espulsione del genitore (straniero) e diritti del minore (cittadino): il ruolo della cittadinanza dell'Unione

di Francesco Santolini

**Title:** Expulsion of the parent (third-country national) and rights of the young child (citizen): the role of the EU citizenship

**Keywords:** Citizenship of the EU; Right to reside in the EU; Third-country national parent of a European child.

1. – Con sentenza pronunciata il 13 settembre 2016 (causa C-304/14, *Secretary of State for the Home Department c. CS*), la Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea è tornata ad affrontare il tema della possibilità di espellere dal territorio di uno Stato membro il cittadino di un Paese terzo anche quando tale scelta comporti l'allontanamento del figlio minore di quest'ultimo, cittadino dello Stato membro stesso e quindi anche dell'UE.

La decisione dei Giudici di Lussemburgo è scaturita da un rinvio pregiudiziale circa l'interpretazione dell'art. 20 TFUE sollevato dalla sezione Immigrazione e Asilo (*Immigration and Asylum Chamber*) del Tribunale superiore (*Upper Tribunal*) del Regno Unito. La controversia che lo ha originato è la seguente.

2. – CS, cittadina di uno Stato non appartenente all'Unione europea, nel 2002 ha sposato un uomo britannico; nel settembre 2003, in virtù del matrimonio, ha ricevuto un visto che le ha consentito di entrare legalmente nel Regno Unito e soggiornarvi fino al 20 agosto 2005; nel 31 ottobre 2005 ha ottenuto un permesso di soggiorno a tempo indeterminato. Nel 2011 la coppia ha avuto un bambino, nato nel Regno Unito, il quale ha la cittadinanza britannica.

Nel maggio 2012 CS è stata riconosciuta colpevole di un reato e condannata a una pena detentiva. Essendole stato comunicato che, per tale motivo, avrebbe potuto essere espulsa dal Regno Unito, il 30 agosto 2012 la donna ha presentato domanda di asilo al Ministro dell'Interno, autorità a ciò competente. Nel gennaio 2013 quest'ultimo ha respinto l'istanza e ha deciso di espellere CS dal territorio dello Stato, ai sensi dell'art. 32, par. 5 della legge sulle frontiere.

Il 3 settembre 2013, la sezione Asilo e Immigrazione del Tribunale di primo grado ha accolto il ricorso presentato dalla donna avverso il provvedimento ministeriale. In particolare, la decisione è stata motivata dalla constatazione che l'espulsione di CS avrebbe comportato anche l'allontanamento del figlio, in quanto affidato in custodia alla madre. Ciò avrebbe portato ad una violazione dei diritti del minore, cittadino britannico e quindi anche europeo, garantiti dall'art. 20 TFUE, e in particolare del diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Avverso tale decisione, il Ministro dell'Interno ha fatto ricorso davanti alla sezione Immigrazione e Asilo del Tribunale superiore, sostenendo che il giudice di primo grado fosse incorso in un errore di diritto e che il provvedimento di espulsione non contrastasse con la normativa europea.

Il giudice dell'appello ha, previa sospensione del processo, sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione due questioni pregiudiziali. Innanzitutto, ha chiesto se il diritto UE vieti a uno Stato membro di espellere dal proprio territorio verso un Paese non appartenente all'Unione un soggetto non cittadino europeo che sia il genitore ed effettivo affidatario di un minore cittadino di quello Stato (e quindi anche europeo) quando tale provvedimento comporti per il minore la privazione del godimento effettivo dei diritti che gli spettano in quanto cittadino dell'UE. Qualora la risposta alla prima questione sia negativa, l'*Upper Tribunal* ha domandato quali siano le circostanze in cui il diritto UE consenta l'espulsione e se esse possano essere ricondotte alle previsioni degli artt. 27 e 28 della direttiva CE n. 38/2004 sul diritto di circolazione e soggiorno.

3. – Vediamo ora l'*iter* motivazionale che ha condotto i Giudici di Lussemburgo alla decisione, che si inserisce in un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, di cui daremo brevemente conto in conclusione.

La Corte ha affermato in primo luogo che la direttiva CE n. 38/2004 «relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri», dal momento che si applica «a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell'articolo 2, punto 2 che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo» (art. 3, par. 1 della direttiva stessa), non riguarda il caso in esame. Infatti in esso il minore non sta esercitando il proprio diritto alla circolazione e al soggiorno in Stati europei diversi da quello di cui ha la cittadinanza. Di conseguenza la menzionata direttiva non si applica neanche alla madre che lo ha in carico, poiché i soggetti non cittadini europei ma familiari di cittadini europei godono del diritto di circolare e soggiornare liberamente nell'Unione solo in via derivata, cioè quando esso venga esercitato dall'avente diritto a loro legato da rapporti familiari.

Maggiori problematiche solleva l'art. 20 TFUE. Infatti, come sostenuto anche dalla pregressa giurisprudenza, la situazione in cui verrebbe a trovarsi il figlio di CS è di un certo rilievo per il diritto UE, poiché egli, in quanto cittadino europeo, può avvalersi del suo *status* e dei diritti che da esso derivano, anche nei confronti dello Stato di cui ha la cittadinanza.

La Corte di giustizia ha infatti affermato che esistono situazioni molto particolari, in cui, nonostante un cittadino europeo non stia esercitando il suo diritto alla libera circolazione, un suo familiare privo della cittadinanza UE, a cui teoricamente non dovrebbe essere attribuito – neanche in via derivata – alcun diritto previsto dall'art. 20 TFUE, gode del diritto di soggiorno: si tratta dei casi in cui tale riconoscimento è volto a evitare che, in sua mancanza, il cittadino europeo sia costretto a lasciare il territorio dell'Unione, vedendo di fatto pregiudicato il godimento effettivo e reale del nucleo essenziale dei diritti che gli derivano dalla cittadinanza europea. Queste situazioni, nonostante la disciplina del diritto di ingresso e di soggiorno degli individui non europei spetti in linea teorica ai singoli Stati, rientrano quindi nell'ambito di applicazione dei Trattati.

Pertanto, dal momento che l'espulsione di CS dal territorio britannico avrebbe come conseguenza anche l'allontanamento del figlio minore a lei affidato in custodia, il quale si vedrebbe privato dei diritti che l'art. 20 TFUE gli riconosce in qualità di cittadino europeo, la questione rientra nell'ambito di applicazione del diritto UE.

Il Governo del Regno Unito ha sostenuto che il principio sopra menzionato non trovi applicazione quando il cittadino del Paese terzo commetta un reato, prevalendo in questo caso la tutela dell'ordine pubblico, e che tale esenzione sia riconducibile agli articoli 27 e 28 della direttiva CE n. 38/2004.

La Corte di giustizia ha affermato che l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza possono sì fondare deroghe al diritto di soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari, ma il significato e la portata dei due concetti devono essere determinati in modo restrittivo e non unilateralmente dai singoli Stati, bensì con il controllo delle istituzioni UE. In particolare, per poter costituire motivo di giustificazione di una espulsione, deve sussistere «una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società o dello Stato membro ospitante», che non può automaticamente dedursi dalla mera esistenza di precedenti penali, ma deve essere verificata dalle autorità sulla base di un accertamento in

concreto che consideri tutta una serie di fattori, quali la natura e la gravità dei reati commessi e il grado di pericolosità effettiva.

Inoltre, i Giudici di Lussemburgo rilevano che nella decisione di applicare una motivata eccezione alla regola della libertà di circolazione e soggiorno si deve comunque tenere in adeguato conto anche il diritto al rispetto della vita privata e familiare (enunciato dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) e la preminenza dell'interesse superiore del minore (art. 24, par. 2 della Carta).

4. – L'art. 20 TFUE va pertanto interpretato nel senso che in linea generale uno Stato membro non può prevedere che un cittadino di un Paese terzo che abbia la custodia effettiva di un figlio minore cittadino di detto Stato (e quindi anche dell'Unione) venga espulso dal territorio nazionale ed europeo per il solo fatto di essere stato condannato in sede penale. Una normativa statale che vada in tale senso contrasta con il diritto UE anche se il minore cittadino europeo soggiorna dalla nascita nello Stato membro in questione e non sta esercitando il suo diritto alla libera circolazione.

Questa interpretazione vuole evitare che il minore cittadino europeo sia nei fatti costretto a seguire il proprio genitore e ad abbandonare il territorio dell'Unione, venendo quindi privato del godimento effettivo dei diritti derivanti dalla cittadinanza UE.

Solo in circostanze eccezionali uno Stato membro può adottare una misura di espulsione, ma solo dopo aver compiuto una approfondita valutazione complessiva di tutti gli elementi, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità: da una parte «la condotta personale del soggetto interessato, la durata e il carattere legittimo del soggiorno dell'interessato sul territorio dello Stato membro di cui trattasi, la natura e la gravità del reato commesso, il grado di pericolosità effettiva dell'interessato per la società», dall'altra parte «l'età del minore in parola e il suo stato di salute, nonché la sua situazione familiare ed economica».

Nel caso concreto, la Corte ha quindi affidato al giudice del rinvio, chiamato a decidere in merito al provvedimento di espulsione di CS, il compito di ponderare attentamente tutti gli interessi coinvolti nel caso di specie.

5. – La sentenza oggetto del presente commento si inserisce in un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (Corte giust. UE, sentt. 08-3-2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*; 5-5-2011, C-434/09, *McCarthy*; 15-11-2011, C-256/11, *Dereci e a.*; 8-11-2012, C-40/11, *Ida*; 6-12-2012, C-356/11 e C-357/11, *O. e a.*; 8-5-2013, C-87/12, *Ymeraga e a.*) che ha ampliato la portata dei diritti che scaturiscono dallo *status* di cittadino dell'Unione e dei soggetti che di essi possono godere, sia pure in via derivata (si può vedere, *ex multis*: R. Palladino, *Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, n. 2, 342; R. Calvano, *Cittadini «statici» e diritti diseguali*, in *Giur. cost.*, 2011, 2536 ss.; S. Spinaci, *Le sentenze Zambrano e McCarthy e i nodi irrisolti della cittadinanza europea*, *ivi*, 2542 ss.; C. Berneri, *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quad. cost.*, 2011, 696 ss.; F. Vecchio, *Il caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazioni a rovescio e nuove possibilità di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 1249 ss.).

In passato, infatti, alcuni diritti derivanti dalla cittadinanza europea venivano interpretati restrittivamente. In particolare, si escludeva l'applicazione del «diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» previsto dall'(attuale) art. 20 TFUE e della disciplina che da esso derivava in tutte quelle situazioni in cui non si verificava la circolazione di alcun soggetto da uno Stato membro ad un altro e che, quindi, non presentando carattere transfrontaliero, non producevano effetti al di fuori dello Stato in cui sorgevano. Quando tutti gli elementi del caso si collocavano all'interno di un solo Paese, trovava applicazione la regolamentazione da esso dettata, anche se più restrittiva di quella europea. Conseguenza di tale orientamento era, ovviamente, che nelle situazioni che si svolgevano interamente all'interno di un unico Stato membro il diritto UE non si

applicava neanche ai familiari dei cittadini europei, che invece godevano del diritto a circolare e soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione in virtù di una serie di interventi normativi culminati nella direttiva CE n. 38/2004.

Nel corso del tempo la giurisprudenza europea ha ravvisato elementi di collegamento con il diritto dell'Unione anche in casi all'apparenza solo interni ai rispettivi ordinamenti. Con la citata sentenza *Ruiz Zambrano* (C-34/09), pronunciata l'8 marzo 2011, per la prima volta la Corte, valorizzando il nucleo sostanziale dei diritti che scaturiscono dalla cittadinanza UE, ha affermato il contrasto con l'art. 20 TFUE di quei provvedimenti nazionali che impediscano a un soggetto di godere in modo reale ed effettivo dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione, tra cui non solo il diritto di circolare e soggiornare liberamente in Stati membri diversi da quello di appartenenza ma anche quello di permanere sul territorio di quest'ultimo. Basandosi su queste motivazioni, i Giudici di Lussemburgo hanno ritenuto non conforme al diritto UE l'allontanamento di un cittadino di un Paese terzo che cagioni, come diretta conseguenza, l'abbandono del territorio nazionale (ed europeo) da parte di un cittadino europeo minorenne suo familiare e a lui affidato.

Come precisato successivamente in varie pronunce (tra le più note: Corte giust. UE, sentt. 5-5-2011, C-434/09, *McCarthy*; 15-11-2011, C-256/11, *Dereci e a.*; 8-5-2013, C-87/12, *Ymeraga e a.*), perché l'allontanamento di un soggetto straniero da un Paese membro rientri nell'ambito dell'art. 20 TFUE non basta che sussista un legame familiare tra esso e un cittadino UE, ma occorre che quest'ultimo, a causa della sua tenera età e della circostanza di essere affidato in custodia in via esclusiva al primo, in caso di espulsione del suo familiare si trovi nei fatti costretto a seguirlo e ad abbandonare così il territorio dell'Unione, di cui ha la cittadinanza, e a non poter godere dei diritti sostanziali derivanti dal suo *status*.

Come visto sopra, la sentenza oggetto del presente commento non esclude del tutto la possibilità di deroghe alla regola appena enunciata; esse sono però ammesse solo in casi eccezionali, per garantire altri interessi meritevoli di tutela – quali l'ordine e la sicurezza pubblici – che siano effettivamente in pericolo a causa del comportamento del cittadino dello Stato terzo, e, in ossequio al principio di proporzionalità, sempre tenendo conto anche del superiore interesse del minore.

## Principio di effettività e protezione internazionale del richiedente asilo fra norme europee e disciplina nazionale: la CGUE si pronuncia sul caso *Danqua*

*di Elena Sorda*

**Title:** Principle of effectiveness and asylum seeker's international protection between European and National law: ECJ ruling on the *Danqua* case

**Keywords:** International protection; Principle of equivalence; Principle of effectiveness.

1. – Il 20 ottobre 2016, con la sentenza relativa alla causa C-429/15, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (in avanti: CGUE) si è pronunciata su una questione pregiudiziale in materia di riconoscimento dello *status* di rifugiato e protezione sussidiaria.

La rilevanza della decisione concerne in particolar modo due elementi. In primo luogo, tocca l'applicazione dei principi di equivalenza e di effettività nel rapporto fra disciplina europea e disciplina nazionale, laddove si debba verificare se quest'ultima dia un'attuazione adeguata alle direttive Ue offrendo le tutele dovute ai soggetti che domandano protezione internazionale. In secondo luogo, a livello procedurale, il giudice europeo ha deciso di riformulare il quesito presentatogli al fine di individuare una soluzione al dubbio sollevato.

145

2. – I fatti che hanno originato la pronuncia della CGUE possono essere così sintetizzati.

Nell'aprile del 2010 la signora Danqua, cittadina ghanese arrivata in Irlanda, ha depositato presso le autorità competenti dello Stato europeo una domanda per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, motivato dal pericolo che, qualora fosse tornata in Ghana, sarebbe potuta essere assoggettata a una forma di schiavitù rituale (*trokosi*). Il 9 febbraio 2011 il *Ministry for Justice and Equality* ha però notificato alla richiedente di aver rigettato la domanda, informandola altresì della sua facoltà di depositare un'istanza per ottenere la protezione sussidiaria entro il termine di quindici giorni dalla ricezione della comunicazione.

Il *Refugee Legal Service* (RLS) – cioè l'ente irlandese che, fra le altre cose, si occupa di offrire assistenza legale ai richiedenti asilo e alle persone a cui è intimato un ordine di rimpatrio – aveva fino ad allora assistito la signora Danqua. Una volta ricevuta la comunicazione di rigetto della qualifica di rifugiato, il RLS ha informato la richiedente di non voler procedere con un'istanza per l'ottenimento della protezione sussidiaria, preferendo depositare una domanda di soggiorno per motivi umanitari. Tuttavia, quando anche quest'ultima richiesta è stata rigettata, la signora Danqua, nell'ottobre 2013, ha depositato una nuova domanda, questa volta per la protezione sussidiaria. Il Ministero competente, però, ha rigettato anche quest'ultima istanza, osservando che la stessa non fosse accoglibile per ragioni procedurali: più precisamente perché erano spirati i quindici giorni dalla notifica del rigetto del riconoscimento dello *status* di rifugiato che erano stati indicati come termine utile per depositare la domanda in oggetto.

La signora ha impugnato questa decisione, prima davanti alla *High Court*, poi presso la *Court of Appeal*. In particolare, la donna obiettava che fosse stato violato il principio di equivalenza poiché la disciplina irlandese prevista per il deposito della domanda per ottenere lo *status* di rifugiato non era soggetta ad alcun termine, mentre quella per fare richiesta di protezione sussidiaria era soggetta al termine di quindici giorni lavorativi.

La *Court of Appeal* ha deciso di adire in via pregiudiziale la CGUE, domandando a quest'ultima se «il principio di equivalenza debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una norma procedurale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale assoggetta una domanda volta al riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria ad un termine di decadenza di quindici giorni lavorativi a decorrere dalla notifica, da parte dell'autorità competente, della possibilità, per il richiedente asilo la cui domanda è stata respinta, di presentare una siffatta domanda» (Corte giust., sent. 20-10-2016, C-429/15, *Danqua*, par. 24).

3. – I riferimenti normativi utilizzati dal giudice di Lussemburgo per decidere la questione sono essenzialmente due: la direttiva 2004/83/CE e la direttiva 2005/85/CE. La prima, nota anche come “direttiva qualifiche” definisce in che cosa consista la protezione internazionale e, in riferimento a questa, chi possa essere qualificato come richiedente asilo e richiedente protezione sussidiaria e quali siano i requisiti necessari a tal fine. La direttiva del 2005, invece, è nota come “direttiva procedure” e indica le norme minime che gli Stati membri devono adottare nel disciplinare il procedimento di riconoscimento o revoca della qualifica di rifugiato o di persona ammissibile alla protezione sussidiaria, nonché gli obblighi e i diritti che spettano ai richiedenti (P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Diritti, immigrazione e cittadinanza*, 2008, n. 1, 13).

Per meglio inquadrare la vicenda e comprendere quale sia la portata delle istanze avanzate dalla ricorrente nei confronti delle autorità irlandesi, è bene fare alcune precisazioni.

146

In primo luogo va rilevato che la qualifica di rifugiato o di richiedente protezione sussidiaria rientra all'interno della protezione internazionale (G. Pizzolante, *Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione Europea*, Bari, 2012; C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2013). All'interno dell'Unione europea, la persona che ottiene lo *status* di rifugiato è un cittadino di un Paese terzo (o un apolide) che, nello Stato di origine (o di precedente residenza), corre gravi rischi per la propria incolumità in ragione di fattori quali l'etnia, la razza, la fede, le opinioni politiche o la nazionalità e non può o non vuole avvalersi della protezione di detto Stato a causa dei timori prima menzionati (direttiva 2004/83, art. 2, lett. c) e d). Leggermente diverso è il discorso da farsi per la «persona ammissibile alla protezione sussidiaria»: questa deve essere cittadina di un Paese terzo (o apolide) che, pur non presentando i requisiti necessari per essere considerata rifugiata, qualora tornasse nello Stato di origine (o di provenienza) correrebbe il rischio di subire un grave danno (art. 2, lett. e) e f); la nozione di “danno” viene meglio qualificata nel successivo articolo 15, che menziona fattori quali la condanna a morte o l'esecuzione, la tortura o altra forma di trattamento inumano o degradante.

Il permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, invece, corrisponde a un tipo di protezione residuale e discrezionale, la cui disciplina compete agli Stati in modo autonomo dalla normativa europea. Viene menzionato nel considerando n. 8 della direttiva 2004/83, laddove si afferma che «la presente direttiva non si applica ai cittadini di Paesi terzi o agli apolidi a cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale». In Irlanda si parla di *humanitarian leave to remain*, o anche di *permission to remain*. Possono farne istanza le persone a cui è stata negata la protezione internazionale (nelle forme della protezione sussidiaria o dello *status* di rifugiato) e che hanno già ricevuto una *Notification of Intention to Deport*. Il permesso di soggiorno per ragioni umanitarie viene rilasciato discrezionalmente dal Ministro per la giustizia e l'uguaglianza (*Minister for Justice and Equality*).

4. – La questione sollevata nel giudizio in esame riguarda in modo precipuo la procedura che, alla luce della normativa europea, gli Stati membri sono chiamati ad adottare nell'esaminare le richieste di protezione internazionale: poiché le direttive 2004/83 e 2005/85 non danno indicazioni dettagliate in merito, gli Stati godono di un'ampia discrezionalità nel regolare tali procedimenti. Regolamentazione che, però, dovrà comunque essere sviluppata alla luce dei principi interpretativi cardine dell'Ue.

La signora Danqua prima, e la *Court of Appeal* dopo, avevano manifestato dei dubbi circa la corretta applicazione del principio di equivalenza da parte dell'Irlanda. Quest'ultimo prevede che le modalità di accesso alle tutele previste dalla disciplina europea non siano meno favorevoli di quelle che, a livello nazionale, regolano situazioni analoghe; viste le differenze esistenti (rispetto ai termini di deposito) nelle procedure per ottenere lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, era stato sollevato un dubbio circa la presenza di una illegittima disparità che, di fatto, impediva l'accesso alle tutele previste dalle direttive europee. Tuttavia, nell'esaminare la causa, già l'Avvocato generale Yves Bot nelle proprie conclusioni (pubblicate il 29-6-2016) aveva osservato che – seppure gli Stati membri siano chiamati a implementare le direttive europee nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività (punto 41) – nel caso di specie, a suo parere, la questione non potesse essere correttamente inquadrata all'interno del principio di equivalenza (punti 5 e 49-65 ss. delle conclusioni).

La CGUE ha sostanzialmente abbracciato l'opinione espressa dall'Avvocato generale, rispetto tanto al dovere di implementare entrambi i principi (sent. *Danqua*, par. 29), quanto alla non applicabilità del principio di equivalenza (sent. *Danqua*, par. 35). Quest'ultimo, infatti, presuppone l'esistenza di una disciplina nazionale che sia applicata indistintamente a procedimenti basati sul diritto europeo e su quello interno; nel caso di specie, tuttavia, la normativa irlandese non ha fatto altro che recepire gli obblighi derivanti dalle direttive, mentre «non emerge ... che il diritto irlandese in materia di asilo contenga norme sostanziali nazionali che integrino il diritto dell'Unione» (sent. *Danqua*, par. 34). Insomma, secondo la Corte di Lussemburgo entrambi i procedimenti (per ottenere lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria) sono fondati su due diverse discipline del diritto dell'Unione (e sull'attuazione di obblighi da esso derivanti) e, pertanto, la normativa irlandese non presenta quei requisiti di autonomia e specialità necessari per esaminare la questione alla luce del principio di equivalenza. Detto in altri termini, nel caso in esame il confronto riguardava le norme europee relative allo *status* di rifugiato e a quello di protezione sussidiaria, ma – toccando esse situazioni giuridiche differenti ed entrambe disciplinate dal diritto europeo – non potevano essere oggetto di comparazione alla luce del principio di equivalenza.

Terminata la valutazione rispetto alla non applicabilità del principio di equivalenza, la CGUE ha osservato che – anche qualora il giudice remittente non inquadri la questione pregiudiziale nei parametri corretti – sia suo compito fornire una soluzione interpretativa utile a dirimere la controversia che ha originato il dubbio interpretativo del giudice *a quo*. Ha quindi precisato che, nel caso di specie, questo potesse essere fatto applicando il principio di effettività e, in particolare, valutando se il termine di quindici giorni (che decorrono dal rigetto di un'altra domanda di protezione internazionale) per il deposito di un'istanza di protezione sussidiaria sia sufficiente per poter accedere a tale protezione, oppure se tale onere procedurale renda eccessivamente gravoso l'accesso alla tutela riconosciuta dalla direttiva 2004/83.

Nel valutare la questione pregiudiziale così ridefinita, la CGUE ha utilizzato il ragionamento già adottato nella sentenza *Klausner Holz Niedersachsen* (11-10-2015, causa C-505/14, par. 41), indicando alcuni criteri per verificare il rispetto del principio di effettività da parte della disciplina irlandese. Fra essi rientrano il ruolo svolto dalla norma all'interno dell'*iter* complessivamente considerato in relazione a fattori quali la protezione del diritto di difesa, il principio di certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento. La Corte ha precisato anche che gli Stati membri sono chiamati a individuare dei termini (da applicarsi alle procedure nazionali per il riconoscimento della protezione internazionale) la cui durata rispecchi la rilevanza delle decisioni, la complessità dei processi e della disciplina interna, il numero di soggetti coinvolti e gli interessi privati e pubblici toccati.

Valutando tutti questi fattori, la CGUE ha ritenuto che il termine di quindici giorni lavorativi indicato dalla legge irlandese non tenga in adeguata considerazione né le difficoltà in cui possono incorrere i soggetti intenzionati a presentare la richiesta di protezione sussidiaria,

né l'impatto che l'ottenimento di siffatta tutela ha sulla vita dei richiedenti, specie per quanto concerne l'accompagnamento coatto alla frontiera. Ha aggiunto, infatti, che il breve termine previsto non potesse essere giustificato nemmeno dalle procedure previste per il rimpatrio del richiedente, giacché la *ratio* che sorregge il termine stesso non è collegata a quest'ultimo procedimento, ma solo all'esame della domanda per ottenere la protezione internazionale. Insomma, il giudice irlandese è chiamato a ritenere il periodo di quindici giorni contrario al principio di effettività, giacché esso non appare giustificato e rende particolarmente oneroso l'ottenimento della tutela prevista dalle direttive 2004/83 e 2005/85.

L'interpretazione della CGUE sulla corretta applicazione del principio di effettività evidenzia la necessità di fornire adeguate tutele ai richiedenti protezione internazionale, tenendo conto della loro peculiare posizione di debolezza e degli interessi coinvolti e, nel fare ciò, dà importanti indicazioni non solo alla Corte d'Appello remittente, ma anche al legislatore irlandese e, più in generale, a quelli degli altri Stati membri.

La sentenza sul caso *Danqua* è la quarta pronuncia emessa dalla Corte di giustizia in materia di diritto irlandese e interpretazione delle direttive 2004/83 e 2005/85. I precedenti hanno toccato il diritto del richiedente protezione internazionale a essere ascoltato (sent. 22-11-2012, causa C-277/11), il diritto ad avere un mezzo di impugnazione efficace (sent. 31-1-2013, causa C-175/11) e il diritto a una buona amministrazione (sent. 8-5-2014, causa C-604/12); si noti che, anche nel punto 41 di quest'ultima decisione, la CGUE aveva espressamente affermato il dovere, posto in capo agli Stati membri, di attuare le direttive del 2004 e del 2005 alla luce dei principi di effettività ed equivalenza. Un quinto caso (causa C-560/14) è stato deciso il 9 febbraio 2017 – quindi dopo la pubblicazione della pronuncia qui commentata – e ha esaminato la portata del diritto del richiedente protezione sussidiaria a essere ascoltato.

La pronuncia sul caso *Danqua* rappresenta un altro importante tassello, non solo rispetto ai rapporti fra Ue e Irlanda, ma anche – e in termini più generali – rispetto alla giurisprudenza che il giudice di Lussemburgo e la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) stanno sviluppando (ognuno nella propria sfera di competenza) in materia di asilo e tutela dei migranti, portando alla costruzione di una sorta di disciplina-quadro europea in materia (v. in questo senso anche il *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e Consiglio d'Europa, 2014).

Inoltre, il fatto che il giudice di Lussemburgo abbia deciso di modificare il contenuto della questione pregiudiziale, valutando la stessa alla luce del principio di effettività, piuttosto che quello di equivalenza, non è da ritenersi insolito. Infatti, seppure l'art. 267 TFUE (relativo al rinvio pregiudiziale) non preveda espressamente che la Corte di giustizia abbia la facoltà di riformulare la questione sottoposta, il Giudice di Lussemburgo ha in più occasioni operato in tal senso nell'alveo di una volontà di cooperazione fra Corti (in questo senso si veda anche il par. 36 della sentenza *Danqua* e i precedenti ivi citati). Cooperazione (o collaborazione) che, peraltro, è stata dedotta anche dall'Avvocato generale Ives Bot nelle conclusioni generali, quando per prima ha suggerito l'opportunità di esaminare il caso *Danqua* alla luce del più appropriato principio di effettività (punti 7, 46 e 47). Come precisato anche in dottrina (K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *Eu Procedural Law*, Oxford, 2014, 69 ss.), quando la CGUE viene adita attraverso un rinvio pregiudiziale, sebbene – come noto – non possa pronunciarsi sulla conformità di una norma nazionale al diritto europeo e neppure possa essere chiamata a interpretare la disciplina interna dello Stato membro, può tuttavia riformulare il quesito presentandolo in modo tale da fornire un'interpretazione delle norme europee idonea a risolvere il caso concreto. Questa prerogativa è stata espressamente affermata dalla CGUE anche nella sentenza emessa il 18 luglio 2013, nella causa C-136, *Consiglio nazionale dei geologi c. Autorità garante della concorrenza e del mercato* (R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, testo provvisorio della relazione al Convegno sul tema *Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti Supreme Nazionali e le Corti di Strasburgo e Lussemburgo*, 28 e 29-10-2014, disponibile su [www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/23\\_ottobre\\_relazione\\_Conti.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/23_ottobre_relazione_Conti.pdf), spec. 5 ss.).

## ***Selfie con Merkel? Diffamazione, hate speech, fake news e responsabilità dei social networks: un difficile bilanciamento***

*di Elisa Bertolini*

**Title:** *A selfie with Merkel? Defamation, hate speech, fake news and ISPs liability: a difficult balance*

**Keywords:** Defamation; Hate speech; Fake news.

1. – Il presente contributo si propone di fornire un breve commento alla sentenza del *Landgericht* di Würzburg (11 O 2338/16 UVR) del 7 marzo 2017.

La sentenza in esame è di notevole interesse in quanto va a toccare alcune delle maggiori criticità connesse alla attività dei *social networks*: la proprietà delle immagini caricate su queste piattaforme e l'uso che ne viene fatto, la diffamazione, l'*hate speech* e la diffusione di *fake news* e infine la responsabilità delle piattaforme stesse. Il fenomeno delle *fake news*, in particolare, ha assunto proporzioni preoccupanti negli ultimi mesi – ancora di più quando connesse all'*hate speech* –, in relazione alla recente campagna elettorale statunitense e a quelle in corso (principalmente in Francia e Germania). Queste criticità vanno poi a inserirsi nella difficile qualificazione della tipologia di attività svolta dai *social networks* – momento chiave per poter poi delineare il regime di responsabilità cui assoggettarli – e nel più generale vuoto normativo (causato dal connubio tra inerzia del Legislatore e oggettiva difficoltà a regolamentare fenomeni e attività così tecnicamente complessi) che continua a caratterizzare la materia e che rende l'utente debolmente tutelato quando si trova ad agire, volontariamente o anche involontariamente, su queste piattaforme. Nuovamente dunque il legislatore insegue e la giurisprudenza tenta di fornire linee guida, non sempre soddisfacenti.

2. – Il caso deciso dal *Landgericht* di Würzburg si è originato dal ricorso di un profugo siriano, Anas Modamani, contro Facebook, al fine di ottenere una ingiunzione per la identificazione e la rimozione di tutti i contenuti pregiudizievoli alla sua integrità personale, in quanto falsi (*fake news*) e veicolatori di odio (*hate speech*).

Nel 2015, Modamani, poco dopo il suo arrivo sul territorio tedesco, aveva scattato un *selfie* con la cancelliera tedesca Merkel e l'immagine, ripresa da un fotografo di una agenzia di stampa, era presto diventata virale in rete, quale simbolo della politica di Merkel nei confronti dei rifugiati. Successivamente, però, la medesima immagine ha iniziato a essere utilizzata da gruppi di estrema destra su differenti *social networks* in connessione agli attentati di Bruxelles, di Berlino e infine per l'attacco mortale a un senzatetto, sempre a Berlino; di tutti questi fatti Modamani veniva indicato come uno dei responsabili. L'uso improprio della foto era poi accompagnato da titoli sensazionalistici veicolanti messaggi d'odio. La foto, continuamente connessa alle false notizie, è stata periodicamente rilanciata su Facebook, in particolare, e Twitter, causando notevole pregiudizio alla reputazione del ricorrente.

3. – Il ricorso al *Landgericht* mirava dunque a tutelare la personalità di Modamani e proteggerla dall'ulteriore pregiudizio rappresentato dalla continua circolazione del *selfie* nel contesto di *fake news* e *hate speech*. L'unico strumento idoneo al raggiungimento del risultato poteva essere, secondo il ricorrente e il suo legale, il diretto intervento di Facebook nella rimozione dei contenuti. Quando si parla di diretto intervento ci si riferisce a una azione che il *social network* dovrebbe prendere di propria iniziativa e non, contrariamente a quanto previsto dalle sue *guidelines*, su segnalazione degli utenti.

Nella sentenza del 7 marzo, il giudice Seipel si è espresso contro l'ingiunzione, motivando la propria decisione con il fatto che Facebook, non avendo in alcun modo manipolato il contenuto (l'immagine), non potesse essere ritenuto giuridicamente responsabile della sua distribuzione. Il secondo fondamento è invece da rintracciarsi nella direttiva *ecommerce*, secondo la quale un *hosting provider* può essere ritenuto responsabile per la mancata eliminazione di un contenuto dal proprio sito solo qualora detta eliminazione sia tecnicamente possibile.

Affermando la impossibilità tecnica per Facebook di procedere alla rimozione non tanto della immagine in sé, quanto di tutte le sue condivisioni, il giudice ha così accolto la tesi della difesa, che di questa impossibilità aveva fatto il punto centrale.

4. – Seppure dunque il giudice Seipel abbia riconosciuto la seria implicazione che il caso in questione aveva in termini di diritti della persona nella sfera digitale, è indubbio che la sentenza non abbia marcato un significativo passo avanti nella tutela degli utenti: garantista del ruolo di Facebook e del modello di *business* che esso rappresenta, ma con troppe questioni problematiche che rimangono ancora aperte e forse meritavano una più profonda riflessione.

Le contromisure che Facebook è tenuto a intraprendere al fine di tutelare la *privacy* e la dignità della persona dipendono dalla normativa applicabile, la quale a sua volta dipende da come è qualificata l'attività svolta da Facebook. Il nodo che ancora non è stato sciolto, e che è all'origine della difficoltà nel tutelare in maniera effettiva l'utente di queste piattaforme, riguarda proprio la natura del servizio da loro offerto e dunque la chiara individuazione delle loro responsabilità. Tutto ciò rileva al fine di comprendere se la normativa tedesca a tutela della integrità personale dell'individuo possa essere applicata a una piattaforma di *social network*.

La questione sottende poi un'altra problematica, quella legata alla proprietà dell'immagine ritraente Merkel e il ricorrente. Il caso si è infatti originato senza il concorso del ricorrente. Nonostante il *selfie* ritraesse il ricorrente, non è stato lui direttamente a caricarlo sulle piattaforme di *social networking*. Non a caso, l'immagine che circola è la fotografia del *selfie* e non il *selfie* stesso. In merito alla pubblicazione di immagini ritraenti terzi, Facebook nelle proprie *guidelines* insiste sulla necessità del consenso dell'interessato, ipotizzando situazioni di ordinaria quotidianità. In questo caso, però, l'immagine risultava degna di interesse (e dunque di diffusione) non naturalmente per la presenza del ricorrente, quanto per quella della cancelliera Merkel, una figura pubblica di interesse generale, indi per cui la sua circolazione rientra a tutti gli effetti nel diritto di cronaca.

Se dunque il ricorrente non ha potuto esercitare alcun controllo iniziale sulla circolazione dell'immagine, è opportuno focalizzarsi sugli strumenti in suo possesso a tutela della sua *privacy* e della sua integrità personale a fronte di utilizzi impropri di un contenuto legittimamente diffuso e non in sé pregiudizievole.

Per quanto concerne la protezione dei diritti di terzi, si deve fare riferimento alla *Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità* che disciplina il comportamento dell'utente e quello di Facebook. Al punto 5, Facebook si impegna a rispettare e proteggere i diritti di terzi e si aspetta che gli utenti facciano lo stesso. Più precisamente, il punto 5.1 vieta la pubblicazione così come qualunque azione che costituisca una violazione dei diritti di terzi o delle leggi vigenti, mentre il punto 5.2 afferma il diritto di rimozione di Facebook, il quale si riserva di rimuovere tutti i contenuti o le informazioni che gli utenti pubblicano nei casi in cui si ritenga che violino la *Dichiarazione*.

Ciò che dunque viene in rilievo è in quali casi e attraverso quale meccanismo scatti l'intervento di Facebook e l'esercizio quindi del diritto a vedere rimosso il contenuto

pregiudizievole. È la segnalazione dell'utente che ritiene di aver subito una violazione dei propri diritti che attiva la procedura di rimozione.

Il ricorrente si era infatti rivolto a Facebook in prima battuta al fine di ottenere la rimozione del contenuto. Per quanto Facebook abbia rilevato come la prima pubblicazione dell'immagine non costituisse di per sé una violazione delle *guidelines* degli utenti, ha comunque provveduto a disabilitare l'accesso al contenuto segnalato quale lesivo dei diritti del ricorrente. Disabilitare l'accesso del contenuto non implica necessariamente cessazione del pregiudizio, in quanto non va a incidere sulle condivisioni del contenuto stesso che ne permettono la continua circolazione. E l'impossibilità tecnica lamentata da Facebook, e accolta poi dal giudice di Würzburg, riguarda proprio l'intervento che dovrebbe essere effettuato su ogni singola condivisione del contenuto. Naturalmente il ricorrente ha contestato questa impossibilità, suggerendo che Facebook sarebbe invece perfettamente in grado di monitorare le attività di tutti i suoi utenti e di intervenire di conseguenza. In effetti non sarebbe concretamente impossibile immaginare un intervento sull'algoritmo che regola la pubblicazione di contenuti e soprattutto la condivisione che, nel caso in esame, si è rivelato essere il centro della questione.

Il possibile intervento sull'algoritmo, però, non è comunque esente da profili problematici, non solo dal punto di vista tecnico, ma anche giuridico: qualora Facebook ponesse in essere un simile intervento, la sua attività ne sarebbe modificata? Rimane comunque che un simile intervento sarebbe da attuarsi *ex post*, sempre a fronte di una segnalazione da parte degli utenti, al fine di mantenere inalterato il presente regime di responsabilità che non grava su Facebook, bensì sugli *users*.

La difesa di Facebook, oltre alla summenzionata impossibilità tecnica, si poggiava su un altro punto nodale: il caso in questione non riguarderebbe propriamente la violazione dei *community standards* ma la diffamazione. Conseguentemente, la responsabilità ricadrebbe ancora una volta non su Facebook quanto sugli utenti che hanno condiviso l'immagine del ricorrente. In aggiunta, Facebook ha rilevato come abbia provveduto alla rimozione delle immagini quando segnalata come diffamatoria, insistendo nuovamente sulla impossibilità di agire direttamente e sulla necessità che siano gli utenti a segnalare l'immagine come tale. Il ricorrente aveva inoltre, senza successo, richiesto a Facebook di procedere con la identificazione di tutti gli utenti che avessero apposto il "mi piace" al contenuto diffamatorio.

In ogni caso, non ci si può esimere dal sollevare un'altra questione. Il fatto che Facebook si attenga al rispetto delle proprie *guidelines* rappresenta solo una parte del problema, perché non esaurisce la questione. Rimane infatti aperto il rapporto con la normativa tedesca, laddove è la stessa *Grundgesetz* a garantire il diritto al libero sviluppo della persona, comunemente intepretato come includente il diritto alla *privacy* e alla determinazione di quanto di sé debba e possa apparire in pubblico.

Ancora una volta, dunque, ciò che viene in rilievo è nuovamente il regime di responsabilità da applicarsi ai gestori di piattaforme di *social networking* quali Facebook, la cui attività si caratterizza per essere quella di intermediario, completamente neutrale rispetto al contenuto veicolato. La neutralità esclude la possibile responsabilità, che viene invece a ricadere sui singoli utenti che utilizzano la piattaforma. Inoltre, la neutralità risulta accentuata dal fatto che Facebook non intervenga in alcun modo a modificare i contenuti caricati e diffusi dagli utenti.

5. – Infine, *last but not least*, rimane la problematica connessa a *hate speech* e *fake news*.

Circa il primo punto, il divieto posto in essere dalla normativa tedesca alla pubblicazione di commenti sediziosi non risulta essere invocabile nel caso in esame, nuovamente in ragione della peculiarità della attività svolta da Facebook e dal regime di responsabilità che da essa deriva.

Il caso in esame non è stato il primo in cui si è tentato di fare valere la responsabilità di Facebook per *hate speech*. Il legale di Modamani aveva infatti già intentato un'altra causa contro Facebook presso il *Landgericht* di Amburgo, ma senza alcun successo. Anche il tribunale di Amburgo, come ha poi fatto quello di Würzburg, si era espresso a favore della non responsabilità di Facebook per il contenuto veicolato, anche se di natura sediziosa.

Nuovamente a fondamento della decisione si trova la impossibilità tecnica per Facebook di procedere a interventi diretti a fronte della quantità di contenuti diffusi e condivisi.

Da questi due casi emerge dunque l'impossibilità di ritenere le piattaforme di *social networking* come responsabili della diffusione di contenuti di *hate speech* sulla base della normativa vigente.

Il BMJ (*Bundesministerium der Justiz*) ha più volte espresso le proprie perplessità di fronte alla difficoltà, se non impossibilità, di combattere il fenomeno e si è espresso a favore di una modifica del regime attuale, evidenziando la necessità che le piattaforme di *social networking* siano anch'esse soggette a un regime di responsabilità per la pubblicazione di contenuti di *hate speech*. Proprio a tal fine il governo federale ha messo in piedi una *task force* che riunisce rappresentanti di Facebook, Google e Twitter al fine di valutare quanto tempo e quante risorse siano necessarie alle piattaforme per procedere alla rimozione di tutti i contenuti segnalati come *hate speech*. Contestualmente il governo sta lavorando a una proposta di legge che obbligherebbe Facebook e gli altri *social network* a rispondere ai reclami e cancellare i contenuti in questione nel giro di 24 ore, pena il pagamento di sanzioni.

Relativamente alle *fake news*, Facebook ancora non ha sviluppato un sistema di contrasto, avendo il fenomeno iniziato ad assumere dimensioni preoccupanti solo recentemente. Per il momento Facebook si sta appoggiando, in alcuni Paesi, ad agenzie di stampa e testate giornalistiche al fine di verificare le notizie ed evitare la pubblicazione di quelle false. Chiaramente limitarsi a una contromisura di tal genere è piuttosto insoddisfacente, in quanto poco idonea a contrastare in maniera efficace un fenomeno così dilagante. Tuttavia, non è affatto scontato che misure più incisive siano percorribili, non solo dal punto di vista tecnico, quanto in termini di compatibilità con il modello di servizio e di *business* rappresentato dalle piattaforme di *social networking*.

La soluzione che raggruppa maggiori sostenitori, soprattutto in termini di fattibilità tecnica, è quella di istituire dei filtri che impediscano alle notizie non verificabili e attendibili di venire pubblicate. I meccanismi di filtro non sono una novità nel panorama della rete; i regimi che maggiormente la imbrigliano si servono comunemente di essi al fine di più efficacemente comprimere la libertà di espressione. Se dunque i filtri sono efficaci e concretamente realizzabili, ci si deve chiedere quale sia la ragione che ne osti l'adozione da parte delle piattaforme di *social networking*. Come poc'anzi rilevato, il problema si sposta a questo punto su un altro piano, chi effettivamente dovrebbe/potrebbe incaricarsi di porre in essere il meccanismo di filtro. Tralasciando in questa sede l'opzione di soggetti privati, rimane quella di incaricare direttamente i gestori delle piattaforme, con il conseguente snaturamento di quella che è la loro attività. I filtri sono un meccanismo di controllo *ex ante*, dunque realizzano un controllo contenutistico prima della pubblicazione, inserendo così nel circuito della responsabilità coloro che pongono in essere detto meccanismo. Le piattaforme di *social networking*, però, non prevedono questo tipo di controllo in quanto il regime di responsabilità vigente si basa sugli utenti e non sui gestori. I gestori delle piattaforme non sono gli autori del contenuto e non intervengono neppure nel manipolarlo, sono pertanto dei meri intermediari, neutrali rispetto a quanto pubblicato. I responsabili del contenuto pubblicato e veicolato sono gli utenti e i gestori intervengono solo a fronte di segnalazioni precise da parte degli utenti stessi. Spostare dunque la responsabilità dagli utenti in capo ai gestori non sarebbe una opzione scevra di conseguenze; tutt'altro, implicherebbe la completa trasformazione del loro modello di *business*. Essere responsabile dei contenuti, intervenire su di essi selezionando esclusivamente quelli idonei alla pubblicazione implica adottare una linea editoriale. E la linea editoriale non è usualmente associata a piattaforme che svolgono il tipo di servizio di *social networking* e dunque si attuerebbe uno spostamento di attività e conseguentemente di responsabilità. Questo problema non cambia se il sistema di *filtering* viene previsto per via legislativa o di autoregolamentazione delle piattaforme stesse. Il tutto senza dimenticare la difficoltà che presenta la definizione di criteri chiari, oggettivi e uniformi. Il *filtering* si pone sulla linea di confine della censura e, non a caso, è il primo pilastro su cui si fonda qualsiasi sistema censorio della rete.

Si è precedentemente affermata la fattibilità tecnica dei meccanismi di filtro, sulla base del fatto che sono attuati in molte realtà. È pur vero, però, che la scala su cui sono adottati i filtri è considerevolmente ridotta rispetto a quella su cui si trovano a operare piattaforme

quali Facebook o Twitter. L'Internet cinese, dove il *filtering* è uno dei pilastri del potente apparato censorio, non è propriamente un Internet quanto una gigantesca rete intranet in cui gli omologhi indigeni di Facebook, Twitter, YouTube (solo per citarne alcune) nascono già predisposti al *filtering* e al *blocking* dei contenuti.

6. – Il continuo evolversi delle potenzialità di veicolazione di contenuti offerte dalla rete Internet e in particolare dai *social networks* pone continuamente nuove sfide alla qualificazione giuridica delle attività e soprattutto alle garanzie che possono concretamente essere offerte agli utenti che agiscono nell'arena digitale. L'idea originaria della neutralità della rete e il suo dover essere un *forum* di libero scambio di idee e notizie è sempre più compromessa dalla sete di sensazionalismo, di protagonismo e di visibilità che pongono in essere violazioni sempre maggiori dei diritti degli utenti. E ancora più difficile diventa trovare un bilanciamento tra il rispetto della identità della rete e di ciò che rappresenta e la garanzia dei diritti degli utenti, difficoltà poi amplificata dalla complessità tecnica che caratterizza la rete in sé così come le attività e i servizi offerti dagli operatori di settore.



## La tauromachia come arena di scontro sulle competenze nell'*Estado autonómico*. A prima lettura della sentenza del Tribunal Constitucional n. 177/2016

di Francesco Emanuele Grisostolo

**Title:** Tauromachy as battlefield on competences in the Spanish Regional State. Decision no. 177/2016 of the Tribunal Constitucional

**Keywords:** Bullfight; Catalonia; Immaterial Cultural Heritage.

1. – Sono passati ormai più di cinque anni da quando, il 25 novembre 2011, nella *plaza de toros* di Barcellona nota come *La Monumental*, si è tenuta quella che tutti ritenevano sarebbe stata – e forse rimarrà – l'ultima corrida della storia della Catalogna (la cronaca *Última corrida de toros en la Monumental de Barcelona*, in *La Vanguardia*, 25 novembre 2011, parla di circa 20.000 spettatori). Con il 1° gennaio 2012 sarebbe infatti entrato in vigore il relativo divieto, introdotto dall'art. 1 della Legge n. 28/2010 della Catalogna.

La sentita partecipazione all'evento rende bene l'idea di quello che oggettivamente rappresenta la tauromachia per la Spagna e perché la corrida sia sopravvissuta a secoli di tentativi di abolizione, dimostrando il proprio radicamento nella cultura popolare (v. T.R. Fernández Rodríguez, *La ordenación legal de la fiesta de los toros*, in *Revista de Administración Pública*, 155, 1988, 31 ss. e, da una prospettiva più storica, A. Sánchez-Ocaña Vara, *Las prohibiciones históricas de la fiesta de los toros*, in *Arbor*, 189 (763): a074). Si spiega così anche come la questione che qui si commenta sia potuta divenire un punto di scontro nel quadro già teso dei rapporti fra lo Stato e la *Generalitat de Catalunya* (v. J. Tudela Aranda, *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*, Madrid, 2016, part. 209 ss.).

Prima di dar conto della sentenza del *Tribunal constitucional* (STC 177/2016, del 20 ottobre), è opportuno riepilogare brevemente i provvedimenti autonomici e statali che si sono fronteggiati in materia (sui quali, v. anche F. Laus, *La tauromachia nella recente legislazione spagnola: un bene immateriale del patrimonio culturale da valorizzare e tutelare*, in *Aedon*, 2, 2015).

2. – Gli interventi normativi della Catalogna, volti a limitare (prima) e a proibire (poi) la *fiesta de toros*, si basano precipuamente su due titoli di competenza legislativa, previsti dallo statuto. Tale fonte riveste un ruolo essenziale nel sistema spagnolo in cui l'autonomia è riconosciuta prima di tutto come un diritto (art. 2 Cost.) e lasciata dunque – in ossequio al c.d. principio dispositivo – alla disponibilità dei titolari del diritto stesso, le «nazionalità e regioni» della Spagna, con il limite del principio di unità dello Stato e di solidarietà fra le stesse: le competenze delle costituite Comunità autonome non sono state dunque predeterminate dalla Costituzione, che si limita, in partenza, a definire su quali materie esse «potranno» assumere competenza (art. 148 Cost.; v. J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 2014, 786 ss.). Sono gli statuti, formalmente leggi organiche emanate

dal Parlamento statale, che danno radici concrete e definite alla forma di Stato, stabilendo le competenze della singola Comunità (v. J.M. Porráz Ramírez, *Las reformas estatutarias y el nuevo sistema autonómico de fuentes del Derecho*, Madrid, 2007, 15).

Nel caso di specie vengono in rilievo le competenze legislative esclusive della Catalogna in materia di «protezione degli animali» (art. 116.1, lett. d, St. Catalogna) e di «gioco e spettacoli» (art. 141-3 St. Catalogna). In effetti, tutti gli interventi limitativi della *corrida* sono stati adottati all'interno di leggi generali di protezione degli animali:

- la legge 3/1988, del 4 marzo, «di protezione degli animali», all'art. 4 proibisce «l'uso degli animali in spettacoli, lotte o altre attività se queste possano procurare loro sofferenze, se possono essere oggetto di derisione o trattamenti innaturali, o anche se possano ferire la sensibilità delle persone che assistono», con l'eccezione: a) della *fiesta de toros* in quelle località dove, al momento di entrata in vigore della presente legge, esistano arene costruite per celebrare detta manifestazione; b) le manifestazioni con vitelli (*corre-bous*) nelle date e nelle località dove tradizionalmente si celebrano (tutte le traduzioni dallo spagnolo sono nostre);
- la legge 22/2003, del 4 luglio, «di protezione degli animali», all'art. 6 aggiunge il divieto di partecipazione per i minori di quattordici anni e, con riferimento ai *corre-bous*, specifica che è proibito recare danno agli animali;
- la legge n. 28/2010, del 3 agosto – oggetto della pronuncia in commento – novella il «Testo unico (*refundido*) della legge di protezione degli animali» (decreto legislativo 2/2008, del 15 aprile), caducando l'eccezione fatta dalle leggi precedenti e aggiungendo nell'elenco delle manifestazioni espressamente proibite, alla lett. f), «le corride dei tori e gli spettacoli con tori che includano la morte dell'animale e l'applicazione delle *suertes de la pica*, delle *banderillas* e della spada, così come gli spettacoli taurini di ogni genere che abbiano luogo dentro o fuori delle arene». Viene fatta salva soltanto l'eccezione relativa ai *corre-bous*.

Non si può escludere che tale legge abbia assunto anche un significato politico di rifiuto nei confronti delle manifestazioni legate al toro, come animale-simbolo dell'identità spagnola, in una logica prettamente autonomista (ipotesi ripresa da F. Laus, *op. cit.*, § 2). Vero è anche però che il provvedimento è stato approvato sulla base di un'iniziativa legislativa popolare e a seguito di un approfondito dibattito assembleare, che ha visto l'audizione di un ampio numero di esperti (scienziati, filosofi, giuristi, etc.): tutto ciò permette di inserire la legge in un ben preciso quadro ideologico riferibile al movimento ecologista e animalista, di cui è dato ampio conto anche nel preambolo (v. A. Mulà Arribas, *Ética animal. La iniciativa legislativa popular de abolición de las corridas de toros en Cataluña*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 2010, 27 ss.).

In ogni caso, la legge 28/2010 è stata impugnata di fronte al *Tribunal constitucional* da parte di un gruppo di più di cinquanta senatori del *Partido popular*.

Speculari rispetto all'itinerario legislativo descritto sono state le scelte politiche operate a livello centrale.

La prima legge in materia, preceduta da normative di rango regolamentare, è la legge 10/1991, del 4 aprile: si tratta essenzialmente di una legge di ordine pubblico fondata sulla competenza statale relativa alla «sicurezza pubblica» (art. 149.1.29 Cost.), che detta alcune fondamentali norme di polizia amministrativa sopra le corride (poi dettagliate con il c.d. Regolamento “taurino” del 1996). Relativamente marginale in questo quadro la disposizione contenuta nell'art. 4, secondo la quale «l'amministrazione dello Stato potrà adottare misure destinate a promuovere o proteggere [la tauromachia] con attenzione alla tradizione e al vigore culturale della *fiesta de los toros*». Non si tratta evidentemente di una rivendicazione competenziale dello Stato in grado di porre in discussione il riparto delle competenze legislative in materia di cultura.

Tutt'altro discorso deve farsi per la legge 18/2013, del 2 novembre, adottata direttamente in risposta alla legge catalana di proibizione delle corride e pendente il ricorso sulla stessa. La dottrina più sensibile al tema della tauromachia ha salutato questa legge come una rivoluzione copernicana nella normativa in materia, in quanto si distacca per la prima volta dalla logica della garanzia dell'ordine pubblico per sposare pienamente quella – ritenuta più adatta – della protezione del patrimonio culturale immateriale spagnolo in una

delle sue precipue manifestazioni, sulla base della competenza legislativa esclusiva prevista dall'art. 149.1.28, «Difesa del patrimonio culturale, artistico e monumentale spagnolo contro l'esportazione e la spogliazione», e della competenza di cui all'art. 149.2, secondo il quale «senza pregiudizio per le Comunità Autonome, lo Stato considererà il servizio della cultura come dovere e attribuzione essenziale e faciliterà la comunicazione culturale tra le Comunità Autonome, d'accordo con le stesse» (v. J.A. Carrillo Donaire, *La protección jurídica de la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2015). Essa fornisce anche una prima definizione normativa della tauromachia, intesa come «il complesso delle conoscenze e attività artistiche, creative e produttive, inclusi l'allevamento e la selezione del toro da combattimento, che convergono nella moderna corrida e l'arte di combattere, espressione rilevante della cultura tradizionale del popolo spagnolo. Per estensione, si ritiene compresa nel concetto di tauromachia ogni manifestazione artistica e culturale legata alla stessa» (art 1).

Stabilisce poi che la tauromachia forma parte del patrimonio culturale degno di protezione in tutto il territorio nazionale, in accordo con la normativa applicabile e con i trattati internazionali sulla materia (art. 2): il riferimento è chiaramente alla *Convenzione per la Salvaguardia del Patrimonio Culturale Immateriale*, adottata in ambito UNESCO nel 2003. Si afferma, quindi, conseguentemente la competenza statale a garantire la conservazione e la promozione della tauromachia (art. 5).

Quest'ultima legge (e il suo preambolo) possono essere pienamente compresi solo alla luce del ricorso nei confronti della legge catalana pendente al momento della loro approvazione e costituiscono per certi versi quasi una *reivindicatio competentiae* da parte del legislatore statale e un apposito "appoggio" normativo nei confronti delle tesi prospettate dai ricorrenti. A tacere dei titoli competenziali sui quali la legge afferma di fondarsi (sui quali ci si soffermerà oltre), sono rilevanti a questi fini:

- i costanti richiami ai diritti di rango costituzionale che la normativa sarebbe volta a tutelare (e quindi, implicitamente, violati dal divieto della Catalogna) – cioè le libertà di pensiero e di espressione, nonché di creazione letteraria e artistica – e ai doveri dei pubblici poteri di promuovere e tutelare l'accesso alla cultura (art. 14 Cost.) e garantire la conservazione del patrimonio storico, culturale e artistico (art. 46 Cost.), (sull'asserita illegittimità della legge catalana per violazione dei diritti fondamentali v., ad esempio, G. Doménech Pascual, *La prohibición de las corridas de toros desde una perspectiva constitucional*, in *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, 12, 2010, p6p. 16 ss.);

- il riferimento alla primaria rilevanza economica del settore operato dal preambolo che, lungi dall'averne una valenza puramente descrittiva, richiama invece la competenza trasversale alla pianificazione dell'attività economica di cui è titolare lo Stato (art. 149.1.13 Cost.) e sulla base della quale, specialmente nel periodo della crisi economico-finanziaria, il *Tribunal constitucional* ha giustificato interventi statali particolarmente invasivi di competenze legislative esclusive delle Comunità Autonome (sul tema v., ad esempio, G. Martín i Alonso, *La realidad del estado autonómico reflejada en la sentencias del tribunal constitucional 130/2013 y 135/2013, relativas a la ley general de subvenciones*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 20, 2014).

L'approvazione di questa legge ha dato in ogni caso impulso a un più ampio dibattito sulla tutela del patrimonio culturale immateriale, culminato nell'adozione – due anni più tardi – della legge 10/2015, del 26 maggio, per la salvaguardia del Patrimonio Culturale Immateriale, che offre una disciplina sistematica alla materia, pur «in ogni caso, senza pregiudizio per le previsioni contenute nella legge 18/2013, del 12 novembre, per la regolazione della Tauromachia come patrimonio culturale» (6a disp. fin.). Visto il rilievo tutto sommato marginale che tale normativa svolge nel giudizio che qui si commenta, non ci si soffermerà ulteriormente su di essa (rimandando per alcune notazioni, anche critiche, a M. Castro López-C.M. Ávila Rodríguez, *La salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial: una aproximación a la reciente ley 10/2015*, in *RIIPAC*, 2015, 89 ss.).

Questo, in conclusione, lo stato della normativa al momento della decisione del *Tribunal constitucional*.

3. – La pronuncia merita attenzione sia in quanto affronta il problema delle competenze dello Stato e delle Comunità Autonome in materia di patrimonio culturale sia per il percorso argomentativo prescelto per risolvere l'intricato conflitto fra più competenze legislative esclusive (statale e autonoma) e una competenza "concorrente" (nel senso di seguito precisato).

Si noti inoltre che – sul piano comparato – essa si inserisce in un'ormai nutrita scia di decisioni di giudici costituzionali inerenti alla *corrida*, prevalentemente in ambito iberoamericano ma anche in Francia (v. E. de Monredon, *Toros, culture et Constitution*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2016; A.M. Lecis Cocco-Ortu, *Vive la Corrida! Il Conseil fa salva la "tradizione locale" come eccezione all'applicazione della norma penale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012).

Il ricorso presentato da un gruppo di senatori del Partito popolare investiva in realtà un ampio spettro di norme costituzionali, lamentando, da un lato, l'eccesso competenziale della Comunità Autonoma, tale da invadere o menomare le (sopra richiamate) competenze statali in materia di sicurezza pubblica, tutela del patrimonio culturale e servizio alla cultura, nonché quella in materia di pianificazione dell'attività economica, dall'altro la violazione di alcune libertà e diritti fondamentali: libertà artistica, libertà di espressione, oltre che la libertà d'impresa (art. 38 Cost.), il diritto di accesso alla cultura (art. 44 Cost.), nonché il dovere dei poteri pubblici di tutelare il patrimonio artistico (art. 46 Cost.).

Tra le due possibili strade che gli sono proposte per giudicare della legittimità della norma – quella delle competenze e quella dei diritti – il *Tribunal* sceglie quella delle competenze.

A questo punto il giudizio segue due fasi logiche. La prima è costituita dalla verifica se il provvedimento legislativo possa essere inquadrato all'interno di uno o più titoli di competenza autonomici: si riconosce a questo proposito l'idoneità dei richiamati titoli di competenza legislativa esclusiva relativi alla protezione degli animali e agli spettacoli pubblici a offrire una copertura competenziale alla norma impugnata.

Il secondo passaggio logico è porre in relazione questi titoli con le competenze statali che si ritengono vulnerate. Il *Tribunal* esclude subito che possa ravvisarsi un'invasione della competenza statale in materia di sicurezza pubblica (art. 149.1.29 Cost.), inclusiva della facoltà di dettare regole di polizia amministrativa delle *corride*, sulla base della propria costante giurisprudenza: l'ordinario svolgimento delle manifestazioni è stato sempre fatto rientrare nella potestà normativa e amministrativa autonoma sugli spettacoli pubblici, venendo in considerazione la competenza statale sulla sicurezza pubblica soltanto quando si tratti di predisporre misure straordinarie per situazioni che escano dalla portata delle misure d'ordine disposte per il normale andamento degli spettacoli (STC 148/2000, del 1 giugno, FJ 9). Non vi è dunque invasione di questa competenza statale ove la Comunità Autonoma proibisca in via ordinaria uno specifico tipo di spettacolo taurino al fine di tutelare altri valori, in specie la protezione dell'animale.

Assai più articolato si fa il discorso – ed è questo il cuore della pronuncia – ove si valuti l'invasione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di «difesa del patrimonio culturale contro l'esportazione e la spogliazione» e della competenza relativa al «servizio della cultura», di cui all'art. 149.2 Cost. Il *Tribunal constitucional* si concentra in particolare su quest'ultima, che ritiene la più direttamente investita dalla proibizione della *corrida* da parte della Catalogna, ma ribadisce che i due titoli sono strettamente intrecciati.

A parere del giudice costituzionale, l'art. 149.2 disegna una competenza "concorrente": bisogna chiarire che, secondo la giurisprudenza spagnola, questa tipologia di competenza va intesa nel senso che, nella stessa materia, va riconosciuta sia la competenza statale che quella autonoma (ordinate al fine comune della tutela dei valori costituzionali); non si tratta dunque, come nel caso italiano, di un riparto competenziale verticale (basato sul dualismo principi-norme di dettaglio) (STC 122/2014, del 17 luglio, FJ 3). In altri termini, *entrambi* i livelli di governo deterrebbero una piena competenza in materia culturale; il livello statale dovendo però occuparsi in linea di massima della preservazione del patrimonio culturale

“comune” (STC 49/1984, del 5 aprile, FJ 6), all’interno del quale può essere ricompresa la tauromachia. Rilevante viene poi considerata la concreta adozione di atti normativi di protezione della tauromachia (leggi statali del 2013 e del 2015), i quali – a parere del *Tribunal* – «materializzano le competenze statali in materia di cultura, specificamente relativamente alle corride». La dichiarazione della tauromachia come patrimonio culturale da parte della legge statale del 2013 finisce per incidere sugli spazi di intervento del legislatore autonomico, in quanto le leggi statali, sebbene non facciano formalmente parte del blocco di costituzionalità, né integrino il parametro «diretto» di costituzionalità, «devono essere considerate come un elemento aggiunto di analisi» (STC 122/2014, del 17 luglio, FJ 4). La loro rilevanza nel giudizio non è peraltro esclusa nemmeno dalla loro entrata in vigore di gran lunga successiva all’adozione della legge catalana nel 2010, sulla base della giurisprudenza costituzionale che, da un lato, ritiene rilevante il *ius superveniens* (STC 8/2016, del 21 gennaio, FJ 2) e, dall’altro, stabilisce che il quadro di competenze (e di limiti) rilevante è quello del momento della decisione (SSTC 87/1985, del 16 luglio, FJ 8, 27/1987, del 27 febbraio, FJ 4, 48/1988, del 22 marzo, FJ 3, 154/1988, del 21 luglio, FJ 3).

Il *Tribunal constitucional* dichiara, quindi, l’illegittimità costituzionale della norma catalana di proibizione della corrida in quanto menoma le competenze statali in materia di cultura, poiché colpisce una manifestazione del patrimonio culturale comune e impedisce la preservazione della stessa disposta dal legislatore statale.

4. – Alla decisione della maggioranza dei giudici, si affiancano anche due *Votos particulares*, il primo del giudice Xiol Ríos e il secondo congiuntamente dei giudici Batarrita e Valdés Dal-Ré.

Il *Voto particular* Xiol propugna la necessità di un diverso modo di affrontare i conflitti competenziali, che – andando al di là del dato formale – consideri pienamente i conflitti assiologici che spesso sono sottesi agli stessi: nel caso di specie quello «fra una emergente cultura ambientalista e di protezione degli animali e [...] una cultura appoggiata su una solida tradizione, che difende la tauromachia come manifestazione culturale e artistica» (punto 5).

Critica poi gli argomenti utilizzati dalla pronuncia per giustificare la prevalenza della competenza statale in materia di “servizio alla cultura”. Da un lato, non sarebbe stato tenuto in sufficiente considerazione il peso della competenza autonoma in materia di “protezione degli animali”, dato che la legge impugnata si inseriva in un coerente percorso legislativo di (crescente) protezione degli stessi (punto 8) e, al momento dell’adozione della legge catalana del 2010, non vi era nemmeno la legge statale del 2013 che ostentava una competenza centrale relativa alla tauromachia: mentre la legge statale 10/1991 non presenterebbe un sufficiente legame con l’aspetto culturale, essendo incentrata sugli aspetti dell’ordine pubblico e della sicurezza, l’applicabilità della legge del 2013 sarebbe quantomeno contestabile *ratione temporis*, in quanto si finisce per porre «tutta la forza argomentativa in una norma sopravvenuta».

D’altro canto, l’art. 149.2 della Costituzione, che prevede una competenza “concorrente” nel senso già precisato, non giustificerebbe la prevalenza unilaterale che la pronuncia dà al potere legislativo statale. La decisione della maggioranza avrebbe errato nel trattare questa competenza concorrente allo stesso modo di una competenza *básica* (punto 12). La nozione di *bases* è più volte utilizzata dall’art. 149.1 della Costituzione e accomuna sia le competenze c.d. *compartidas* sia alcuni titoli competenziali “orizzontali” dello Stato, come ad esempio la garanzia dell’uguaglianza di tutti gli spagnoli nell’esercizio dei diritti e nel compimento dei doveri costituzionali, prevista dall’art. 149.1.1 Cost. (v. S. Muñoz Machado, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2007, I, 486 ss. e 542 ss.): in entrambi i casi, infatti, lo Stato è competente ad adottare una regolazione uniforme e generale laddove si ravvisino «interessi generali superiori a quelli di ciascuna Comunità Autonoma» (STC 1/1982, del 28 gennaio), senza tuttavia che le norme di dettaglio assumano un tal grado di sviluppo da impedire qualsiasi scelta discrezionale alle CC. AA., le quali devono essere poste nelle condizioni di scegliere tra diverse opzioni attuative (STC 32/1981, del 28 luglio). La nozione, come si vede, è ben più ampia della sola competenza sulla determinazione dei «principi fondamentali», che spetta al legislatore statale nei casi previsti dall’art. 117, c. 3

Cost. italiana, ed è talmente vaga nei suoi presupposti da lasciare una discrezionalità (politica, trattandosi di definire gli “interessi generali”) in capo al legislatore statale, finendo per «disequilibrare la bilancia territoriale dei poteri» (v. E. Sáenz Royo, *Desmontando mitos sobre el Estado autonómico*, Madrid, 2014, 25 ss.).

Il giudice dissenziente non sarebbe peraltro soddisfatto nemmeno da una decisione che riconosca la competenza della Comunità Autonoma soltanto sulla base del criterio della maggiore specificità dei titoli competenziali autonomici, pur presente nella giurisprudenza e richiamato anche dalla pronuncia in esame (STC 71/1982, del 30 novembre, FJ 2), in quanto tale linea presupporrebbe un sacrificio *a priori* della competenza statale sulla protezione della cultura. Al contrario, egli sostiene – coerentemente con le illustrate premesse – che il conflitto dovrebbe essere risolto anche con il metodo della ponderazione (o bilanciamento), con cui usualmente si trattano i valori o principi. In effetti, nel caso di specie oggetto di ponderazione sarebbero «da una prospettiva sostanziale, il significato materiale delle competenze esercitate nel quadro costituzionale» (punto 13) (in senso analogo, per l'utilizzo del metodo del bilanciamento nei conflitti fra livelli di governo, v. A. Morrone, *Il Bilanciamento nello Stato Costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 52 ss.). La protezione degli animali – che pur non riceve riconoscimento espresso in Costituzione – avrebbe comunque un valore in tale quadro, sia sulla base dell'argomento comparativo (art. 20.a) Cost. Germania, art. 11.bis Cost. Lussemburgo) sia tramite la normativa di livello internazionale e sovranazionale (Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia – non ancora in vigore – nell'ambito del Consiglio d'Europa; art. 13 TFUE). Sebbene anche la cultura riceva certamente una tutela costituzionale, non si potrebbe affermare che la tauromachia costituisca realmente parte del sistema di valori culturali propri del popolo catalano, nell'ottica della concezione pluralistica di popolo presente nella Costituzione spagnola (art. 2), anche sulla base dell'esigua incidenza di corridde sul territorio della Comunità.

Pienamente legittimato sarebbe stato dunque il legislatore autonomico, anche in virtù della specifica competenza riconosciutagli, ad ampliare la protezione degli animali tramite l'abolizione delle corridde, visto il loro marginale valore nella cultura del popolo catalano, mentre la successiva legge statale costituirebbe “un'imposizione”, priva di fondamento sia sul piano competenziale che su quello assiologico-culturale.

Più sintetico è il *Voto particular* Batarrita-Valdés che muove alla pronuncia essenzialmente due critiche. La prima è di tenere in un certo senso “il piede in due scarpe” fra il titolo di competenza esclusiva statale di cui all'art. 149.1.28 Cost. e il titolo di competenza concorrente previsto dall'art. 149.2 Cost., non chiarendo mai precisamente su quale dei due si fonda la declaratoria d'illegittimità. A opinione degli estensori di questo *v.p.*, questo si spiega col fatto che nessuna delle due disposizioni sarebbe stata in sé in grado di giustificarla: la competenza esclusiva alla «Difesa del patrimonio culturale, artistico e monumentale spagnolo contro l'esportazione e la spogliazione» è sempre stata riferita a ipotesi piuttosto ristrette (STC 122/2014, del 17 luglio, FJ 2, che comunque sembra mantenersi nell'ambito concettuale dei beni materiali); per contro il «servizio della cultura come dovere e attribuzione essenziale» dello Stato, fino alla sentenza in commento, non era stato reputato comprensivo di una competenza legislativa (ma soltanto amministrativa), specialmente di natura tale da scalzare specifiche competenze autonome (STC 17/1991, del 31 gennaio), trattandosi fra l'altro, a questo punto, di una competenza statale di contenuto assai ampio e indeterminato.

La pronuncia della maggioranza creerebbe così *ad hoc* un titolo di competenza derivante dalla combinazione dei due (quasi un “ircocervo”) – si potrebbe dire: combinando la forza materiale del titolo di competenza *ex art.* 149.1.28 Cost. con l'ambito di applicazione di quello *ex art.* 149.2 – appositamente per dichiarare l'illegittimità della legge catalana.

La seconda critica di questo *v.p.* investe invece il metodo di giudizio utilizzato nella decisione e, in generale, la corrente giurisprudenziale nella quale si inserisce. L'illegittimità costituzionale della legge catalana non si fonderebbe in particolare su un chiaro contrasto normativo con una norma appartenente al blocco di costituzionalità ma sull'asserita “menomazione competenziale” nei confronti delle attribuzioni statali, criterio di giudizio che viene recentemente utilizzato specialmente riguardo a competenze orizzontali o trasversali come quella di pianificazione dell'attività economica, di cui all'art. 149.1.13 Cost. (v. in

particolare STC 93/2015, del 14 maggio, che ha dichiarato incostituzionale una legge autonoma in quanto ritenuta in contrasto con la “politica economica” dello Stato). Si muterebbe così senza ragione il concetto stesso di illegittimità costituzionale della legge, che deve basarsi sul contrasto con una norma del blocco di costituzionalità. Tanto più che – ed è quest’ultima osservazione in comune fra i due *votos* – la “menomazione” sarebbe solo apparente, in quanto la legge catalana proibisce sì la corrida (e ogni attività che in genere porti danno o sofferenza all’animale), ma non impedisce affatto tutto il complesso di manifestazioni culturali che al concetto di “tauromachia” la legge statale riferisce e che intende proteggere.

5. – Nonostante la caducazione del divieto contenuto nella legge catalana, contrariamente rispetto a quanto ci si sarebbe potuto aspettare, gli spettacoli al momento non sono ripresi, e anzi si fa spazio la generale convinzione che «i tori non torneranno mai a Barcellona»: il proprietario de *La Monumental* ha infatti dichiarato che non intende metterla a disposizione per ulteriori corride (v. A. Lorca, *¿Toros en Barcelona? Claro que sí*, in *El País*, 28-10-2016; Id., *¿Es Pedro Balañá el gran culpable de que no vuelvan los toros a Cataluña?*, in *El País*, 19-2-2017). La sentenza potrebbe dunque di rimanere in fatto inapplicata, pur fra le polemiche.

Ci si chiede, infine, se il legislatore catalano – in questo quadro normativo e giurisprudenziale – potrebbe riproporre la norma della legge catalana del 1988, che limitava le corride alle arene già costruite in quel momento per la loro celebrazione. La Legge 22/2003, in cui la disposizione del 1988 era stata trasfusa, risulta infatti abrogata dall’articolo unico del Decreto Legislativo 2/2008, dunque al momento – dal punto di vista giuridico – la pronuncia del Tribunale costituzionale ha un effetto ampliativo anche rispetto alla disciplina precedente all’entrata in vigore della legge catalana del 2010, poiché l’annullamento di quest’ultima non determina la reviviscenza della legge del 2003, abrogata nel 2008. La questione è prospettata dal *Voto particular* Batarrita-Valdés, i quali si chiedono se la limitazione possa essere riproposta «anche se attualmente le *plazas* in attivo siano unicamente una o due». La sentenza in commento, in realtà, individua in positivo come compresa nella competenza della Comunità Autonoma sull’ordinamento delle rappresentazioni taurine la facoltà di «limitare l’accesso alle corride ai maggiori di 14 anni e restringere la loro celebrazione alle arene già costruite» (FJ 7). Bisognerebbe chiedersi però se la risposta sarebbe la stessa a fronte di una disciplina che determini, a questo punto, sul piano dei *fatti* l’inefficacia della disciplina statale. Se la precedente disciplina fosse riproposta, in ogni caso, il futuro della corrida in Catalogna verrebbe messo esclusivamente nelle mani di chi ha la concreta disponibilità delle arene storiche.

L’ipotesi dell’abolizione della corrida in Spagna si fa infine, a questo punto, assai improbabile in quanto potrebbe discendere solo da una – difficilmente immaginabile – legge dello Stato.



## I collaboratori del presente fascicolo

Elisa BERTOLINI, Università comm.le L. Bocconi – Francesco CAMPODONICO, Università degli Studi di Genova – Giuliana Giuseppina CARBONI, Università degli Studi di Sassari – Marta FERRARA, Università degli Studi di Teramo – Giuseppe Franco FERRARI, Università comm.le L. Bocconi – Francesco Emanuele GRISOSTOLO, Università degli Studi di Udine – Tania GROPPI, Università degli Studi di Siena – Maria Chiara LOCCHI, Università degli Studi di Perugia – Claudio MARTINELLI, Università di Milano Bicocca – Massimo PELLINGRA CONTINO, Università degli Studi di Palermo – Andrea PERELLI, Università degli Studi di Genova – Alessandro PERFETTI, Università degli Studi di Teramo – Celeste PESCE, *Pegaso* - Università telematica – Francesca ROSA, Università degli Studi di Foggia – Marcello SALERNO, Università degli Studi di Bari – Giampiero SANTILLI, Università degli Studi *G. D'Annunzio* di Chieti e Pescara – Francesco SANTOLINI, Università degli Studi di Genova – Anjeza SINA, Università del Salento – Elena SORDA, Università degli Studi di Genova – Matteo TRAPANI, Università degli Studi di Pisa.

