

*DPCE online* – n. 1/2018

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

Vittoria Barsotti, Carlo Casonato, Lorenzo Cuocolo, Patrizia Depasquale, Angela Di Gregorio, Miryam Iacometti, Susanna Mancini, Laura Montanari, Paolo Passaglia, Pier Luigi Petrillo, Valeria Piergigli, Fabrizio Politi, Oreste Pollicino, Alessandro Somma, Rolando Tarchi

#### Redazione

**Coordinamento:** Edmondo Mostacci; **Comitato di redazione:** Serena Baldin, Carla Bassu, Vincenzo De Falco, Andrea Marchetti, Graziella Romeo, Sabrina Ragone, Dario Tosi, Claudia Sartoretti; **Comitato editoriale:** Valerio Lubello, Nausica Palazzo; Nicola Pisciovino.

#### 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 Bjerken (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 Karagyozova (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

- C. Casonato**, *Diritto costituzionale comparato e scienze della vita: paradigmi e connessioni* p. 1

### SAGGI

- M. Calamo Specchia**, *Una rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia: da de Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste* p. 11
- F. Guella**, *Ci può essere dialogo tra le Corti senza leale cooperazione tra i legislatori? Dal caso Taricco bis al sindacato di costituzionalità “in supplenza” sulla legge penale* p. 43
- L. Panzeri**, *L’accesso alla cittadinanza degli appartenenti a minoranze: il caso della Lettonia, tra istanze nazionalistiche e condizionalità europea* p. 79
- E. Pistoia**, *Il volto del regionalismo espresso nel Capitolo VIII della Carta delle Nazioni Unite secondo la prassi della UE* p. 107
- N. Posenato**, *La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali* p. 139
- X. Fu**, *Does China Need Witnesses to Appear in Court? – Courtroom Discourse in China’s Criminal* p. 163

### NOTE E COMMENTI

#### • Corte di Giustizia dell’UE

- E. Belliardo**, *Accesso, partecipazione e garanzia di buona amministrazione: verso un consolidamento del diritto di difesa del cittadino* p. 189
- A. Circolo**, *Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo giuridico* p. 197
- A. Correrà**, *Dati personali: un cantiere aperto e in continua evoluzione* p. 211
- S. Felicioni**, *La pronuncia di una Corte costituzionale non può incidere sull’obbligo dei giudici di ultima istanza di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia* p. 219
- N. Fuccaro**, *Aspettativa per l’esercizio del mandato parlamentare e trattamento discriminatorio del lavoratore a tempo determinato* p. 227
- G. Mantica**, *Marchio dell’Unione Europea: la Corte di Giustizia si esprime sul rapporto tra azione per contraffazione e domanda riconvenzionale di nullità: quali gerarchie decisionali?* p. 233
- M. Mezzanotte**, *Il diritto di iniziativa e l’obbligo di motivazione del rifiuto della registrazione: adeguatezza vs. chiarezza* p. 239
- S. Pitto**, *La legittimità delle limitazioni statali agli alimenti OGM alla luce del principio di precauzione* p. 245
- F. Ponte**, *L’errore sull’errore scientifico al vaglio della Corte di Giustizia dell’Unione europea* p. 255
- B. Profumo**, *All’altezza delle Forze dell’ordine: accesso ai concorsi in polizia e requisito della statura minima comune per uomini e donne* p. 261
- M. Spinozzi**, *Vista al caleidoscopio la nozione di amministrazione aggiudicatrice, attraverso lo “specchio” della rilevanza delle operazioni infragruppo* p. 267
- A. Tranfo**, *L’allontanamento dello straniero extracomunitario soggiornante di lunga durata condannato a pena detentiva: tra “automatismi legislativi” e tutela dell’integrazione* p. 277

• **Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo**

**L. Paladini**, *A proposito di una recente sentenza di interpretazione della Corte IDH, tra (più o meno fondati) dubbi dello Stato richiedente* p. 285

**G. Vega-Barbosa, L. Aboagye**, *A Commentary on the Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the Environment and Human Rights* p. 291

• **Corti costituzionali e supreme**

**C. Graziani**, *La saga Al Bahlul v. Usa: ultimi sviluppi giurisprudenziali in merito alla giurisdizione delle military commissions* p. 299

• **Attualità costituzionale**

**R. Cavalieri**, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era"* p. 307

**M. Małecki, P. Mikuli**, *The New Polish 'Memory Law': A Short Critical Analysis* p. 311

• **Rassegne periodiche**

**E. Ferrero**, *Le principali novità del diritto europeo in materia ambientale nel biennio 2016-2017* p. 317

**C. Garbarino, A. Turina**, *Problemi attuali di diritto tributario delle società nei recenti approdi della corte di giustizia in materia di fiscalità diretta* p. 325

**I collaboratori del presente fascicolo**

p. 335

## Contents

### EDITORIAL

- C. Casonato**, *Diritto costituzionale comparato e scienze della vita: paradigmi e connessioni* p. 1

### ARTICLES

- M. Calamo Specchia**, *From the de Gaulle Era to the Macron Presidency: a reinterpretation of the Institutional role of the President of the Republic in France* p. 11
- F. Guella**, *Is it possible a dialogue among Courts without a fair cooperation among legislators? From the Taricco bis case to a “substitutive” constitutional adjudication on criminal law* p. 43
- L. Panzeri**, *The legislation on citizenship in Latvia between nationalistic claims and European conditionality* p. 79
- E. Pistoia**, *UN Charter Chapter VIII regionalism in the practice of the EU* p. 107
- N. Posenato**, *Inter-American Court case law about indigenous and tribal rights to live and to property* p. 139
- X. Fu**, *Does China Need Witnesses to Appear in Court? – Courtroom Discourse in China’s Criminal* p. 163

### NOTES AND COMMENTS

#### • Court of Justice of the EU

- E. Belliardo**, *Right of access, participation and guarantee of good administration: toward the reinforcement of the citizens right of defence* p. 189
- A. Circolo**, *The principle of solidarity between voluntary commitment and legal constraint. The judgment of the Court of Justice (GC) in the case Slovak Republic and Hungary v. Council of the European Union* p. 197
- A. Correrá**, *Personal data: in continuous evolution* p. 211
- S. Felicioni**, *A judgment of a Constitutional Court can not affect the duty of a national court of last instance to refer a question for a preliminary ruling to the Court of Justice* p. 219
- N. Fuccaro**, *The leave of absence to exercise the parliamentary mandate and the discriminatory treatment of fixed-term workers* p. 227
- G. Mantica**, *EU trade mark: the Court of Justice states about the relationship between the action for infringement and the counterclaim for a declaration of invalidity: which decision-making hierarchies?* p. 233
- M. Mezzanotte**, *The right of initiative and the obligation to motivate for refusing registration: adequacy vs. clarity* p. 239
- S. Pitto**, *The legitimacy of national restrictions to the commercialization of OGM products in the light of the precautionary principle* p. 245
- F. Ponte**, *The error on the scientific under the scrutiny of the EU Court of Justice* p. 255
- B. Profumo**, *Police recruitment: the minimum height requirement common for both sexes* p. 261
- M. Spinozzi**, *CJEU’s decision on the real meaning of concept of contracting authority, when a Company is wholly owned by a contracting authority. The internal and external transaction into the group* p. 267
- A. Tranfo**, *The adoption of a decision to expel a long-term resident sentenced to imprisonment: between “automatism” and protection of integration of third-country nationals* p. 277

• **Inter-American Court of Human Rights**

**L. Paladini**, *On a recent IACtH interpretation of judgement, between (more or less proper) doubts of the submitting State* p. 285

**G. Vega-Barbosa, L. Aboagye**, *A Commentary on the Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the Environment and Human Rights* p. 291

• **Foreign Jurisdictions**

**C. Graziani**, *The Al Bahlul saga: latest developments in case law on the jurisdiction of military commissions* p. 299

• **Constitutional developments**

**R. Cavalieri**, *China's constitutional revision and the institutionalization of the "Socialism with Chinese characteristics for a new era"* p. 307

**M. Małecki, P. Mikuli**, *The New Polish 'Memory Law': A Short Critical Analysis* p. 311

• **Periodic surveys**

**E. Ferrero**, *The main changes in European environmental law in the period 2016-2017* p. 317

**C. Garbarino, A. Turina**, *Current problems of corporate tax law in the recent case law of the CJEU in the field of direct taxation* p. 325

**Contributors**

p. 335





## Diritto costituzionale comparato e scienze della vita: paradigmi e connessioni

di Carlo Casonato

1. – Tanti e tali sono i casi e i materiali giuridici intervenuti nel settore delle scienze della vita che se ne potrebbe fare un manuale completo di diritto costituzionale, anche in prospettiva comparata.

In tema di fonti e formanti del diritto, ad esempio, si potrebbe apprezzare il carattere aperto e inclusivo del *decision-making process* legislativo tipicamente adottato in molti ordinamenti quando si decida di intervenire su ambiti che spaziano dalla procreazione assistita al fine vita, dall'ingegneria genetica all'intelligenza artificiale. In Canada, così, si è giunti ad approvare una legge in tema di fecondazione assistita (*l'Assisted Human Reproduction Act* del 2004) dopo un lungo percorso di riflessione e di confronto fra i rappresentanti dei principali gruppi d'interesse in ambito scientifico, etico, sociale, religioso, deontologico, giuridico e politico. Oltre a rendere l'istruttoria più completa, la legge ne ha guadagnato anche in termini di legittimazione e riconoscimento complessivo. Prima di approvare la disciplina relativa alla donazione mitocondriale del 2015, il Parlamento britannico, pur nell'esercizio della sua *sovereignty*, ha deciso di aprire una consultazione pubblica online, di interpellare il Nuffield Council on Bioethics (l'equivalente del nostro Comitato Nazionale per la Bioetica) e di interloquire per ben tre volte con la Human Fertilisation and Embryology Authority. Il Parlamento francese, al momento di verificare l'impatto e la tenuta della "legge di bioetica" ha convocato les *Etats généraux de la bioéthique*, in modo da dare direttamente voce alla *volonté générale* su tematiche che vanno dall'ingegneria genetica alle neuroscienze, dalla donazione d'organi all'intelligenza artificiale, dall'inizio al fine vita. Ed il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ricorda la necessità di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, «alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici».

Per quanto riguarda l'Italia, invece, il Parlamento ha tipicamente assunto una posizione più autoreferenziale. Al riguardo, ad esempio, non sono stati istituzionalizzati canali di contaminazione fra il procedimento legislativo, le innovazioni scientifico-tecnologiche ed i mutamenti sociali; né la verifica della tenuta delle leggi in materia biogiuridica, dalla n. 194 del 1978 alla n. 40 del 2004, compare nell'agenda di alcuna forza politica numericamente rilevante. Lo stesso

Comitato Nazionale per la Bioetica, fra i cui compiti rileva l'elaborazione di pareri e soluzioni «anche ai fini della predisposizione di atti legislativi», è scaduto nel settembre 2017 e ad oggi non è ancora stato rinnovato.

Sempre in tema di fonti, si potrebbe utilizzare il biodiritto italiano per studiare il rapporto non sempre felice fra fonti di rango primario e secondario. La versione originaria della legge n. 40 del 2004, al riguardo, disponeva un divieto assoluto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie che non presentassero problemi di sterilità o infecondità. Il problema (uno dei tanti, come poi rilevato dalla Corte costituzionale) consisteva nel fatto che tale limite impediva che le coppie in cui l'uomo fosse affetto da HIV, ma non per questo sterile, potessero accedere al cd. lavaggio dello sperma. Tale pratica, che potrebbe impedire la trasmissione della malattia alla donna ed allo stesso concepito (trasmissione molto probabile nel caso di fecondazione "naturale") risultava vietata a motivo della mancanza del requisito della sterilità. Al fine di non condannare tali coppie ad assumere un rischio irragionevole di contagio nei confronti della donna e dell'embrione, si sarebbe dovuta modificare la legge permettendo l'accesso alla procreazione assistita anche per tali motivi. Si decise, invece, di intervenire a livello di linee guida (decreto ministeriale dell'11 aprile 2008) creando una finzione ai limiti del grottesco, in base alla quale si presumeva l'adozione da parte dell'uomo di metodi contraccettivi tali da non contagiare la partner ma da renderlo allo stesso tempo sostanzialmente sterile. Il decreto, al riguardo, recitava che «l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infecondità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico».

Il biodiritto, ancora, potrebbe essere un'ottima palestra per lo studio dello sviluppo del *soft law* e dei suoi rapporti con le fonti giuridiche tradizionali. La disciplina della ricerca clinica sperimentale, ad esempio, si è a lungo basata su formanti riconducibili ad esso, a partire dal codice di Norimberga (un allegato alla sentenza che nell'agosto 1947 ha condannato 23 medici nazisti) e dalla dichiarazione di Helsinki (approvata dalla World Medical Association nel 1964 e da allora più volte modificata). E i rapporti fra legge, deontologia e linee guida trovano nella recente evoluzione della normativa in tema di responsabilità medica (dalla legge Balduzzi, n. 189 del 2012, alla legge Gelli-Bianco, n. 24 del 2017) un interessantissimo quanto complesso campo di applicazione.

In tema di fonti e formanti del diritto, infine, non basterebbe l'intero spazio di questo editoriale ad illustrare le linee principali su cui si è sviluppato l'intervento creativo della giurisprudenza sia di legittimità, anche costituzionale, sia di merito. L'interrogativo su chi siano i "signori del diritto" potrebbe quindi trovare una molteplicità di risposte paradigmatiche anche solo ripercorrendo gli interventi giudiziari sui tradizionali temi della interruzione volontaria di gravidanza (Corte cost. sent. n. 27 del 1975) e della riproduzione assistita (sentt. n. 151 del 2009; n. 162 del 2014; nn. 96 e 229 del 2015; n. 84 del 2016), come su quelli riconducibili al fine vita (dai casi di Ms. B a Diane Pretty, da Piergiorgio Welby a Eluana Englaro, fino alla sentenza *Carter v. Canada* e ai drammatici casi dei neonati Charlie

Gard e Alfie Evans). Su queste materie, la giurisprudenza è intervenuta con particolare attivismo nel dare voce a quello che sarebbe rimasto, altrimenti, un “diritto muto”.

2. – Anche in tema di forma di governo le scienze della vita offrono spunti stimolanti per gli studi di diritto costituzionale comparato. In riferimento all’esercizio dei poteri del Presidente della Repubblica italiana, ad esempio, può segnalarsi la contrapposizione del 2009 fra Napolitano a Berlusconi (allora Presidente del Consiglio) in merito al decreto legge, approvato dal governo nonostante una lettera contraria del Quirinale, con cui si intendeva impedire l’esecuzione di un decreto della Corte di Appello di Milano di autorizzazione all’interruzione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiali che tenevano in vita Eluana Englaro. A fronte dell’adozione dell’atto da parte del governo, il Presidente oppose un «rifiuto assoluto e definitivo di emanazione», a testimonianza di una posizione molto netta. In tempi più recenti (marzo 2018), un ruolo politicamente attivo del Presidente della Repubblica può essere collegato alla scelta di intervenire, ancora all’interno del delicato contesto del fine vita, con un provvedimento di grazia parziale nei confronti di Gastone Ovi, condannato a 14 anni per l’omicidio della moglie che, malata di Alzheimer, si trovava in una situazione di estrema difficoltà.

Per quanto riguarda l’ordinamento giudiziario, è interessante notare come alcuni ordinamenti abbiano ritenuto di istituire corti specializzate per contenziosi legati alle scienze della vita. Vista la delicatezza e la complessità delle tematiche da affrontare, sulla scorta dei più consueti tribunali per i minorenni, in Canada come in alcuni Stati asiatici sono sorte *Green Courts* specializzate in *Environmental Justice*. E soffermandosi sul ruolo del magistrato, questa volta inquirente, può segnalarsi come il *Director of Public Prosecutors* per l’Inghilterra e il Galles abbia avviato la tendenza a non attivare la *prosecution* nei confronti di persone colpevoli di aver pietosamente assistito malati gravi nel suicidio (alla pari di quanto Marco Cappato ha fatto accompagnando Fabiano Antoniani in Svizzera) dopo aver svolto una consultazione online tesa a verificare il grado di accettazione sociale della sua scelta. L’istituto tipico della *prosecutorial discretion* è stato così orientato al rispetto della percezione diffusa dell’interesse pubblico; una sorta di “fair reflection of society” che invece che strutturarsi a livello di composizione della Corte (secondo le logiche della *reflective judiciary*) si muove secondo canali di contatto diretto con la sensibilità sociale.

In tema di ripartizione collaborativa del potere fra ente sovrano e enti autonomi, alcuni casi riconducibili al biodiritto dimostrano il forte collegamento che esiste fra tutela dei diritti e assetto federale dell’ordinamento. Mentre in Italia, ad esempio, non esistevano i presupposti per collegare il caso Englaro a logiche di regionalismo, gli Stati Uniti hanno vissuto quello di Terry Schiavo come un caso da risolvere sulla base dell’individuazione del livello di governo (statale o federale) legittimato ad intervenire. Il DNA federalista degli Stati Uniti, in altri termini, è testimoniato dalla sua capacità di fissare le categorie costituzionali atte a risolvere conflitti che in Italia, sulla base di un diverso assetto di potere fra centro e periferia,

sono inquadrabili tutti all'interno delle logiche dei diritti fondamentali e del relativo bilanciamento. Il regionalismo italiano, con la tutela della salute inserita fra le competenze concorrenti ma fortemente condizionata dalla legislazione esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, gioca, d'altro canto, un ruolo residuale nella differenziazione di alcune poche pratiche aggiuntive; essendosi posto, piuttosto, come un impedimento a che le regioni, prima della legge (statale) n. 219 del 2017, intervenissero a disciplinare il principio, pure giurisprudenzialmente accolto, del consenso informato e del rispetto delle volontà anticipate (Corte cost. sentt. n. 438 del 2008 e n. 262 del 2016).

3. – Altri ambiti tipicamente oggetto dello studio del diritto comparato trovano nel territorio riconducibile alle scienze della vita spunti per considerazioni stimolanti e particolarmente innovative.

Quanto rimane della distinzione fra *common law* e *civil law*, ad esempio, potrebbe essere misurato anche sulla base dell'attitudine di alcuni paesi, come l'Italia, a permettere che interi settori relativi alle innovazioni scientifiche siano retti da principi individuati a livello giurisprudenziale, a fronte della propensione di altri, come il Regno Unito, a legiferare con frequenza, grande latitudine ed estremo dettaglio.

La tendenza a codificare nelle nuove costituzioni dell'Europa dell'est i risultati del diritto internazionale e della giurisprudenza costituzionale dei paesi dotati di maggior tradizione nella tutela dei diritti fondamentali è rinvenibile anche su tematiche come la procreazione assistita (Kosovo 2008, Serbia 2006, Macedonia e Slovenia 1991) o il divieto di clonazione umana (Serbia 2006) E la revisione di altre carte, come quella della Confederazione svizzera del 2010, si è soffermata sulla ricerca clinica (art. 118), sull'ingegneria genetica e sui trapianti (art. 119). Sulla medesima linea, infine, può citarsi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 3, significativamente inserito sotto la rubrica "Dignità umana", richiama al rispetto del consenso libero e informato, dispone il divieto di pratiche eugenetiche, dell'utilizzo del corpo umano e delle sue parti come fonti di lucro e della clonazione riproduttiva degli esseri umani.

In questa rapida rassegna degli ambiti del biodiritto che si dimostrano particolarmente significativi per una lettura costituzional-comparatistica, possono citarsi anche alcune esperienze, per ora isolate, che tendono a forzare i limiti di categorie tradizionali come quelle riconducibili alla personalità giuridica. Nel marzo del 2017, così, un'alta Corte indiana (di Nainital, nello Stato del Uttarakhand) ha riconosciuto ad alcuni ghiacciai dell'Himalaya, oltre che ai fiumi Gange e Yamuna, un «legal status as a living person/legal entity». Essi, si legge nella decisione, sono dotati di «spiritual and physical sustenance (...). Rivers Ganga and Yamuna are breathing, living and sustaining the communities from mountains to sea». Nella stessa ottica, una legge neozelandese del 2017 ha riconosciuto lo statuto personale al fiume Whanganui; in Colombia una sentenza della Corte costituzionale (sent. de tutela n° 622/16, 10 novembre 2016) ha dichiarato che «el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento»; in Ecuador, la Costituzione del 2008 ha

riconosciuto alla natura il «derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos» oltre che il «derecho a la restauración» (artt. 71 e 72). In altra prospettiva, ma ancora maggior forza destrutturante, si può ricordare come l'Arabia Saudita abbia concesso nell'ottobre del 2017 la cittadinanza a Sophia, una robot dotata di intelligenza artificiale.

In tema di globalizzazione e tutela dei diritti, ancora può registrarsi la non lineare giurisprudenza di merito e il forte dibattito dottrinale, non solo italiano, intervenuti in tema di riconoscimento della genitorialità a seguito di pratiche di gestazione per altri condotte all'estero. E in materia di fecondazione cd. eterologa, la Corte costituzionale italiana ha preso atto della possibilità di aggirarne il divieto attraverso il ricorso a cliniche estere. Tale possibilità si riverberava sull'irragionevolezza del bilanciamento di interessi svolto dalla legge, realizzando «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie (...) in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi» (sent. n. 162 del 2014).

Sul margine di apprezzamento riconosciuto dalla Cedu agli Stati membri, ancora, la giurisprudenza di Strasburgo in tema di fine vita offre una numerosa serie di testimonianze, a partire dal caso *Haas v. Switzerland* (2011) fino a *Lambert and Others v. France* (2015) e al tristissimo *Gard and Others v. the UK* (2017). Tale teoria, invece, è stata superata dalla Corte di Giustizia su una tematica di assoluta delicatezza, relativa alla definizione da dare al concetto di embrione umano a fini della tutela brevettuale. Contraddicendo una tendenza di *self-restraint* assai radicata a livello sia statale che internazionale (dalla notissima *Roe v. Wade* del 1973 a *A, B and C v. Ireland* del 2010), la Corte di Lussemburgo ha così provveduto a identificare come embrione tutto ciò che fosse «capable of commencing the process of development of a human being» (*Briistle v. Greenpeace* del 2011), correggendo poi la sua impostazione e virando su un criterio definitorio riconducibile alla «inherent capacity of developing into a human being» (*International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents* del 2014).

Per quanto riguarda il rapporto fra lingua e diritto, da ultimo può indicarsi un curioso caso in cui l'art. 120 della Costituzione svizzera è scritto, nella lingua italiana e francese (entrambe ufficiali), utilizzando una terminologia assai differente. Nel testo italiano, così, si invita la Confederazione a emanare prescrizioni sull'impiego del patrimonio genetico di animali, piante e altri organismi tenendo conto della «dignità della creatura». Nel testo francese, per il rifiuto di riconoscere una altrimenti possibile «dignité de la carotte», tale ultimo inciso è sostituito dalla «intégrité des organismes vivants».

4. – Il settore in cui le scienze della vita offrono il terreno forse più interessante è però costituito dalla tutela dei diritti, in collegamento con alcuni cardini fondamentali dello stato costituzionale, quali il principio personalista e quello

pluralista, e con le relative tecniche di tutela, come il bilanciamento. In quest'ottica, ad esempio, un noto manuale di *Comparative Constitutional Law* (V.C. Jackson, M. Tushnet, Foundation Press, 2006) apre con le vicende giudiziarie relative al *right to abortion*. E proprio in questa prospettiva può leggersi la recente approvazione della legge n. 219 del 22 dicembre 2017 recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

Tale normativa assume una indubbia rilevanza e può essere utilmente esaminata sulla base del confronto con i principi e le regole che già ad essa preesistevano; in questa ottica, se ne possono indicare le precisazioni, le spinte in avanti e le criticità, oltre che considerare quanto rimane ancora da fare nell'ambito della tutela dei diritti alla fine dell'esistenza.

Anzitutto, va rilevato come la legge si ponga all'interno di una cornice giuridico-costituzionale già ben delineata e diffusa in tutti gli ordinamenti appartenenti alla *western legal tradition*. Dalla Francia agli Stati Uniti, dal Regno Unito al Canada, dalla Germania alla Spagna, tanto la fonte legislativa quanto il formante giurisprudenziale si sono da tempo assestati sul riconoscimento del diritto di ogni persona di essere informata delle proprie condizioni di salute e delle possibili cure proposte in caso di patologia, e di assumere una decisione libera e personale di adesione o meno al piano terapeutico proposto. In questo modo, il cd. consenso informato, ben lungi dal poter essere svilito in una firma in calce ad un documento, si lega strettamente al rispetto dell'identità personale e delle scelte esistenziali più profonde e intime della persona; in una parola, riprendendo il titolo della rubrica in cui il diritto è inserito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al rispetto della dignità umana. La latitudine e l'intensità di tale posizione giuridica sono del resto riconosciute fin dall'inizio del suo percorso di affermazione. In ambito filosofico, si potrebbe risalire fino a Le leggi di Platone, in cui, osservando la differenza fra i medici che si occupavano degli schiavi e quelli che curavano i liberi, il filosofo descrive come fossero solo i secondi, e proprio a motivo della libertà di cui godeva il loro paziente, a «rendere partecipe della loro indagine l'ammalato stesso (...) non prescrivendo nulla se non dopo averlo persuaso». In ambito giuridico, è possibile ritrovare un equivalente collegamento fra il consenso e i principi liberali, e la stessa forma di stato di derivazione liberale, nel *leading case* che negli Stati Uniti ha aperto la strada all'*informed consent*. In *Mohr v. Williams* del 1905, la Corte Suprema del Minnesota sostenne che «under a free government at least, the free citizen's first and greatest right, which underlies all others – the right to the inviolability of his person; in other words the right to himself – (...) necessarily forbids a physician or surgeon, (...) to violate, without permission, the bodily integrity of his patient (...), operating upon him without his consent or knowledge».

In Italia, è il biennio 2007-2008 a segnare l'affermazione, per via giurisprudenziale, del consenso in ambito medico. Pur riconoscendo la vulnerabilità di una condizione particolare come quella della malato grave, vulnerabilità che invita ad «una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza», la Cassazione è

estremamente chiara nel fondare il diritto al rifiuto dei trattamenti anche di sostegno vitale, il quale non può essere disatteso «in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico» (I sez. civ., n. 21748 del 2007). E sarà la stessa Corte costituzionale, di lì ad un anno, a confermare che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32» (sent. n. 438 del 2008). Tale diritto era, peraltro, stato già riconosciuto all'interno del lessico professionale sia del medico che dell'infermiere. È a partire dal codice di deontologia medica del 1995, così, che si indica che il medico «non deve intraprendere attività diagnostica o terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato».

All'interno di tale quadro, si pone quindi la legge n. 219 che, testualmente, cerca di allontanarsi da logiche meramente contrattualistiche o generatrici di comportamenti riconducibili alla medicina difensiva, dando sostanza e spessore al rapporto medico-paziente, definito come quella «relazione di cura e di fiducia» in cui «si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1.2). Pur confermando il diritto al rifiuto, valido anche nei confronti di nutrizione e idratazione artificiali in ossequio al rispetto della diversità di impostazioni personali, la normativa è chiara nel combattere la tendenza a sostituire la solitudine del “medico paternalista” con l'altra, e forse peggiore, del malato abbandonato a sé stesso. Si conferma così la strategia di accompagnamento al malato, promuovendo «ogni azione di sostegno (...) anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica» (art. 1.5). Nella stessa prospettiva, è previsto che la stesura delle disposizioni anticipate di trattamento segua un percorso di informazioni mediche relative alle conseguenze delle stesse (art. 4.1).

Altre conferme e precisazioni si inscrivono all'interno dello stesso quadro riferibile ai principi personalista e pluralista: l'estensione della terapia del dolore, l'astensione da ogni ostinazione irragionevole, le procedure e le forme per dare sicurezza al rispetto delle volontà anticipate. Dedicando un articolo specifico alla pianificazione condivisa delle cure, inoltre, la normativa inserisce nel quadro giuridico una novità, anche rispetto al panorama comparato. Si tratta della possibilità, per il malato di una patologia cronica e invalidante o con prognosi infausta, di dare indicazioni sulle cure che vorrà o non vorrà seguire nell'evoluzione della malattia. Tale facoltà è particolarmente utile per una serie di motivi. Oltre l'80% dei decessi non sono in Italia improvvisi, ma preceduti da qualche preavviso. Nella maggior parte dei casi, quindi, la persona che si avvia verso un percorso di malattia potrà, finché è ancora cosciente, disporre per quando non lo sarà più. E, a differenza delle disposizioni anticipate di trattamento in cui la situazione di incapacità è del tutto ipotetica e eventuale, il riferimento alla specifica situazione patologica potrà permettere di dare disposizioni contestualizzate e precise, che l'équipe sanitaria sarà tenuta a rispettare. In questo modo, oltre a permettere un rispetto “in forma specifica” delle volontà espresse dal malato, le decisioni dei *care givers* potranno essere più agevoli e fonte di minor inquietudine;

e, come dimostrato da alcuni studi riportati dalla più autorevole letteratura scientifica (il *New England Journal of Medicine*) ne gioveranno la qualità di vita e la stessa sopravvivenza dei malati.

In alcune parti, la legge n. 219 non pare invece particolarmente avanzata né “coraggiosa”. A differenza di una serie di ordinamenti in cui la volontà del minore è espressa direttamente dallo stesso e rispettata a condizione di una sua riconosciuta capacità di discernimento, la normativa italiana replica il tradizionale schema della decisione espressa dagli esercenti la responsabilità genitoriale, solo «tenendo conto della volontà della persona minore» (art. 3). In riferimento alle persone cadute in uno stato di incapacità di esprimersi senza aver rilasciato alcuna disposizione, inoltre, la legge non specifica se i criteri da adottare siano quelli a suo tempo espressi dalla Cassazione del caso Englaro o meno (una condizione di stato vegetativo ritenuta irreversibile e la presenza di elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato). La ormai consueta clausola di invarianza finanziaria (art. 7) pregiudica, inoltre, la concretizzazione di alcuni nobili principi, come quello secondo cui il tempo della comunicazione è «tempo di cura», e impedisce un adeguato finanziamento della pur necessaria formazione professionale. In ogni caso, viste le condizioni politiche in cui è inaspettatamente stata adottata, la legge n. 219 pare la migliore ad oggi possibile.

Ciò non toglie che, come indicato nel mio scritto ospitato nel numero 1/2018 di *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, il riconoscimento del consenso informato, con il correlato diritto al rifiuto, costituisca un primo passo verso la promozione del principio personalista, ma non possa certo esaurire gli ambiti di autonomia della persona giunta ad affrontare una fase così delicata ed importante come quella della fine della propria vita. In tale contesto, ad esempio, il limite all'autodeterminazione individuale posto dal reato di mera agevolazione del suicidio contemplato in termini assoluti e incondizionati (art. 580 c.p.) si pone in un rapporto di scarsa coerenza con i principi fondanti della forma di stato liberale e dello stesso stato costituzionale. Alcune delle conseguenze del reato, come riconosciuto dalla Corte Suprema del Canada (*Carter v. Canada* del 2015), si presentano infatti sproporzionate e irragionevoli rispetto agli interessi statali pure legittimamente perseguiti, e impattano in maniera lesiva sulla tutela della vita, della libertà e della sicurezza della persona malata. Anche attraverso questo canale di dialogo interdisciplinare e grazie al panorama comparato, che verrà presto arricchito dalla sentenza della Corte costituzionale italiana sul caso Cappato che dovrà decidere proprio sulla portata dell'articolo 580, si auspica che si possa aprire anche in Italia un dibattito aperto e plurale sugli svantaggi derivanti da una eccessiva limitazione del diritto a decidere pienamente del compimento della nostra esistenza.

# Saggi



# Una rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia: da de Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste

di Marina Calamo Specchia

**Abstract:** *From the de Gaulle Era to the Macron Presidency: a reinterpretation of the Institutional role of the President of the Republic in France* – The essay aims to put in evidence the evolution of the de Gaulle idea of French constitutionalism and of Presidential institution in the Fifth Republic, which put at the core of the Constitutional architecture the President of the Republic (a kind of “monarch” within the Republican institutions). Starting from this point of view, we have tested the stability of this idea of the French institutions as originally foreseen by the Constitution of the Fifth Republic, according to the different interpretations of their role given by the presidents that followed to General de Gaulle, coming to the idea of the presidential role given by the newly elected Emmanuel Macron in the first three months of his term, also in relation to the political context emerged from the presidential and general elections. .

11

---

**Keywords:** President of the Republic; Fifth Republic; French constitutionalism; Political context; Presidential and General Elections.

## 1. Il Presidente della Repubblica, perno della Costituzione della V Repubblica: arbitro o capitano?

La forma di governo instaurata con la V Repubblica è stata oggetto di numerose definizioni: presidenzialismo, parlamentarismo razionalizzato, regime semiparlamentare, monarchia repubblicana, regime weimariano, democrazia plebiscitaria. Esse si prestano a porre in evidenza il carattere di originalità della forma di governo, non inquadrabile nelle tradizionali categorie<sup>1</sup>: infatti, la V Repubblica Francese, pur costituendo un punto di riferimento per la circolazione di un modello a vocazione presidenziale “duttile”, ha rappresentato un *unicum*

---

<sup>1</sup> Si veda il classico M. Volpi, *La democrazia autoritaria. Forma di governo bonapartista e V Repubblica francese*, Bologna, 1979, 55; affermano la trasformazione del regime politico del 1958, nel senso che il Presidente della Repubblica si muta in monarca e la Repubblica in principato, P. Avril, *Le régime politique de la V République*, Paris, 1964; M. Duverger, *La Monarchie républicaine*, Paris, 1974. In particolare, Maurice Duverger in un suo scritto del 1961, nel quale provocatoriamente parlava già di VI Repubblica (M. Duverger, *la VI République et le régime présidentiel*, Paris, 1961) aveva intravisto nell’orleanismo della V Repubblica i germi di un modello poco equilibrato e destinato a evolversi verso un assetto di poteri sbilanciato o a favore del Presidente che avrebbe assunto, anche sul piano sostanziale, la guida del governo, o in presenza di Presidenti deboli a favore del primo ministro che si sarebbe appoggiato sulla fiducia del Parlamento. L’interpretazione gollista e la riforma del 1962 hanno prodotto l’interpretazione presidenzialista della Costituzione della V Repubblica.

difficilmente esportabile, come dimostra il fatto che negli ordinamenti che si annoverano tra quelli cc.dd. semipresidenziali è prevalsa la componente parlamentare della forma di governo. Ed è impossibile, infatti cogliere la ragione della difficile esportabilità di questa peculiare forma di governo senza considerare il particolare contesto storico-politico che ha dato vita alla Costituzione della V Repubblica, che rappresenta l'epilogo di una tormentata fase costituzionale che coincide con il tramonto della IV Repubblica e della sua forma di governo parlamentare, accelerato dalla rivolta dell'Algeria francofona e dalla fine del colonialismo<sup>2</sup>.

L'architettura istituzionale della Francia riposa su tre pilastri fondamentali: a) superamento del regime parlamentare; b) un sistema di potere a concentrazione presidenziale; c) un sistema di potere evolutivo.

a) La Costituzione della V Repubblica è stata definita una vera e propria rivoluzione copernicana: la riduzione del ruolo del Parlamento discende, oltre che dal rafforzamento del potere esecutivo, anche dalla razionalizzazione delle sue attribuzioni. Per la prima volta nella storia costituzionale il Parlamento francese diventa un legislatore di "attribuzione": la potestà legislativa è circoscritta alle materie enumerate dall'art. 34 Cost. e si svolge in complementarità con le competenze normative riconosciute al governo ex art 37 Cost.; inoltre sono disciplinati i decreti legislativi su *loi d'habilitation* del Parlamento; è previsto il voto bloccato, che supera l'ostruzionismo parlamentare (/art. 44 Cost) e la disciplina della questione di fiducia che rende possibile l'approvazione tacita di un disegno di legge. L'intenzione dei Costituenti è chiara: il Parlamento non occupa più un ruolo centrale nelle dinamiche istituzionali a vantaggio del Governo che ha tutti gli strumenti per attuare il suo programma<sup>3</sup>.

b) L'originalità del sistema della V Repubblica risiede nel ruolo assegnato al Presidente della Repubblica, che flette il regime politico-costituzionale in senso presidenzialista, e consiste in una inversione dei rapporti costituzionali tra potere legislativo e potere esecutivo, con la *primauté* del capo dello Stato, la *clef de voûte* del sistema costituzionale non solo di fatto ma anche di diritto: in tal modo la Costituzione del '58 segna una rottura con la Costituzione del '46<sup>4</sup>. Inoltre, un'altra circostanza separa il regime semipresidenziale dal regime presidenziale: la combinazione di elementi del governo parlamentare e del governo presidenziale. Da quest'ultimo trae: l'elezione popolare diretta del capo dello Stato; l'assenza di controfirma ministeriale per gli atti presidenziali più importanti tra cui la nomina del primo ministro, il ruolo di arbitro che viene attribuito al presidente, che deve assicurare la "continuità dello Stato (art. 5 Cost.). Dal governo parlamentare il

<sup>2</sup> Di recente, M. Volpi è tornato a riflettere sulle istituzioni della V Repubblica: M. Volpi, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna, 2014, 55ss.

<sup>3</sup> M. Volpi, *Il semipresidenzialismo...*, cit., 60-61; J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institution politiques*, Paris, 2014, 487-488.

<sup>4</sup> Nel 1958 M. Debré proclamava; «La clef de voûte du régime parlementaire c'est la fonction de président de la République»; nel 1946 P. Cot, relatore generale del progetto del 19 aprile, aveva dichiarato: «L'assemblée nationale, expression de la volonté du peuple, est la clé de voûte du pouvoir» (M.-H. Fabre, *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, 1984, 348).

presidenzialismo attinge le procedure legali per risolvere i conflitti tra i poteri: l'Assemblea nazionale può rovesciare il governo essendo quest'ultimo vincolato al rapporto di fiducia; il Presidente della repubblica può sciogliere l'Assemblea nazionale; il Presidente della Repubblica può indire un *referendum* su richiesta del governo o del Parlamento in modo che sia il popolo a decidere una questione che li divide<sup>5</sup>.

c) La Costituzione del 4 ottobre 1958, se giuridicamente è una Costituzione rigida, sul piano politico è retta da un sistema elastico di potere, adattabile ai mutamenti storico-politici: da ciò discende la possibilità di operare letture differenti della Costituzione, che differisce sovente nell'applicazione dalla lettera del testo dispositivo. Nell'arco temporale di vigenza della V repubblica tre evoluzioni costituzionali, a Costituzione invariata, si sono già realizzate: in primo luogo la desuetudine dell'istituto referendario. Sotto la presidenza de Gaulle cinque *referendum* si succedono; sotto la presidenza Pompidou, uno; sotto la presidenza di Giscard d'Estaing si ritrovano solo vaghe allusioni al *referendum*; anche la presidenza mitterradiana è marcata dal distacco verso un istituto cui la sinistra era da sempre ostile, anche se appuntamenti referendari importanti si sono avuti a proposito dei *referendum* di autodeterminazione del 1988 e di adesione all'Unione europea dei primi anni novanta; ugualmente l'atteggiamento di Chirac è tiepido nei confronti della pratica referendaria, se si eccettua il rinnovato ciclo dei *referendum* devolutivi nei T.O.M. del 1999-2000 e il *referendum* sul *quinquennat* del 2000, mentre quello sul Trattato di Roma che adotta una Costituzione per l'Europa nel 2005 è determinato da spinte esogene: la progressiva disaffezione verso un istituto che aveva marcato gli anni di avvio della V Repubblica indica che, a differenza del gollismo, il potere non si sostanzia nel costante rapporto con il popolo, ma si chiude nelle "stanze" istituzionali marcando la distanza tra elettori ed eletti. La seconda evoluzione istituzionale tocca il *Conseil constitutionnel*: il disegno costituzionale originario aveva visto in tale istituzione l'organo di difesa del Presidente della Repubblica nei confronti degli altri poteri, un vero e proprio cannone dell'esecutivo costantemente puntato contro il Parlamento. Dopo la scomparsa del Generale de Gaulle, la decisione del 16 luglio 1971 e la riforma del 1974 che introduce la *saisine parlementaire* segna una virata di 180° rispetto alla posizione sostenuta in precedenza, completata dall'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) con la revisione costituzionale del 2008: alla difesa del Presidente contro il Parlamento, il Consiglio costituzionale aggiunge la difesa del Parlamento contro l'esecutivo e soprattutto la difesa dei diritti e delle libertà fondamentali. In terzo luogo, la coabitazione introduce una lettura parlamentare della Costituzione in luogo di quella gollista: la coabitazione è quella particolare situazione che si verifica proprio a seguito di un particolare mutamento politico al vertice che produce la «coexistence d'un Chef d'État élu au suffrage universel sur un programme politique et d'un Premier Ministre s'appuyant sur une majorité parlementaire élue pour soutenir une politique opposée»<sup>6</sup>. La Francia ha

<sup>5</sup> M. Volpi, *Il semipresidenzialismo...*, cit., 59-60.

<sup>6</sup> J. Massot, *Alternance et cohabitation sous la V République*, Paris, 1997, 16.

sperimentato tre coabitazioni: la *cohabitation combative* tra Mitterrand e Chirac del 1986-1988, la *cohabitation de velour* tra Mitterrand e Balladur del 1993-1995 e la *cohabitation pérennisée* tra Chirac e Jospin del 1997-2002: ciascuna di esse presenta caratteristiche diverse. La prima coabitazione si manifestava chiaramente come un terreno di aperto scontro politico tra le due teste<sup>7</sup>: Mitterrand tendeva ad esaltare il ruolo del presidente nell'ambito diplomatico e della difesa<sup>8</sup> senza, però, rinunciare a un *droit de regard* sulle grandi questioni politiche interne (la polemica sulla firma delle ordinanze lo dimostra in pieno); dal canto suo il primo ministro Chirac impostava la coesistenza istituzionale sottolineando le ampie prerogative del governo diretto dal primo ministro, soprattutto in campo economico e sociale<sup>9</sup>. La seconda coabitazione, quella tra Mitterrand e Balladur del biennio 1993-95 definita coabitazione di "velluto", è stata meno conflittuale della prima: l'esperienza maturata durante la passata coabitazione, il fatto che Mitterrand non poteva più ricandidarsi alle presidenziali (circostanza che lo poneva al di sopra delle dispute politiche subalterne), la maggiore discrezione di Balladur nel coesistere con Mitterrand, sono tutti elementi a favore di una coabitazione *souple*, non di scontro. Anche un altro elemento era decisivo: il rapporto tra Mitterrand e il suo partito era mutato. Il partito socialista francese era lacerato dalle lotte di fazioni interne, cui lo stesso Mitterrand aveva preso parte, e dalla lotta per la candidatura alle successive elezioni presidenziali. Inoltre, il primo ministro Balladur disponeva di una maggioranza schiacciante all'assemblea nazionale (415 seggi). Mitterrand si attesta, quindi, sulla politica estera e di difesa e rinuncia ad un ruolo attivo in materia economica e sociale, riservandosi un ruolo di garante della nazione<sup>10</sup>. La

<sup>7</sup> M. Volpi, "Cohabitation" e sistema politico, in *Pol. del dir.*, 1986, 717 ss.; R. Iaselli, *La coabitazione in Francia e le sue conseguenze politico-istituzionali (1986-1988)*, in *Quad. cost.*, 1990, 183 ss.

<sup>8</sup> A. Giovannelli, *La "Monarchie nucléaire" e la "cohabitation": dal "domaine réservé" al "domaine partagé"*, in *Pol. dir.*, 1986, 675 ss.; X. Vandendriessche, *L'apport du président Mitterrand au droit constitutionnel de la V République*, in *Rev. dr. pub.*, 1996, 683; C. A. Colliard, *Les pouvoirs de la présidence de la République en cas de coexistence institutionnelle (mars 1986-mai 1988)*, in *Rev. dr. pub.*, 1989, 1565 ss.

<sup>9</sup> Le difficoltà di assestamento conseguenti al "sisma" della prima coabitazione si concretizzarono in vari incidenti di protocollo (Summit di Tokyo del 4-6 maggio 1986, Consiglio europeo dell'Aja del 26-27 giugno 1986, Summit franco-tedesco dell'ottobre 1986, Summit franco-spagnolo del marzo 1987), dato che Chirac voleva affermare un ruolo attivo del primo ministro in politica estera anche attraverso una presenza fisica alle principali riunioni internazionali e Mitterrand non perdeva occasione per sottolineare la preminenza presidenziale negli affari esteri. Incidenti più seri si manifestarono a causa del ricorso frequente da parte del governo ad accordi in forma semplificata firmati dal primo ministro in visita all'estero o in occasione del negoziato diretto di Chirac e M. Noir con Saddam Hussein nell'estate del 1987: tuttavia, nei due negoziati fondamentali, la continuità della politica estera francese e l'accordo sugli interessi di fondo della Francia hanno prevalso sui conflitti di coabitazione. Secondo un'autorevole dottrina, il primo biennio di coabitazione non è stato altro che una tregua armata, un *modus vivendi*, poiché entrambi gli attori consideravano l'elezione presidenziale come il possibile ritorno alla "normalità", grazie alla coincidenza tra maggioranza presidenziale e maggioranza parlamentare (G. Vedel, *Variations et cohabitations*, in *Pouvoirs*, n. 49, 1989, 69).

<sup>10</sup> Durante la coabitazione di velluto, la politica estera francese non ha mancato di coerenza, in quanto il primo ministro ha svolto un ruolo diplomatico determinante: la politica estera francese è apparsa il prodotto di una stretta concertazione tra Balladur, Mitterrand, il ministro degli affari esteri Juppé e il ministro della difesa Leotard. In realtà, grazie alla "buona volontà"

coabitazione lunga o *perennisée*, destinata a divenire una coabitazione di legislatura presenta due tratti essenziali, che valgono a differenziarla dalle prime due: viene accentuato il potere del governo a vantaggio del primo ministro; fa vacillare un presidente che resiste. Sotto il primo profilo, più che Chirac, primo ministro nella prima coabitazione e Balladur, primo ministro nella seconda coabitazione, Jospin dispone sul piano istituzionale di un potere ineguagliato in altri periodi della V Repubblica, che gli consente la *primauté* incontestata in politica interna e una forte implicazione nella politica europea, nella politica estera e nella difesa. I meccanismi istituzionali sono i medesimi delle precedenti coabitazioni: il primo ministro fa leva sugli artt. 20 e 21 Cost., ma in più ricorre il 19 giugno 1997 all'art. 49.1, impegnando la propria responsabilità su una dichiarazione di politica generale e ottenendo il sostegno della maggioranza dell'assemblea nazionale (297 voti contro 252). Jospin impiega anche altri strumenti procedurali del parlamentarismo razionalizzato: la procedura di conciliazione prevista dall'art. 45.2, che gli consente di convocare una commissione mista paritetica in caso di disaccordo su di un testo normativo, ma non ricorre né al meccanismo dell'art. 38 (delegazione legislativa) né alla questione di fiducia ex art. 49.3<sup>11</sup>.

La lettura parlamentare in luogo della lettura presidenziale della Costituzione comporta, dunque, un riequilibrio tra il potere legislativo e il potere esecutivo. Due sono, però, gli ostacoli che impediscono nei fatti la restaurazione della supremazia parlamentare, pilastro della *République republicaine*: i poteri propri del Presidente della Repubblica, ossia quelli sottratti alla controfirma ministeriale ex art. 19 Cost., e la sua elezione popolare diretta, che gli conferisce la legittimazione politica, e dunque l'autorità, per usarli.

del presidente della Repubblica e del primo ministro, non si sono registrate crisi acute durante tale periodo *cohabitationniste*, probabilmente sia perché il capo dello Stato ha accettato che la politica estera fosse considerata come parte della politica della nazione, che l'art. 20 Cost. conferisce al governo, sia perché il governo ha rispettato i poteri del presidente in materia, in quanto «*il négocie et ratifie les traités*». Ne discende che la seconda coabitazione, di tipo consensuale, ha stemperato la preminenza presidenziale in politica estera, che è apparsa il prodotto di delicati equilibri e accordi negoziati a quattro, confermando in tal modo l'elasticità del modello istituzionale francese: è evidente, infatti, che la coabitazione costringe le istituzioni e la prassi a uno sforzo di adattamento e se il presidente riesce a salvaguardare le proprie prerogative, le esercita, comunque, in un contesto politico-istituzionale diverso, che varia a seconda delle prospettive politiche del presidente e delle varie combinazioni tra maggioranza parlamentare, maggioranza presidenziale, coincidenza o meno tra presidente e *leader* del partito di minoranza, primo ministro e *leader* del partito di maggioranza (Gozi S., *La terza coabitazione e la politica europea della Francia: rischio di crisi istituzionale od ulteriore adattamento del modello francese?*, in "1989" *Riv. dir. pub. sc. pol.*, 1998 121 ss.; D. G. Lavroff, , *Le droit constitutionnel de la V République*, Paris, 1999 948.

<sup>11</sup> Sulle prime due coabitazioni e sull'avvio della terza si rinvia ai saggi contenuti nel numero 91/1999 della rivista *Pouvoirs*; per un'inquadramento della coabitazione tra i mutamenti informali della Costituzione si consenta di rinvia a M. Calamo Specchia, *I mutamenti costituzionali informali in Francia: un epifenomeno alla ricerca di una proiezione giuridica?*, in *DPCE*, 2009, 1699 ss.; di recente è tornata a occuparsi di coabitazione francese nell'ambito della più ampia riflessione sulle trasformazioni costituzionali negli ordinamenti della *western legal tradition* L. Fabiano, "Trasformazioni e "transizioni" costituzionali tra categorie definitorie "west based": il modello liberale e il caso africano, in AA.VV. *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio. Scenari e prospettive dall'Europa all'Africa*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2016, 38ss.

L'istituzione presidenziale è, indubbiamente, la trave portante dell'edificio costituzionale della V Repubblica: la sua *primauté* è delineata sin dalla formale collocazione nel testo costituzionale, che pone il titolo che tratta della presidenza della Repubblica subito dopo il titolo primo dedicato alla sovranità. Tale "rendita di posizione" è confermata dal prestigio simbolico da cui è circondata la carica: il Presidente rappresenta la nazione francese nelle sue relazioni esterne e incarna l'autorità dello Stato all'interno.

L'anima gollista che percorre l'intera Costituzione del 1958 trova proprio nel ruolo assegnato al Presidente della Repubblica una delle sue manifestazioni più efficaci: la previsione di poteri propri privi di controfirma ministeriale (tra i quali si ricordano la possibilità di indire i referendum e di sciogliere l'Assemblea nazionale, la nomina del primo ministro e i poteri straordinari) uniti all'irresponsabilità presidenziale, che comporta, nei periodi di maggioranze indivise, la traslazione dell'irresponsabilità dal presidente verso i ministri che attratti nella sfera dell'Esecutivo divengono politicamente responsabili solo dinanzi al capo dello Stato, tanto da indurre taluno a parlare di "régime moniste inversé"<sup>12</sup> a vantaggio del Presidente, nonché l'art. 5, la disposizione con cui si apre il titolo dedicato al Presidente della Repubblica, norma alquanto controversa in ordine alla sua effettiva portata<sup>13</sup>, fa del Presidente un arbitro e un custode della Costituzione (ma a ben vedere anche i presidenti della III e IV Repubblica erano definiti dei *gardiens de la constitution*), anche se una lettura più attenta della disposizione denota una portata del tutto diversa, comparandola alla prefigurazione del ruolo presidenziale descritta da de Gaulle nel discorso pronunciato a Bayeux nel 1946, nel quale si trovano le medesime espressioni, arbitro, arbitrato nazionale al di sopra dei partiti, continuità dello Stato, garante dell'indipendenza nazionale e dei trattati conclusi dalla Francia. Al tempo stesso, la prassi della presidenza giscardiana, caratterizzata da un sostegno parlamentare minoritario, o della presidenza mitterrandiana nei periodi 1986-88/ 1993-95 e della presidenza chirachiana nel periodo 1997-2002, identificata da un Presidente posto al cospetto di una maggioranza parlamentare contrapposta, ne ha fatto un Presidente repubblicano debole sotto il profilo della leadership politica<sup>14</sup>. Anche se indebolito, il Presidente non resta "inerte", per impiegare un'espressione mitterrandiana: egli conserva per tutta la durata della coabitazione il suo ruolo di *gardien du bon fonctionnement de la Constitution*, invitando il governo al rispetto del riparto di competenze del Parlamento e alla limitazione del ricorso alla procedura di urgenza ed esercita con vigore la sua *fonction tribunitienne*, mediante la quale il

<sup>12</sup> X. Vandendriessche, *L'apport du président Mitterrand au droit constitutionnel de la Cinquième République*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1996, 641-645; O. Beaud, *La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la V République*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1998, 1541 ss.

<sup>13</sup> Sulla portata dell'art. 5, M. Duverger, *Le système...*, cit., 258-260, 385; F. Ardant, *L'article 5 et la fonction présidentielle Pouvoir*, 1987, n. 41, 37-62; R. Romi, *Le président de la république, interprète de la Constitution*, in *Rev. dr. pub.*, 1987, 1268 ss.; P. Avril, *Un président pour quoi faire ?*, Paris, 1965, 35 ss.; I. Richir, *Le chef de l'État et le juge constitutionnel, gardiens de la Constitution*, in *Rev. dr. pub.*, 1999, 1054 ss.

<sup>14</sup> T. S. Renoux, *L'esperienza francese*, in M. Luciani, M. Volpi, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 531-532.

Presidente delinea i grandi orientamenti del paese ed esprime l'interesse nazionale superiore<sup>15</sup>.

La prassi politica del generale de Gaulle e dei suoi successori fa del Presidente della Repubblica francese un monarca elettivo<sup>16</sup>: del monarca deve avere il potere, dell'eletto la legittimazione. In realtà, sia de Gaulle che Pompidou fanno ampio impiego del proprio ruolo in senso presidenzialista: a vantaggio di de Gaulle giocavano la guerra d'Algeria e l'ostilità personale nei confronti di un Parlamento dilaniato dai contrasti interni; Pompidou, da parte sua, aveva nei sei anni di premierato fatto propria l'applicazione presidenziale della Costituzione. Dal 1974 al 1978 la presidenza giscardiana sembra favorire un riequilibrio istituzionale tra legislativo ed esecutivo: in quegli anni il governo si sforzò di indurre il Parlamento a usare al meglio le proprie competenze, astenendosi dall'impiegare i freni che la Costituzione gli offre; ma dopo che le elezioni legislative del 1978 ed europee del 1979 ebbero confermato la maggioranza politica favorevole al Presidente, il governo esercitò appieno le procedure costituzionali della questione di fiducia e del voto bloccato. Nel 1981, l'arrivo all'Eliseo di Mitterrand segna per i trascorsi dell'uomo politico, che non aveva votato la Costituzione del 1958 nel mentre aveva denunciato nella sua applicazione «un coup d'état permanent»<sup>17</sup> un ritorno all'applicazione in senso parlamentare della Costituzione ma in realtà si può osservare che il Presidente Mitterrand, per definire la funzione presidenziale, riprende l'idea di direzione generale basata su di un "contratto" con il popolo, limitandosi il Primo ministro a svolgere atti di mera gestione (anche se il Presidente finirà con l'immischiarsene); di conseguenza, se il Primo ministro Mauroy gode di una certa indipendenza in materia economica e sociale, la lista delle materie riservate al Presidente della Repubblica si allunga, comprendendo la politica estera, la difesa nazionale, l'oltremare, la cultura e dopo il 1982 la sicurezza pubblica; il governo fa uso di tutti gli strumenti di pressione verso il Parlamento, compresi la questione di fiducia e il voto bloccato<sup>18</sup> e anche quando nel 1988 la maggioranza si ricompone, Mitterrand, non potendo contare sulla convergenza delle opposizioni, dovrà ricorrere a maggioranze variabili che si formeranno di volta in volta sulle misure proposte: il presidenzialismo risulterà pertanto razionalizzato.

Il presidenzialismo assoluto sembra tornare nel 1995 con l'elezione di Jacques Chirac, il leader gollista, come confermato dai primi due anni del mandato durante i quali interviene in modo attivo sia in politica estera che in politica interna. Tuttavia, un errore tattico è quello di sciogliere nel 1997 l'Assemblea nazionale per ottenere una maggioranza parlamentare favorevole, come fece

---

<sup>15</sup> J.-L. Parodi, *Les défis des cohabitations: la soumission tribunitienne*, in *Rev. fr. sc. pol.*, 1997, 300-305.

<sup>16</sup> E. Bulzi, *La concezione gollista del ruolo del Capo dello Stato come base del modello nazionale di semipresidenzialismo della V Repubblica*, in *DPCE*, 2001, 1787ss.

<sup>17</sup> F. Mitterrand, *Le Coup d'Etat permanent*, Paris, 1964. Mitterrand ha successivamente corretto il tiro e una volta eletto Presidente della Repubblica si è adattato alle istituzioni golliste tanto da incarnarne gli ideali accostandosi a de Gaulle molto più dei presidenti gollisti (Y. Meny, *Le système politique français*, Paris, 1999, 99 ss.).

<sup>18</sup> M.-H. Fabre, *Principes républicains...*, cit., 355-356.

Mitterand nel 1988: sebbene percorsa da divisioni interne, la maggioranza parlamentare era favorevole al capo dello Stato (nonostante la ripresa degli esperimenti nucleari), mentre il Primo ministro conduceva una politica di riforme indispensabili ma non ben percepite dall'opinione pubblica. Consapevole di aver errato nel mancato scioglimento dell'Assemblea nazionale immediatamente dopo le elezioni presidenziali, il Presidente Chirac pone in essere uno scioglimento del genere di quello impiegato dal Primo ministro britannico quando avverte che le circostanze politiche sono a lui favorevoli per consolidare la sua maggioranza. Solo che le motivazioni di un simile scioglimento non sono state ben percepite dall'opinione pubblica determinando l'emersione di una maggioranza *plurielle* di sinistra (P.S., P.C., M.D., Rad., Verdi), dando l'avvio alla terza coabitazione<sup>19</sup> e svuotando dall'interno il ruolo del Presidente della Repubblica. Anche il successivo mandato 2002-2007 conferma una presidenza temperata, considerato l'indebolimento della figura presidenziale dovuta a vari fattori: gli effetti ancora percepiti della lunga coabitazione, le questioni giudiziarie per fatti commessi durante il mandato di Sindaco di Parigi, la vittoria del NO al referendum sull'approvazione del Trattato di Roma minano la credibilità politico-istituzionale di Chirac<sup>20</sup>, che tuttavia ottiene attraverso una politica estera basata sulla convergenza e collaborazione con il primo ministro una ricaduta positiva nell'opinione pubblica francese, dalla *saisine* congiunta al *Conseil constitutionnel* sul Trattato di Amsterdam del 1997 al conflitto in Kosovo del 1999 alla lotta contro il terrorismo<sup>21</sup>, all'aperta ostilità manifestata nel gennaio del 2003 dal suo governo contro la guerra in Irak e portata avanti con la costituzione di un asse franco-tedesco lanciato il 22 e 23 gennaio 2003 in occasione delle celebrazioni a Versailles e a Berlino per i 40 anni del patto di amicizia franco-tedesco<sup>22</sup>.

Diverso discorso va fatto con riferimento alle presidenze Sarkozy e Hollande e al neo-eletto Macron. Con la presidenza Sarkozy si realizza la restaurazione dell'iperpresidenzialismo secondo cui il governo "n'a désormais qu'un seul devoir: celui de mettre en oeuvre le programme présidentiel" (Sarkozy)<sup>23</sup>: così il Presidente interviene a stabilire il programma del Governo, ad inviare le *lettres de mission* ai singoli ministri individuando gli obiettivi da raggiungere e oscurando la figura del Primo ministro, che definisce un "*collaborateur*"<sup>24</sup>, e a portare a compimento nel 2008 la più imponente revisione della Costituzione, senza tuttavia giungere a mutarne gli assetti essenziali, quali il ruolo del Presidente della

---

<sup>19</sup> D. G. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, cit., 925.

<sup>20</sup> M. Volpi, *Il semipresidenzialismo...*, cit., 68-69; sull'incidenza dell'istituto referendario sulla forma di governo si consenta di rinviare a M. Calamo Specchia, *Il referendum in Francia ovvero la démocratie rappresentative alla prova*, in *DPCE*, 2005, 1246 ss.; per un'analisi classica del rapporto democrazia diretta e democrazia rappresentativa in Francia C. Murgia, *referendum e sistema rappresentativo in Francia*, Milano, 1983.

<sup>21</sup> J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel...*, cit., 508.

<sup>22</sup> M. Staack, *La Germania nel nuovo ordine europeo e mondiale. Note sulla politica estera tedesca tra il 1998-2004*, E. Bosco, J. Schmid (a cura di), *La Germania rosso-verde. Stabilità e crisi del sistema politico (1998-2005)*, Milano, 2010, 60.

<sup>23</sup> J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel...*, cit., 554.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

Repubblica, sebbene a partire dal 2010 i ruoli si invertiranno a seguito della perdita di popolarità del Presidente e il Primo ministro Fillon, che sarà ricordato come il più longevo della storia della V Repubblica dopo Pompidou, confermato nel novembre 2010 alla guida del governo, tornerà a svolgere un ruolo di cerniera sia all'interno dell'esecutivo, rivalutando il principio diarchico, sia nei rapporti con la maggioranza parlamentare<sup>25</sup>.

La Presidenza Hollande, secondo Presidente socialista della storia della Francia, si configura sin da subito in netta antitesi con la concezione stessa del ruolo del capo dello stato impersonata dalla presidenza Sarkozy: a fronte dell'onnipresenza *sarkozienne*, Hollande nel suo Discorso di Digione, per il quale la concentrazione dei poteri comporta impotenza e irresponsabilità, ha affermato la sua intenzione di verificare la permanenza del rapporto di fiducia e di voler essere un Presidente "normale" che rispetterà i ruoli del Primo ministro e del Parlamento ("Je fixerai les priorités mais je ne déciderai pas de tout ni à la place de tous"<sup>26</sup>), tanto da valergli subito l'epiteto di "*Monsieur faible*", a fronte di un atteggiamento fermo del Primo ministro Valls che non ha mancato di attivare la procedura dell'art. 49.3 pur di ottenere il consenso su importanti progetti di legge, come quello sulla crescita economica del 2015 (cd. loi Macron)<sup>27</sup>. Di certo, però, il progressivo calo di autorevolezza e di consenso della Presidenza Hollande, testimoniato dalle elezioni dipartimentali e regionali del 2015 che rappresentano la *débâcle* del partito socialista a vantaggio delle destre e dell'UMP di Sarkozy<sup>28</sup>, nonostante i positivi riscontri registrati sul piano della politica estera e sugli importanti progetti di riforma presentati dal governo Valls (divieto del cumulo dei mandati, riforma delle regioni, diritto di asilo) non può essere non messo in relazione con la dilagante crisi economica e le connesse politiche di austerità e con gli attentati a Charlie Hebdo e al Bataclan, tanto da costringere il Presidente Hollande a ritirare nel 2016 la sua candidatura all'Eliseo, aprendo così la strada all'elezione a Presidente della Repubblica nel 2017 di Emmanuel Macron, che come si vedrà in seguito ha raccolto le eredità golliste dell'interpretazione presidenzialista delle istituzioni, volendo sin da subito incarnare un Presidente che presiede e governa, ma adattandole alla fluidità del contesto politico in cui si trova a operare.

---

<sup>25</sup> R. Casella, *Le elezioni francesi del 2012: la prassi presidenziale da Sarkozy a Hollande*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), Rassegna 15 ottobre 2012, 2-5; S. Ventura, *Nicolas Sarkozy: l'iperpresidenza e la riforma delle istituzioni*, in *Quad. cost.*, 2009, 143 ss.

<sup>26</sup> J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel*, 554.

<sup>27</sup> P. Piciacchia, *Le inquietudini del quinquennato: dall'anti-europeismo elettorale alla crisi del governo Valls. Fine del sogno di Hollande o trasformazione di un modello?*, in *Nomos*, 2-2014, 1-3; P. Piciacchia, *La Francia di Holland-Valls e lo scolamento tra politica interna e politica estera: riforme e ambizioni internazionali vs. insofferenza dell'elettorato, partiti dell'opposizione che si riorganizzano ed elezioni regionali alle porte*, in *Nomos*, n. 2-2015, 1-4; M. Volpi, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna, 2014, 71.

<sup>28</sup> P. Piciacchia, *La Francia alla ricerca di una VI République? Le elezioni dipartimentali di marzo, il rilancio dell'UMP e le regole sulle primarie: prove tecniche per le presidenziali 2017*, in *Nomos*, n. 1-2015, pp.1-5; sull'effetto di anticipazione delle tornate elettorali del 2014-2015 si vedano i numeri monografici della *revue politique et parlementaire* dedicati a: *Elections de crise. Municipales, européennes et sénatoriales*, n. 1071-1072, avril-septembre 2014 e *Régionales 2015: un tournant avant 2017*, n. 1078, janvier-mars 2016.

Le due anime della Costituzione del 1958, quella presidenzialista e quella parlamentare, convivono dunque nella V Repubblica, che a seconda della personalità dei presidenti e delle contingenze politiche trovano concretamente attuazione: le esperienze presidenziali passate e quella attualmente in corso evidenziano infatti che “il dualismo insito nella forma di governo possa essere compresso in certe fasi ma mai completamente eliminato”<sup>29</sup>.

## 2. Il Presidente della Repubblica “nel” sistema politico

Nell’organizzazione costituzionale della V Repubblica, il Presidente gode di una posizione di primazia costituzionale, rivestendo al contempo una funzione di garanzia e una funzione di impulso (art 5: “Il Presidente della Repubblica garantisce il rispetto della Costituzione sia all’interno dell’esecutivo che nei rapporti con il Parlamento”). Sotto il primo profilo, il Presidente della Repubblica, che ai sensi dell’art. 9 Cost. presiede il Consiglio dei Ministri e che dispone di una nutrita serie di poteri “liberi” ossia non soggetti a controfirma ministeriale (art. 19 Cost.), nomina Primo ministro una personalità politica espressione della maggioranza parlamentare, che ai sensi dell’art. 21 Cost. dirige l’azione del Governo, il quale a sua volta determina e dirige la politica nazionale (art. 20 Cost.).

Come prima evidenziato, la duplice natura, o l’ambiguità, della forma di governo francese risiede proprio nel dualismo o bicefalismo dell’esecutivo a due teste<sup>30</sup>, che ha dato adito, a volte, a una diversa lettura del sistema costituzionale, ritenuto flessibile, oscillando ora in senso parlamentare ora in senso presidenziale, a seconda della configurazione del rapporto maggioranza presidenziale/maggioranza parlamentare.

Nel disegno originario della Costituzione del 1958, il Governo ha bisogno di un doppio circuito di fiducia promanante dai due depositari della sovranità popolare - o più precisamente di quella sovranità nazionale che l’art. 1 della Costituzione dichiara appartenere al popolo – quello indiretto del Presidente della Repubblica, eletto con un sistema elettorale a doppio grado, e quello diretto del Parlamento. I ministri devono essere, dunque, responsabili individualmente davanti al capo dello Stato e collegialmente dinanzi al Parlamento: questo si giustifica per il fatto che essi sono scelti realmente dal Presidente, anche se con l’accordo del Primo ministro. Ciò significa che i ministri, ove in disaccordo, devono ritirarsi o saranno revocati, e se il Primo ministro dà le dimissioni tutto il Governo ne è travolto: da qui l’interesse per l’istituto dell’incompatibilità tra mandato parlamentare e mandato ministeriale previsto dall’art. 23 Cost., che favorisce un rapporto di devozione tra ministri e Presidente della Repubblica, nel timore di non ritrovare il proprio seggio in Parlamento, per cui l’essere ministro avrebbe comportato, nelle intenzioni dei Costituenti «*beaucoup d’abnegation*» nei confronti

---

<sup>29</sup> M. Volpi, *Il semipresidenzialismo...*, cit., 70.

<sup>30</sup> Si veda la ricostruzione dei rapporti intra-esecutivo di F. pastore, *Decentralizzazione autonomistica e assetto del bicameralismo nella V Repubblica francese*, in *Amministrazione in Cammino*, 2007, 35 ss disponibile su [www.amministrazioneincammino.luiss.it/2007/10/12/decentralizzazione-autonomistica-e-assetto-del-bicameralismo-nella-v-repubblica-francese/](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2007/10/12/decentralizzazione-autonomistica-e-assetto-del-bicameralismo-nella-v-repubblica-francese/).

del capo dello Stato. Nella fase iniziale della V Repubblica, nonostante la presenza di primi ministri stabili, si registra dunque un ripetuto ricorso alla tecnica del rimpasto: a fronte dei primi tre capi di Governo si sono avuti circa dodici governi.

L'istituzionalizzazione del *fait majoritaire*<sup>31</sup> - e con esso del "governo di legislatura" - si ha con la riforma costituzionale del 1962: eletto a suffragio universale diretto, il Presidente della Repubblica beneficia del sostegno di una maggioranza che può essere facilmente identificata.

Va, peraltro, tenuta ben distinta la maggioranza presidenziale fondata sulle elezioni dalla maggioranza parlamentare che si determina in relazione al comportamento dei deputati sui quali esercita un'influenza la politica presidenziale: lo scioglimento del 1962 mostra chiaramente che abbandonare la maggioranza parlamentare significava opporsi al Presidente della Repubblica; così nel 1962 il generale de Gaulle chiede agli elettori di confermare con la designazione degli uomini la scelta che sul destino della Francia era stata fatta col *referendum* costituzionale del 1958; alla vigilia delle presidenziali del 1973 il Presidente Pompidou interviene nel medesimo senso e così agiranno Giscard d'Estaing e Mitterrand nel 1978, 1981, 1986 e 1988. Tale circostanza denota che la maggioranza presidenziale era connessa alla maggioranza parlamentare, che era considerata espressione della prima.

Nel settembre 1971 il Presidente Pompidou introduceva una novità, ponendo il principio della distinzione tra maggioranza parlamentare e maggioranza presidenziale: «Il y a des majorités. Par exemple, il y a une majorité présidentielle qui m'a porté où je sais. Il y a des majorités électorales qui se traduisent tantôt à l'occasion d'élections locales, tantôt à l'occasion des élections législatives et il y a, plus ou moins, pas toujours forcément, accord ou parallélisme entre la majorité présidentielle et la majorité législative»<sup>32</sup>.

Questa interpretazione rafforza la posizione autonoma del Presidente della Repubblica: la maggioranza parlamentare assume un ruolo centrale nella definizione delle relazioni con il Presidente, in quanto rappresenta al Parlamento quella maggioranza che sosterrà la politica definita dal capo dello Stato. Tale mutamento di impostazione dei rapporti tra Parlamento e Presidente rispecchia un mutamento nell'interpretazione del ruolo presidenziale: ad una prima fase, in cui il capo dello Stato svolge un ruolo più defilato a vantaggio del primo ministro, teso a realizzare un'alleanza tra gollisti e centristi, segue una fase in cui Pompidou si pone in linea di continuità con de Gaulle imponendo nel luglio 1972 le dimissioni del primo ministro Chaban Delmas, nonostante la conferma della fiducia a larga maggioranza dell'Assemblea nazionale<sup>33</sup>. Sotto il suo mandato il *fait majoritaire* è eretto, dunque, a principio costituzionale.

---

<sup>31</sup> Secondo una recente definizione, «Le fait majoritaire consiste, pour le Gouvernement, à disposer d'une majorité stable et fidèle, sur laquelle il peut s'appuyer tout au long de son mandat » (J.-F. Kerléo, *Le fait majoritaire, chronique d'une mort annoncée ?*, in *Jus Politicum*, n. 18, Juillet 2017 – *Cours constitutionnelles et révisions de la constitution*, 338).

<sup>32</sup> D. G. Lavroff, *Le droit constitutionnel*, cit., 943.

<sup>33</sup> M. Volpi, *Il semipresidenzialismo...*, cit., 66.

Nella dialettica che può instaurarsi tra maggioranza presidenziale e maggioranza parlamentare, e che ha trovato la sua massima espressione nei periodi di coabitazione, la prima è un elemento fondamentale del funzionamento della V Repubblica. Si è già altrove sottolineato che le elezioni presidenziali e la maggioranza che esprimono impegna durevolmente il paese, a condizione che il Presidente abbia al Parlamento una maggioranza che sostenga la politica e l'uomo che il popolo ha scelto: è rimarchevole che, dopo il 1965, le elezioni presidenziali abbiano prodotto l'effetto di allargare la maggioranza parlamentare, nel senso che l'appartenenza alla maggioranza presidenziale influenza i contorni della maggioranza parlamentare.

Il complesso gioco delle maggioranze politiche conduce a una conclusione: la presidenza di regola è bonapartista, in via d'eccezione repubblicana.

Il ruolo forte del Presidente della V Repubblica che è non solo costituzionale, fondandosi sugli ampi poteri attribuiti testualmente al capo dello Stato, ma anche politico, basandosi sull'ampia maggioranza elettorale (e sulla sua coincidenza con quella parlamentare), dovrebbe implicare una correlativa responsabilità presidenziale: in realtà, da un lato, viene neutralizzato un meccanismo essenziale del regime parlamentare, la responsabilità dell'Esecutivo dinanzi al Parlamento; dall'altro, è paralizzato uno dei cardini del regime presidenziale, la separazione dei poteri, non ricevendo il Presidente della Repubblica un reale contrappeso né dal Parlamento, essendo la sorte dei parlamentari collegata a quella del Presidente, né dal potere giudiziario, sia sotto il profilo personale – giacché il suo operato è sindacabile solo in caso di alto tradimento, giudicato da una corte *ad hoc* formata dai parlamentari (prima Alta Corte di Giustizia, ora semplicemente Alta Corte) ai sensi dell'art. 68 – sia sotto il profilo funzionale – poiché i suoi atti non sono sindacabili per illegittimità costituzionale –.

In realtà, l'effetto dirompente dell'elezione presidenziale a suffragio universale diretto consiste nel mutamento del rapporto tra corpo elettorale e Presidente: nell'evoluzione che ha caratterizzato lo sviluppo delle istituzioni della V Repubblica a partire dal nuovo corso inaugurato dal "dopo 1962", si è registrato, dunque un mutamento informale ciclico determinato dal fatto che il diritto costituzionale per quel che concerne la forma di governo non si riduce al testo costituzionale e alla giurisprudenza costituzionale ma si estende alle regole politiche (non giustiziabili, ma sanzionabili politicamente).

In un simile contesto istituzionale, i partiti politici francesi, geneticamente deboli sotto il profilo strutturale, si caratterizzano per la tendenza a costituire alleanze elettorali bipolari, in modo da rispecchiare la bipolarità interna del sistema istituzionale introdotto con la V Repubblica, sebbene la conformazione multipartitica del sistema politico dal 1962 al 1990 inclini più naturalmente verso una tripartizione dell'arena politica con l'emersione di tre forze politiche di cui una resta esclusa dal governo e, dopo il 1990, evidenzia la formazione di micro-partiti non organizzati, meglio conosciuti come partiti virtuali che coprono un largo spettro ideologico.

Il ruolo dei partiti è tuttavia affidato prevalentemente alla prassi politico-costituzionale: la Costituzione del 1958 negli art. 4 e 27 assegna al partito politico

un ruolo non lontano dall'essere funzionale all'espressione del suffragio, stante il principio fondativo della sovranità nazionale che non riconosce il mandato imperativo.

La configurazione uninominale a doppio turno dello scrutinio rende molto fluidi i rapporti tra le forze politiche alla vigilia elettorale e favorisce le alleanze al secondo turno: si pensi alla *gauche plurielle* (che univa i socialisti alle forze dell'estrema sinistra e ai verdi) che aveva portato la sinistra francese alla vittoria del 1997 e alla lunga *cohabitation* con Chirac come Presidente della Repubblica e la cui polverizzazione nel 2002 ha determinato la fuoriuscita del partito comunista dalla scena politica.

Il sistema politico francese risente senza dubbio della peculiare forma di governo introdotta dalla Costituzione del 1958: a fronte del doppio bipolarismo istituzionale (inter-istituzionale tra Presidente e Parlamento e infra-istituzionale tra Presidente e Governo) si afferma un sistema partitico bipolare, dominato da due forze politiche di maggioranza relativa e forze politiche minori che si strutturano intorno ai partiti maggiori attraverso il sistema delle coalizioni e degli appontamenti<sup>34</sup>. La bipolarizzazione del sistema dei partiti risale alla fine del secondo conflitto mondiale quando le forze politiche si articolano intorno a due poli, la Destra e la Sinistra, a loro volta con articolazioni interne: la destra si separa in una branca liberale, moderata e una branca autoritaria, tradizionalista e sensibile al valore dell'ordine pubblico. La sinistra si scinde, a sua volta, in una sinistra radicale e rivoluzionaria e una sinistra moderata e riformista. Tuttavia questa doppia struttura bipolare è in continuo mutamento, poiché ciascuno dei quattro elementi si trasforma, si divide e si coagula nuovamente a seconda della variazione delle relazioni tra le parti politiche (ad es. tra destra estrema e destra moderata; tra destra moderata e sinistra moderata) cui si aggiungono fenomeni di scissione interna che denotano un sistema di partiti estremamente instabile e fluido. Nel 1958, in particolare, la ristrutturazione del sistema politico comincia proprio con la creazione di un potente partito maggioritario, il partito gollista, l'*Union pour la nouvelle République* (UNR) che riunisce intorno alla figura di de Gaulle diverse espressioni politiche tanto di destra quanto di sinistra (dal partito gollista discenderanno diverse varianti dal neogollismo di destra, incarnato da Pompidou e Chirac, al gollismo sociale centrista di Chaban-Delmas, al gollismo di sinistra di Capitant al gollismo ortodosso di Debré). L'UNR, che dopo la morte di de Gaulle si ristrutturerà ripetutamente, stabilizzandosi su politiche di destra e cambiando anche nome (da RPR a UDR sino all'attuale LR) tuttavia, evidenzia sin da subito la logica presidenziale che avrebbe informato per il futuro il sistema partitico francese, cui si affianca il partito comunista (PCF, la cui creazione risale al 1920 come primo partito strutturato in grado di mobilitare le masse popolari) che, nonostante sia rimasto il primo partito francese durante la IV Repubblica, subisce l'ondata gollista del 1958 ma la sua politica antigollista riuscirà a fargli

---

<sup>34</sup> Per quasi trent'anni l'effetto del sistema elettorale maggioritario a doppio turno con clausola di accesso al secondo turno ha prodotto quello che Maurice Duverger ha definito "*quadrille bipolaire*": due partiti di centro-destra (gollisti e giscardiani) e due partiti di centro-sinistra (Socialisti e Comunisti) tra loro alleati (M. Duverger, *Le système politique français*, Paris, 1986).

guadagnare consensi a discapito del partito socialista (come già la SFIO) che sconta le divisioni interne al polo di sinistra sino alle elezioni del 1981, quando per la prima volta nella storia costituzionale francese un candidato socialista varca la porta dell'Eliseo<sup>35</sup>, confermando quella che sarebbe stata anche in futuro la cifra della debolezza endemica della sinistra francese e che si riproporrà ciclicamente (basti pensare alla *débâcle* del PSF al primo turno delle presidenziali del 2002, che avrebbe prodotto l'inedito ballottaggio Chirac/Le Pen).

Abbandonata ormai la dimensione parlamentare della III e della IV Repubblica, i partiti politici si presentano a “vocazione” presidenziale ossia sono strutturati per sostenere la candidatura e vincere la competizione elettorale presidenziale e, a questo scopo, cerca di costruire le sue alleanze ed è destinato a influenzare la strutturazione del sistema politico, con l'effetto di trascinarsi della tornata elettorale presidenziale su quella legislativa, istituzionalizzato dalla legge del 2001 che, per ricondurre la forma di governo alla lettura presidenzialista voluta dalla riforma costituzionale del quinquennato del 2000, ha invertito il calendario elettorale posticipando le elezioni legislative all'appuntamento elettorale presidenziale, così riducendo il rischio di una nuova coabitazione<sup>36</sup>.

### 3. Una storia recente delle presidenziali francesi

Il contesto politico-istituzionale nel quale si sono svolte le elezioni presidenziali e legislative francesi del 2017, ha contribuito a definire in senso gollista e presidenzialista la figura di Macron: occorre, tuttavia, aver ben chiare differenze e similitudini<sup>37</sup>. A differenza di de Gaulle, che come è stato evidenziato si muoveva in un contesto politico-istituzionale tutto da rifondare nel quale i partiti tradizionali erano identificati con la destabilizzazione politica che aveva caratterizzato la III e la IV Repubblica, rendendosi tuttavia conto della funzione degli stessi ineliminabile dal sistema politico che si andò ristrutturando secondo la logica bipolare favorita dal consolidarsi delle istituzioni della V Repubblica e dal sistema elettorale maggioritario, che ha conferito agli stessi partiti una vocazione presidenzialista, Macron si trova a fronteggiare la crisi non solo dei partiti ma anche della politica e della rappresentanza, pur avvantaggiandosi di un consolidato assetto istituzionale<sup>38</sup>. Diversamente da quanto accadde nel 1958, quando la destra, provvisoriamente unita, aveva sostenuto la corsa del Generale, sebbene ben

<sup>35</sup> Y. Mény, *Le système politique français*, Paris, 1991, 58-74.

<sup>36</sup> Sulla riduzione a cinque anni del mandato presidenziale L. Montanari, *Prime osservazioni sul quinquennato in Francia*, in *DPCE*, 2000, 989 ss.; C. Murgia, *La riduzione a cinque anni del mandato presidenziale*, in *Rass. parl.*, 2001, 609-627; e sull'inversione del calendario elettorale si consenta il rinvio a M. Calamo Specchia, *La proroga dell'undicesima legislatura in Francia: la “riscossa” del presidenzialismo?*, in *DPCE*, 2001, 1424 ss.

<sup>37</sup> M. Volpi, *La Quinta Repubblica dopo le elezioni: incertezze e interrogativi*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 3/2017, 16 ottobre 2017, 2, che evidenzia come il recupero dello spirito gollista non significa la riproposizione di un modello superato dalla ritessitura del ruolo presidenziale nelle varie fasi di evoluzione politica delle istituzioni francesi (dal *fait majoritaire*, alle fasi di *petite alternance* e di *grande alternance*).

<sup>38</sup> P. Piciacchia, *Le elezioni presidenziali francesi e “les enjeux ouverts” delle elezioni legislative. Un nuovo test per la V Repubblica?*, in *Nomos*, 1-2017, 7.

presto la sua ala più estremista avrebbe formato un'opposizione interna per poi fondare una nuova forza politica, il *Front National*, nel secondo turno delle presidenziali del 2017 (al primo turno le forze politiche sono indirizzate a sostenere i propri candidati) il sostegno della destra moderata a Macron è più razionale e strategico. Allo stesso modo di quello che avvenne nel 1958, un'opposizione di sinistra eterogenea e radicale, quella capeggiata dallo scissionista Melanchon che si ritiene – a torto o a ragione – l'unica vera erede della sinistra socialista francese, si schiera contro il leader carismatico (Macron, oggi; de Gaulle, ieri) mentre il partito socialista, al pari del suo antenato, la SFIO, che in parte pure ha sostenuto l'elezione di Macron<sup>39</sup>, assiste impotente alla sua *débâcle* di fronte alle fratture interne – che hanno condotto alla sconfitta del candidato socialista – e di fronte al prepotente emergere di una nuova ondata sovranista e antieuropeista, incarnata dalla destra populista lepenista e dalla sinistra di Melanchon, pur nelle reciproche irriducibili differenze politiche e culturali<sup>40</sup>.

Le elezioni presidenziali 2017 vanno analizzate, dunque, attraverso una riflessione retrospettiva che colga gli elementi che per tre tornate elettorali (2002, 2007 e 2012) si sono ciclicamente ripetuti tanto da assurgere a “costanti” caratterizzanti l'evoluzione del sistema politico francese: la desuetudine dell'istituto dello scioglimento; l'effetto di trascinarsi del risultato dell'elezione presidenziale su quello delle elezioni legislative; l'astensionismo e la catalizzazione del voto.

I primi due elementi sono strettamente collegati a due riforme d'inizio millennio (2000 e 2001), il terzo al riassetto sul piano sociale delle istanze politiche le cui rivendicazioni sovente si traducono in un “non voto” di protesta e riflettono il grado della crisi (politica, economica e sociale) in cui versa la società civile.

Da un lato, dunque, il presidenzialismo maggioritario consente al Presidente della Repubblica, in virtù della sua legittimazione confermata dalla maggioranza parlamentare, di leggere in modo estensivo le competenze costituzionalmente assegnategli: consente, infatti, al capo dello Stato di cumulare i vantaggi del regime parlamentare e di quello presidenziale. Dal primo deriva: una posizione formale di irresponsabilità politica e la facoltà di servirsi del premier e dei ministri alla stregua di strumenti della sua politica (come una sorta di *super council of*

---

<sup>39</sup> Il periodo compreso tra i due turni è caratterizzato da un riallineamento dei candidati non qualificati riguardo ai candidati che hanno guadagnato il ballottaggio: alla sera del primo turno, la qualificazione – quasi scontata – di Marie Le Pen avrebbe potuto accelerare la chiarificazione delle posizioni, ma così non è stato ad eccezione per la destra di Fillon, Juppé e Sarkozy e per la sinistra di Hamon, Hollande – che vanta quasi la paternità di Macron –, Cazeneuve e Valls, nonché dei partiti PS, PCF, PRG e EELV (più il mondo sindacale e delle grandi associazioni) che si sono schierati a favore di Macron. La situazione si è però complicata giacché tanto nella destra (alcune personalità dei repubblicani, quali Wauquiez o Ciotti, hanno indebolito la posizione dei grandi leader chiedendo di non votare per Le Pen ma di astenersi, oppure lasciando libertà di scelta tra il votare Macron o scheda bianca) quanto nella sinistra socialista, nella quale a fronte di una posizione ufficiale a sostegno di Macron si cela in realtà la posizione di chi, come Martine Aubry, è preoccupato della futura sopravvivenza del PS e dunque interpreta il voto a Macron esclusivamente come uno sbarramento ai lepenisti (G. Le Gall, *Victoire de Macron. Contingence et nécessité*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1083-1084, avril-septembre 2017, 46 ss.).

<sup>40</sup> In tal senso, Y. Mény, *La “rivoluzione” Macron*, in *il Mulino*, 2017, 490-491.

*advisers*). Dal secondo deriva: la durata del suo mandato, la possibilità di “costringere all’obbedienza” a mezzo del premier lo stesso Parlamento che, se di uguale segno politico, si trova a veder ridotto il proprio ruolo a mera camera di registrazione sul piano normativo della volontà del “Presidente-legislatore”.

Dall’altro, il rafforzamento degli elementi parlamentari si evidenzia in un rapporto di sostanziale dualità tra Presidente della Repubblica e premier che consente di rivitalizzare norme sino a quel momento svuotate di significato, come l’art. 20, dando corpo a quelle virtualità di matrice parlamentare insite nel sistema ma in stato di quiescenza, assorbite dalla *primauté présidentielle*. Non si può, dunque, negare un nesso di interdipendenza tra le presidenziali e le legislative: tale collegamento, favorito sul piano formale dalla coincidenza delle due tornate elettorali e dalla posposizione delle legislative alle presidenziali, ha rafforzato nella prassi politica la deriva presidenzialista del sistema francese.

Il riallineamento delle scadenze dei due mandati, presidenziale e parlamentare, realizzato con la riforma costituzionale del 2000 (l. cost. n. 2000-964 del 2 ottobre 2000), che ha ridotto a cinque anni il settennato presidenziale, ha prodotto una coincidenza temporale delle due tornate elettorali: proprio per favorire un effetto di trascinamento dell’elezione presidenziale, competizione duale e frontale, sulle legislative si è provveduto con la legge organica n. 2001-419 del 16 maggio 2001 a riformare il calendario elettorale attraverso una proroga della legislatura in corso, prevedendo uno spostamento delle elezioni legislative successivamente allo svolgimento di quelle presidenziali, e comunque nei sessanta giorni che precedono la scadenza del mandato parlamentare.

La durata parificata delle due istituzioni a legittimazione popolare diretta, il Presidente della Repubblica e l’Assemblea nazionale, ha prodotto sul piano politico l’allineamento delle maggioranze presidenziale e parlamentare e la contestuale desuetudine del potere di scioglimento della camera bassa, istituto che dalla III Repubblica in poi, a seguito dello scioglimento dell’Assemblea nazionale esercitato dal Presidente Mac-Mahon nel 1877 e che ha sin da subito assunto connotati reazionari e anti-repubblicani<sup>41</sup>, non ha goduto di particolare fortuna nel sistema costituzionale d’oltralpe. Nella sua lettura tradizionale, lo scioglimento è infatti un mezzo che consente, in caso del venir meno della maggioranza a sostegno dell’azione governativa, di tornare alle urne affinché il popolo possa pronunciarsi in merito: dopo le elezioni del maggio del 1981, il Presidente Mitterrand si trovò al cospetto di una maggioranza parlamentare a lui ostile e lasciare immutata tale maggioranza significava dover disattendere quel programma politico per il quale il popolo lo aveva eletto. In tale ipotesi, lo scioglimento dell’Assemblea nazionale costituiva il mezzo per chiedere al popolo di dare al capo dello Stato quella maggioranza parlamentare di cui aveva bisogno per esercitare il mandato; la medesima strategia politica è stata messa in atto dallo stesso Mitterrand nel 1988. Diversamente si pone, come già evidenziato in precedenza, lo scioglimento

---

<sup>41</sup> Per un’analisi delle origini storiche della desuetudine dell’istituto dello scioglimento parlamentare si consenta di rinviare a M. Calamo Specchia, *Una “Repubblica senza costituzione e senza repubblicani”* - Introduzione a *Leggi costituzionali della III Repubblica di Francia*, collana *Il Monitore costituzionale* diretta da A. Torre, Macerata, 2008, XLV ss.

“all’inglese” disposto da Chirac nel 1997 che ha prodotto la terza coabitazione, durante la quale si è posto mano alla riforma costituzionale che ha introdotto il quinquennato e, di conseguenza, la revisione del calendario elettorale alla vigilia delle elezioni del 2002.

In realtà, la posticipazione delle elezioni legislative, giustificata da ragioni di carattere organizzativo, ha finito con l’escludere di fatto il rischio dell’istituzionalizzazione della *cohabitation*: l’inversione del calendario elettorale, oltre a favorire un effetto di trascinamento dell’esito elettorale presidenziale, come puntualmente si è verificato nelle tornate elettorali del 2002, del 2007, del 2012 e anche nel 2017 (sebbene non con l’atteso effetto prorompente al secondo turno delle legislative, dato l’elevato tasso di astensionismo nel 2012 e di schede bianche e nulle nel 2017), tende a consolidare la coincidenza dei risultati elettorali delle presidenziali e delle legislative, agevolata dalla concomitanza delle elezioni e dalla medesima durata dei mandati (presidenziale e parlamentare).

Di fatto, viene però trascurato sia l’effetto connesso ad un eventuale scioglimento anticipato dell’Assemblea nazionale, che reintroducendo una divaricazione nella scadenza “naturale” dei mandati, potrebbe nuovamente innescare un processo di formazione di differenti maggioranze politiche nelle due principali istituzioni del governo francese (Presidenza della Repubblica e Parlamento) nonché una divisione delle maggioranze legata a fattori politici più che istituzionali, come la tendenza alla personalizzazione del Governo. In tal modo si potrebbe riprodurre nel continente europeo un fenomeno solo per certi aspetti analogo all’esperienza del “governo diviso” statunitense (legato non solo alle caratteristiche costituzionali di questo paese la cui forma di governo è dominata da una netta separazione dei poteri, ma anche a fattori politici legati alla *candidate politics* e alla *personal Presidency*) che dal 1956, quando il Presidente Dwight Eisenhower si trova per la prima volta dal 1885 al cospetto di un Congresso interamente controllato dal partito rivale, rappresenta una regola ciclica del sistema politico statunitense<sup>42</sup>.

La tornata elettorale presidenziale del 2012 (22 aprile e 6 maggio), pur caratterizzata da un’alta partecipazione popolare registrandosi al primo turno l’80 % degli aventi diritto al voto e al secondo turno circa il 75%, evidenzia, tuttavia, una tendenza astensionistica già al secondo turno, con una flessione del 5%, e questa circostanza assume un significato peculiare soprattutto se riferito al clima di diffusa sfiducia nei confronti delle istituzioni rappresentative, legato presumibilmente al particolare contesto di crisi economica nel quale si sono svolte le elezioni, e all’indomani di una campagna elettorale che è stata caratterizzata dalla fluidità delle proposte programmatiche dei quattro principali candidati (F. Bayrou, candidato del MoDEM; F. Holland, candidato del PS; J.-L- Mélenchon, candidato del Front de Gauche; N. Sarkozy, candidato dell’UMP)<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> G. Pasquino, *Sistemi politici comparati*, Bologna, 2004, 112-129.

<sup>43</sup> Per una completa disamina dei programmi elettorali dei quattro principali candidati alle elezioni presidenziali del 2012, *Election présidentielle: dix questions aux candidats*, in *Revue Politique et Parlementaire*, année 114, jan/mars 2012, n. 1062, 24-45. Per quanto concerne gli esiti elettorali si rimanda ai siti istituzionali ([www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr); [www.senat.fr](http://www.senat.fr); [www.gouvernement.fr](http://www.gouvernement.fr)).

La lunga ondata delle presidenziali ha investito anche le elezioni legislative del 17 giugno 2012, sebbene non con la partecipazione attesa, che si è attestata intorno al 57,5%: il partito del Presidente Holland ha conseguito al secondo turno la maggioranza assoluta con il 51% dei voti, guadagnando 314 seggi su 577 e sulla base di un accordo pre-elettorale ha potuto contare sui 17 deputati dei Verdi (che per la prima volta potranno formare un gruppo parlamentare autonomo), sebbene proprio in virtù della maggioranza assoluta non resterà vincolato al voto dei verdi per la questione sul nucleare: si è nuovamente realizzata quella che viene definita la *grande alternance complète* (che si è verificata solo nel 1981, nelle elezioni legislative seguite all'elezione a Presidente di François Mitterrand), anticipata dal dominio del partito socialista in tutti gli scrutini, dalle regionali alle presidenziali, che ha prodotto un cambio politico alla guida del paese, spingendo sui banchi dell'opposizione con soli 228 seggi l'UMP.

L'alto tasso di astensione e i risultati delle elezioni legislative confermano una tendenza di fondo del sistema politico francese: la preminenza delle elezioni presidenziali e la capacità di queste di favorire la bipolarizzazione del sistema politico, che il sistema maggioritario a doppio turno accentua, ma che non produce autonomamente. Infatti, la doppia tornata elettorale del 2012 conferma ancora una volta i due partiti dei candidati al ballottaggio delle presidenziali, PS e UMP, come i catalizzatori dei voti dei due schieramenti, ottenendo rispettivamente il 34,9% e il 26,8% dei voti: tale risultato, sebbene apprezzabile, è tuttavia lontanissimo da quello del 2007, nel quale i due maggiori partiti ottenevano circa il 44% e il 56% raccogliendo insieme quasi il 90% dei voti, un risultato quest'ultimo mai conseguito prima dai due primi partiti nazionali e che sembrava prefigurare una strutturazione nettamente bipartitica del sistema politico. All'indomani della duplice consultazione elettorale del 2012, lo scenario politico francese si è invece strutturato secondo un bipartitismo *souple*, che rimanda alla classica formula bipolare, con due poli quello di sinistra capeggiato dai socialisti (più i Radicali di sinistra e la DVG o "*Divers Gauche*" che raccoglie i candidati di sinistra che non sono membri di alcun partito o che sono membri minori o ancora che sono usciti o sono stati esclusi provvisoriamente dalla formazione politica iniziale) e quello di destra dall'UMP, attornati entrambi da partiti minori (a sinistra i verdi con il 4,9% dei voti e il *Front de Gauche* 6,5% con il dei voti; a destra il partito Radicale con l'1,3%, il nuovo centro con il 2,3% e altri partiti minori<sup>44</sup>).

Le elezioni europee del 2014 e le elezioni amministrative del 2015 hanno anticipato la *débâcle* socialista del 2017 con una progressiva discesa del partito socialista attribuita alle divisioni interne che si attesta rispettivamente al 14% (in coalizione con i radicali di sinistra) per le europee e al 21% per le dipartimentali, mentre si registra una progressiva ascesa delle destre, in particolare l'UMP dell'ex Presidente Sarkozy si attesta al 20% nelle europee e conquista il 31% nelle dipartimentali conquistando 68 dipartimenti su 101, mentre il *Front National* che

<sup>44</sup> Sull'evoluzione del sistema dei partiti G. Sartori, *The Tower of Babel*, in D. Collier, J. Gerring (dir.), *Concept and method in Social Science*, New York, 2009, 90-91; Y. Poirmeur, *Les Partis politiques. Du XIXème au XXème siècle en France*, Paris, 2014; P. Delwit, *Les partis politiques en France*, Bruxelles, 2014; M. Offerlé, *Les Partis politiques*, Paris, 2012.

alle europee era risultato il primo partito con il 25% dei voti si conferma nelle dipartimentali la seconda forza politica del paese con il 25% dei voti pur non avendo conseguito alcun dipartimento. Rimane alto il tasso di astensione sia alle dipartimentali, circa il 49,8%, sia alle europee, circa il 65%.

Il contesto politico, così come è emerso dalla doppia tornata elettorale – presidenziali/legislative – dell’aprile/giugno 2017, appare profondamente mutato dal 2012 – sebbene già in quell’elezione e in quelle “di area” (europee e regionali) che sono seguite, è possibile rintracciare i segnali di questo *changement* della trama politica francese nella costante ascesa del *Front National* – e segnato sia dal venir meno delle grandi alleanze producenti sul piano dell’allocazione dei partiti politici la tradizionale bipolarizzazione tra una “destra repubblicano-popolare” e una “sinistra repubblicano-sociale” sia da una politica presidenziale debole che ha deluso molte aspettative, avallando riforme economiche difficilmente compatibili con i canoni classici della sinistra socialista cara al PS.

Emmanuel Macron, già ministro dell’Economia sotto la presidenza Hollande, famoso per la sua riforma del mercato del lavoro (cd. *loi Macron*) e dunque pienamente consapevole della carenza di sostegno popolare delle politiche socialiste realizzate o anche solo tentate dalla Presidenza Hollande, ha saputo incunarsi nella breccia che si è aperta nella tenuta dei tradizionali partiti politici, in relazione alla quale ha giocato un ruolo rilevante tanto il progressivo indebolimento della distinzione maggioranza/opposizione sulla quale ha riposato l’articolazione dei partiti a partire dagli anni settanta quanto l’introduzione della selezione dei candidati attraverso le primarie che ha rappresentato il detonatore delle divisioni ideologiche interne consentendo alle personalità più forti di esprimersi anche contro la maggioranza del proprio partito<sup>45</sup>, e si è sin da subito presentato come l’interprete “positivo” dei malesseri della società civile opponendo un’identità repubblicana tutta giocata nel cuore dell’Unione europea – scelta “europeista” divenuta il simbolo della sua campagna elettorale e della iconografica rappresentazione dei festeggiamenti del 7 luglio – alla visione sovranista e populista dei *lepenisti* e antieuropeista di Mélenchon (*La France Insoumise*).

Anche le sue elezioni sono state marcate da una delle costanti prima evidenziate (la terza quella della desuetudine del potere di scioglimento si può considerare assorbita nella progressiva iperpresidenzializzazione della forma di governo della V Repubblica, considerato che difficilmente il Presidente metterebbe a rischio la “sua” maggioranza, potendosi astrattamente ipotizzare a seguito dello scioglimento anticipato un esito elettorale coabitativo), ossia l’effetto di trascinarsi sulle elezioni legislative, mentre l’astensionismo<sup>46</sup> è stato

---

<sup>45</sup> Sull’effetto disgregativo interno ai partiti innescato dalle cd. Primarie, AA.VV., *Dossier : Actualité des primaires*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 2017, 505-569 ; A. Bergounioux, *Primaires or not primaires*, in *Pouvoirs*, n. 138, 2011, 45 ; F. Melin-Soucramanien, *Devenir candidat : quels filtres*, in *Pouvoirs*, n. 138, 2011, 192 ; O. Blachère, *La réforme des parrainages : une bonne mauvaise idée ou une mauvaise bonne idée ?*, in *Politeia*, 2007, 51.

<sup>46</sup> Il tasso di partecipazione è stato di poco inferiore a quello del primo turno: ciò non avveniva dalle elezioni presidenziali di Pompidou del 1969 (sul punto, G. Allegri, *Una inedita*

rimpiazzato da un deciso incremento al secondo turno delle schede bianche e nulle che hanno superato i quattro milioni<sup>47</sup>: sintomo evidente della manifestazione di un voto “sospeso” di quella parte dell’elettorato che non si è riconosciuta nella nuova bipolarizzazione, impersonata dai due candidati alle presidenziali, che si traduce in quella che sembra oggi l’alternativa dominante in Europa tra il nazionalismo dei movimenti populistici (in Francia il *Front National* e *La France Insoumise*) e l’europesismo dei movimenti centristi moderati (in Francia *La République en marche!*, il partito che all’indomani del secondo turno presidenziale ha sostituito il movimento *En marche!* di Macron), che ha sancito definitivamente il declino dei partiti tradizionali come testimonia la caduta del Partito socialista che non ha saputo sostenere - prima volta nella storia della V Repubblica francese - la ricandidatura del Presidente uscente Hollande, che ha rinunciato alla competizione elettorale.

Le presidenziali del 2017 presentano un’evidente anomalia nella distribuzione del voto tra i due candidati, anomalia che ha messo in crisi la base rappresentativa del potere esecutivo, ossia l’intera logica originaria della Quinta Repubblica gollista incardinata nel rapporto diretto del Presidente con il popolo, in quanto regime incentrato sulla figura del “monarca repubblicano”<sup>48</sup>: la logica del doppio turno maggioritario impedisce, da un lato, che si radicalizzi un “potere di ricatto” dei piccoli partiti e, dall’altro, che si verifichi una rilevante trasposizione del voto (da negativo in positivo) di cittadini espressione di posizioni non coincidenti con quelle del candidato presidenziale prescelto. Tutto questo è evidente nel doppio turno presidenziale del 2017 (confermato dal doppio turno delle legislative che riposano sulla medesima logica redistributiva): lo stretto scarto registrato al primo turno tra i tre candidati arrivati in testa (rispetto al 77,77% dei votanti, il 24,01% per Emmanuel Macron, il 21,30 per Marine Le Pen e il 20,01 per François Fillon<sup>49</sup>) evidenzia la frammentazione dell’opinione pubblica - confermata al secondo turno dall’8% di schede bianche - che al primo turno si è polarizzata sul candidato moderato - anche a seguito della riproposizione di quello choc ideologico che ha caratterizzato le presidenziali del 2002, tanto da

---

maggioranza presidenziale. *La Francia di Macron tra questione europea, domande sociali ed elezioni legislative*, 10 maggio 2017, in *federalismi.it*, n. 10/2017.

<sup>47</sup> Si sottolinea che, sommati, astensione e voti bianchi e nulli rappresentano “*plus d’un tiers du corps électoral*” (P. Bréchon, *abstention et vote blanc*, in *Rev. pol. parl.*, 2017, 70).

<sup>48</sup> Così efficacemente intitola il suo studio R. Casella, *Il monarca repubblicano: la figura del capo dello Stato nell’evoluzione costituzionale francese dalla Grande Révolution alla Quinta Repubblica*, Napoli, 2009.

<sup>49</sup> I risultati elettorali sono reperibili su [elections.interieur.gouv.fr/presidentielle-2017/FE.html](http://elections.interieur.gouv.fr/presidentielle-2017/FE.html). Per un vivace confronto sugli esiti delle presidenziali francese si vedano i contributi, apparsi sul forum *dpceonline* – Eliseo, di L. Cuocolo, *Macron, più Francia in Europa*; G. Cerrina Feroni, *Quel populismo in salsa francese, utile alla democrazia*; P. Pasquino, *Qualche prima osservazione sul secondo turno delle elezioni presidenziali francesi*; M. Volpi, *Le elezioni presidenziali francesi: crisi del sistema politico e incognite istituzionali*; nonché l’editoriale di S. Ceccanti, *La V Repubblica dopo Macron: istituzioni invariate, sistema politico trasformato e riforma istituzionale per l’Unione europea*, in *DPCE*, 2/2017, 5-6. Per una riflessione sulla crisi della destra e della sinistra interessanti sono gli studi apparsi sulla *Revue politique et parlementaire*, n. 1083-1084, avril- septembre 2017: F. Haegel, *Où va lka droite?*, 267 ss.; A. Bergounioux, *Où va la gauche?*, 275 ss.

coagulare il voto - e ha determinato la vittoria al primo turno di un movimento che si è autodefinito “né di destra, né di sinistra”, la cui personalizzazione è indiscussa, e di una forza politica estremista e antisistema, determinando per la prima volta la fuoriscita dalla competizione presidenziale delle due più grandi forze politiche (sorte che nel 2002 era toccata al solo partito socialista)<sup>50</sup>.

Con la conseguenza che, se di primo acchito è possibile affermare che il sistema elettorale voluto da de Gaulle ha funzionato da riduttore della frammentazione politica anche in questa circostanza, considerato che il vincitore ha guadagnato i due terzi dei voti espressi e un'ampia maggioranza all'Assemblea nazionale, quello che muta è il bacino politico cui ha attinto e l'analisi geopolitico-morfologica dell'esito del voto conduce alla conclusione che quella che si è prodotta è una rappresentanza virtuale anziché reale, ossia realmente rappresentativa delle tendenze politiche dei cittadini espresse attraverso l'elezione, producendo una maggioranza tanto ampia quanto di matrice composita e dunque specchio di un tessuto politico tutt'altro che definito: ne discende che, ad onta dei proclami di *grandeur*, la presidenza Macron rischia di configurarsi, sul piano politico, sin da subito come un gigante dai piedi d'argilla (timore che trova già riscontro, a distanza di cinque mesi dall'elezione, nel calo di circa il 15% della popolarità di Emmanuel Macron, fatto inedito nella storia della Quinta Repubblica, circostanza confermata dall'esito delle elezioni senatoriali di settembre 2017, come si evidenzierà in seguito).

#### 4. La Presidenza Macron: i primi cento giorni tra nostalgie golliste e tentazioni costituenti

La Presidenza Macron si è aperta con la conferma del successo elettorale alle elezioni legislative dell'11-18 giugno 2017: nonostante il forte tasso di astensione al secondo turno (pari al 57%)<sup>51</sup>, il partito di Macron “La République en marche!” scaturito dalla trasformazione del movimento “*En marche!*”<sup>52</sup>, ha guadagnato 308 seggi, che insieme ai 42 seggi ottenuti dall'alleato MoDEM del centrista François Bayrou garantisce la maggioranza assoluta all'Assemblea nazionale<sup>53</sup>. Il neo-eletto

---

<sup>50</sup> Si leggano le interessanti riflessioni di: A.M. Petroni, *Macron e l'eccezionalismo francese*, 26 luglio 2017, in *federalismi.it*, n. 15/2017; P. Pasquino, *Elezioni francesi 2017) La vittoria di Emmanule Macron: virtù, fortuna e istituzioni*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3/2017, 18 ottobre 2017.

<sup>51</sup> Si osserva un astensionismo di tipo differenziale: il campo dei vinti è più astensionista di quello dei vincitori, ma occorre distinguere un astensionismo netto dei partiti estremi (FI e FN), meno per i partiti moderati (P. Bréchon, *Une abstention sans précédents à des législatives plus que jamais de confirmation*, in *Rev. pol. parl.*, n. 1083-1084, avril- septembre 2017, 149-150.

<sup>52</sup> Il nome ufficiale del partito è *Association pour le renouvellement de la vie politique* (L. de Boissieu, *Plaidoyer pour la rationalisation de l'offre électorale*, in *Rev. pol. parl.*, n. 1083-1084, avril- septembre 2017, 219, nota 4).

<sup>53</sup> La maggioranza presidenziale è composita perchè include in realtà anche l'Alleanza centrista di Jean Arthuis e Philippe Folliot (componente dell'UDI escluso per il suo sostegno pubblico a Macron) come pure molti partiti territoriali corsi e dell'Oltremare, quei candidati della destra e della sinistra che hanno sostenuto Macron (L. de Boissieu, *Plaidoyer pour la rationalisation de l'offre électorale*, cit., 219-223)

Presidente si trova, tuttavia, al cospetto di una composizione inedita dell'Assemblea nazionale, che potrà costituire per il futuro una variabile indipendente della politica presidenziale: l'Assemblea nazionale vede l'ingresso di 415 nuovi deputati eletti per la prima volta, considerata, da un lato, la prima applicazione della normativa del 2014 sul divieto di cumulo dei mandati che ha impedito a 223 deputati di ricandidarsi e, dall'altro, le 206 sconfitte alle urne (tra gli esclusi eccellenti, gli ex ministri del lavoro, Myriam El Khomri, e dell'educazione nazionale, Najat Vallaud-Belkacem) e si presenta con una notevole frammentazione interna, considerando che mai prima d'ora a seguito delle tornate elettorali legislative si erano costituiti sette gruppi parlamentari<sup>54</sup>.

Il mandato di Macron e il governo che ne è scaturito, nella persona del Primo ministro Edouard Philippe<sup>55</sup>, sembra, dunque, essersi *prima facie* incanalato nel solco tracciato dal *fait majoritaire*: una variabile politica potrebbe tuttavia essere rappresentata dalle elezioni per il rinnovo parziale del Senato francese (171 su 348 seggi), tenutesi il 24 settembre 2017, che ha prodotto un rafforzamento della maggioranza già di destra, determinando l'elezione di Gérard Larcher, appartenente al partito *Les Républicains*, a Presidente del Senato. La conferma a destra del Senato, che attualmente nel gruppo *Les Républicains* consta di 128 membri più 7 apparentati e 11 collegati, avendo la seconda camera nell'architettura costituzionale della V Repubblica una funzione di tipo riflessivo ma anche talvolta oppositivo costituendo, sovente, un vero e proprio contropotere al principio maggioritario che si enfatizza nell'ambito del procedimento legislativo, conferma l'anomalia delle schede bianche e nulle nel secondo turno delle elezioni presidenziali evidenziata in precedenza e dunque la fluidità del sostegno di cui gode il Presidente Macron, che, pur conservando la sua capacità di decisione e di arbitrato, dovrà tenere in conto le diverse istanze rappresentate in una maggioranza all'Assemblea nazionale forte ma eterogenea: pertanto, in un simile scenario politico, il consenso non può essere più considerato, come in passato, presupposto. Significativa è la formazione di un gruppo parlamentare al Senato facente capo a *la République en marche!* costituitosi il 26 giugno dopo le elezioni all'Assemblea nazionale e in vista delle elezioni senatoriali, formato da 29 Senatori (27 e 2 apparentati) in prevalenza di estrazione socialista che hanno sostenuto l'elezione di Macron: all'indomani delle elezioni presidenziali detto gruppo ha manifestato una sensibile flessione scendendo a 21 Senatori (di cui 19 membri, 1

<sup>54</sup> *La République en marche!* (309 membri e 4 apparentati), *MoDEM* (43 membri e 3 apparentati), *Les Républicains* (95 membri e 3 apparentati), *LR Constructifs* – UDI (34 membri e 1 apparentato), *Nouvelle Gauche* – Parti socialiste (28 membri e 3 apparentati, che di dichiara indipendente e che valuterà di volta in volta le leggi da sostenere), *France Insoumise* (17 membri) e *Gauche démocrate et républicaine* (16 membri). Per una analisi del voto delle legislative, G. Ivaldi, *Législatives : répercussion de la présidentielle et contre-performance du front national*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1083-1084, avril- septembre 2017, 181ss.; D. Andolfatto, *La nouvelle sociologie de l'Assemblée Nationale*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1083-1084, avril- septembre 2017, pp.203ss., L. de Boissieu, *Plaidoyer pour la rationalisation de l'offre électorale*, cit., 218ss.

<sup>55</sup> Il governo Philippe è stato nominato il 15 maggio e a seguito delle elezioni legislative un rimpasto è avvenuto il 21 giugno, a seguito delle elezioni legislative e considerate anche le dimissioni di alcuni ministri, tra i quali il ministro alla giustizia, François Bayrou, e quello alla difesa, Sivye Goulard. La compagine è rimasta, tuttavia, pressoché invariata.

apparentato e 1 collegato), confermando la necessità, per il Presidente Macron di tessere con abilità la tela delle alleanze aperte soprattutto in vista delle riforme costituzionali che il Governo Philippe presenterà in Parlamento e che necessitano dell'approvazione del Senato dove tiene una maggioranza di destra ben salda<sup>56</sup>.

La scelta strategica di Macron è stata ed è quella di non schierarsi né a destra né a sinistra, ma di dialogare con l'area progressista degli schieramenti in gioco: se letta sotto questa linea di osservazione non stupisce la nomina a Primo ministro di Eduard Philippe del partito neogollista *Les Republicains* scelto al di fuori della maggioranza presidenziale, un sodalizio che apre la maggioranza a forze politiche estranee alla coalizione *La République en marche/MoDEM*, in particolare la destra moderata, scelta che è stata rinnovata dalla conferma del *Premier Ministre* all'indomani delle elezioni legislative e che punta a guadagnarsi la fiducia del partito maggioritario al Senato, per conseguire anche le maggioranze necessarie alle riforme costituzionali promesse<sup>57</sup>. Questa posizione rievoca quella adottata da Mitterrand subito dopo la prima coabitazione, quando il partito socialista con soli 276 seggi all'Assemblea Nazionale dovette formare una coalizione con l'area moderata dando vita ai governi Rocard (1988-1991), Cresson (1991-1992) e Bérégovoy (1992-1993)<sup>58</sup>: la scelta di Macron non era certo obbligata come quella di Mitterrand avendo ottenuto la maggioranza assoluta all'Assemblea Nazionale, ma dimostra che – allora come ora - in presenza di assetti politici fluidi la scelta di un governo sostenuto da maggioranze eterogenee può rivelarsi funzionale a creare rapporti stabili con le divergenti maggioranze in seno al Parlamento.

Il nuovo quinquennato si inaugura subito con una reinterpretazione del rapporto del Presidente con popolo, che da sempre è stato l'antidoto gollista alla frammentazione politica e ai governi deboli che trovano forza e composizione nell'unità nazionale incarnata dal Presidente: nel contesto politico presente, infatti, è difficile concepire il ruolo del Presidente della Repubblica seguendo la tradizione gollista del "vouloir pour la nation", secondo la celebre espressione di Barnave, ma occorre interpretare in ogni momento il volere dei cittadini che si esprime attraverso una moltitudine di *faits minoritaires* che comportano una continua costruzione di politiche alternative all'interno della maggioranza. Questa rivisitazione del ruolo del Presidente della Repubblica, scaturente sulla rottura della logica tradizionale dei partiti che poneva il capo dello Stato

---

<sup>56</sup> P. Piciacchia, *Macron Presidente e la vittoria di LREM alle elezioni legislative: interrogativi e sfide del quinquennato?*, in *Nomos*, 2-2017, 5-6.; C. Martinelli, *L'evoluzione delle forme di governo sulle due sponde della Manica*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 18 ottobre 2017, 2-5. Secondo un'interpretazione, la nomina di Philippe a primo ministro rientra in una vera e propria strategia del neo-presidente: dopo aver coagulato il consenso di una larga parte dell'elettorato socialista, la nomina di Philippe, vicino ad Alain Juppé, è la mossa di Macron diretta ad impedire il rinsaldamento della destra alle legislative. Il governo nominato il 17 maggio ha un'anima plurale, raccogliendo il PS, i Repubblicani, il MoDEM, LREM e personalità della società civile, che rappresenta la volontà di Macron di mettere da parte vecchi *cliché* politici e di investire su uomini nuovi che non hanno in precedenza ricoperto incarichi politici, come Nicolas Hulot (P. Bréchon, *Une abstention sans précédents à des législatives...*, cit., 144)

<sup>57</sup> J.-P. Derosier, *2018 année institutionnel... ou pas ?* [constitutiondecodee.blog.lemonde.fr/2018/01/22/2018-annee-institutionnelle-ou-pas](http://constitutiondecodee.blog.lemonde.fr/2018/01/22/2018-annee-institutionnelle-ou-pas).

<sup>58</sup> P. Piciacchia, *Le elezioni presidenziali francesi e "les enjeux ouverts" ...*, cit., 9.

“istituzionalmente isolato” dalla maggioranza parlamentare e dal Primo ministro che di quest’ultima è espressione, è il dato che accomuna la presidenza Macron alle tre precedenti presidenze (Chirac, 2002-2007; Sarkozy, 2007-2012; Hollande, 2001-2017), durante le quali i Presidenti si pongono più come leader politici che come istituzione posta al di sopra della contesa politica e la centralità dell’elezione presidenziale con tutte le aspettative connesse, che dal 2002 precede quelle legislative, ne amplifica la portata nel sistema politico (e partitico) determinando progressivamente “un pesante calo nei consensi dell’opinione pubblica, che però il Presidente non può più addebitare al Primo ministro, come avveniva in passato” e la perdita di autorevolezza della figura presidenziale<sup>59</sup>.

Il rapporto politico della Presidenza Macron con il popolo va dunque costruito giorno per giorno trovando espressione sin da subito nella dichiarazione al Congresso, nelle proposte di riforme costituzionali, nelle misure in materia di moralizzazione della vita pubblica e nel suo progetto per l’Unione europea.

Nonostante la forte connotazione presidenzialista impressa da Macron alla forma di governo già nei primissimi mesi del suo mandato (emblematici sono il discorso di insediamento e il discorso al Congresso), è interessante anche riflettere sulla futura evoluzione della configurazione dei rapporti tra Presidente, Primo ministro e Parlamento: nell’ambito della compagine esecutiva bicefala, la scelta di Edouard Philippe si è rivelata sin da subito una scelta vincente nell’ottica di coagulare intorno al neonato partito *La République en marche!* il sostegno dei partiti non antisistema (*Les Républicains*, il MoDEM) che si sono affermati, alcuni con successo altri meno, nelle tornate elettorali presidenziali e legislative assegnando al Primo ministro “il delicato compito di garantire la coerenza di una compagine governativa così marcatamente eterogenea e distante dalle dinamiche delle tradizionali appartenenze partitiche”<sup>60</sup>. Macron ha così intrapreso l’unica strada possibile per la tenuta delle istituzioni della V Repubblica, considerato che lo stesso “partito del Presidente”, pur avendo ottenuto la maggioranza assoluta in Assemblea nazionale, racchiude al suo interno sensibilità politiche diverse, spostando il luogo della composizione degli schieramenti plurali dall’ambito del rapporto con le forze di opposizione all’interno della stessa maggioranza, il cui appoggio andrà costruito su ogni progetto di legge, grazie all’azione di coordinamento che il Premier Philippe è chiamato a svolgere – quasi come “ago della bilancia” - tra la maggioranza assembleare, di cui gode la fiducia, e la maggioranza senatoriale, di cui è espressione in quanto esponente di spicco del partito maggioritario.

La capacità di Macron di aprire il nuovo soggetto politico ai partiti tradizionali discende anche dal fatto che egli stesso si è formato politicamente nei partiti tradizionali, essendo stato militante del partito socialista dal 2006 al 2009 e poi vicesegretario alla Presidenza della Repubblica dal 2012 al 2014 e ministro dell’Economia dal 2014 al 2016<sup>61</sup>. A questo riguardo va ricordato il discorso tenuto da Macron durante la prima seduta del consiglio dei ministri del 18 maggio, nel

---

<sup>59</sup> M. Volpi, *Il semipresidenzialismo...*, cit., 71.

<sup>60</sup> P. Piciacchia, *Macron Presidente e la vittoria di LREM alle elezioni legislative...*, cit., 2ss.

<sup>61</sup> P. Piciacchia, *Le elezioni presidenziali francesi e “les enjeux ouverts”* ..., cit., 1-2017, 8.

quale è illuminante tanto l'incipit «Ce ne sont pas nos origines politiques qui nous empêcheront de travailler intelligemment ensemble» (e qui il riferimento alla coalizione composita e multipolare è evidente) quanto il richiamo ai principi della solidarietà ministeriale e del lavoro collegiale, rimarcando che nei reciproci rapporti tra le due teste dell'esecutivo, fondati sulla fedeltà del Primo ministro, «Le long terme est à l'Élysée. Les arbitrages quotidiens et à moyen terme sont à Matignon»<sup>62</sup>.

Riguardo ai rapporti con il Parlamento, cruciale importanza hanno rivestito i discorsi delle due teste dell'Esecutivo dinanzi al Congresso (Presidente) e alle due Camere (Primo ministro). Per la terza volta dalla sua introduzione con la riforma costituzionale del 2008 (dal 1875 al 2008 il Presidente della Repubblica poteva rivolgersi al Parlamento solo per iscritto), il Presidente Macron ha pronunciato il 3 luglio 2017 la sua dichiarazione dinanzi alle Camere riunite in Congresso (prima di lui Sarkozy nel 2009, sulle priorità della politica governativa<sup>63</sup>, e Hollande nel 2015, annunciando la revisione costituzionale in tema di emergenza terroristica<sup>64</sup>): come è noto, la dichiarazione diretta del Presidente alle Assemblee è una delle due modalità di comunicazione presidenziale al Parlamento prevista dall'art. 18 della Costituzione, l'altra consistendo nel messaggio scritto e letto senza possibilità di dibattito (mentre la dichiarazione può dare luogo a dibattito ma non a votazione, essendo il Presidente della Repubblica politicamente irresponsabile, secondo la nota teoria del *droit au monologue* presidenziale<sup>65</sup> coniata per salvaguardare la neutralità politica del capo dello Stato di un regime parlamentare classico)<sup>66</sup>. La norma costituzionale, tuttavia, non chiarisce quando si ricorra all'una o all'altra delle due modalità di comunicazione: a differenza delle due precedenti presidenze, quando i Presidenti Sarkozy e Hollande ricorrono alla dichiarazione a metà mandato, il Presidente Macron ha scelto la modalità della dichiarazione al Congresso di inizio mandato (cd. *message inaugural*), ponendo indubbiamente dei problemi sia di interferenza con il ruolo del Primo ministro nell'ambito dell'esecutivo diarchico, sia di compatibilità tra la leadership presidenziale ed il principio dell'irresponsabilità del capo dello Stato tipica dei regimi parlamentari.

La dichiarazione presidenziale al Congresso nelle primissime settimane che seguono l'elezione è un istituto caro alla tradizione costituzionale repubblicana sin dalla III Repubblica, che a seguito del mancato *coup d'état* di Mac Mahon in quelle esperienze si connota come una sottomissione del Presidente alle regole del regime parlamentare, in linea con i messaggi di Jules Grévy, Poicaré e Millerand<sup>67</sup>: tuttavia, nella V Repubblica, a causa della ridefinizione del ruolo presidenziale, i

---

<sup>62</sup> [www.publicsenat.fr/article/politique/replay-premier-conseil-des-ministres-pour-le-nouve-au-gouvernement-60755](http://www.publicsenat.fr/article/politique/replay-premier-conseil-des-ministres-pour-le-nouve-au-gouvernement-60755).

<sup>63</sup> Dichiarazione reperibile su : [discours.vie-publique.fr/notices/097001847.html](http://discours.vie-publique.fr/notices/097001847.html).

<sup>64</sup> Dichiarazione reperibile su : [discours.vie-publique.fr/notices/157002982.html](http://discours.vie-publique.fr/notices/157002982.html).

<sup>65</sup> J. Barthélémy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933, 17.

<sup>66</sup> Per una disamina, anche sotto il profilo dell'evoluzione storica, G. Cerrina Feroni, *Il potere di messaggio del Presidente della Repubblica nell'esperienza della V Repubblica francese*, in M. Calamo Specchia (cur.), *La Costituzione francese/La Constitution française*, Torino, 2009, 321 ss.;

<sup>67</sup> Per una ricostruzione in chiave critica della III Repubblica si consenta di rinviare a M. Calamo Specchia, *Una "Repubblica senza Costituzione e senza repubblicani"*, cit.

messaggi inaugurali pongono innanzi tutto dei problemi di sconfinamento nel discorso sulla politica generale del governo del Primo ministro neo-nominato e dunque di armonizzazione nel rispetto dei reciproci ruoli delle due teste dell'Esecutivo francese. Questo carattere, tuttavia, è poco marcato con i primi presidenti, ma nel 1981 l'elezione di Mitterrand alla Presidenza della Repubblica segna una rottura nel protocollo comunicativo: il messaggio presidenziale di insediamento non ha mai tradotto in modo più chiaro ed evidente la sua natura governativa e attraverso il sapiente utilizzo del pronome "vous" il Parlamento si diluiva nella sua maggioranza parlamentare, testimoniando la virata del ruolo del capo dello stato in senso marcatamente presidenziale.

Emmanul Macron ed Eduard Philippe hanno cercato di trovare un equilibrio nei loro discorsi, rispettivamente del 3 e del 4 luglio, il primo presentando la filosofia del quinquennato e il secondo, presentandosi all'Assemblea nazionale ex art. 49.1 Cost. per il voto di fiducia (307 voti a favore) e dettagliando misure specifiche della legislazione a venire, ma alcuni passaggi del discorso presidenziale come di quello primo-ministeriale mostrano chi in futuro reggerà il timone del paese. Distaccandosi dalla tradizione dei suoi predecessori, Emmanuel Macron ha dichiarato di voler cadenzare annualmente la sua dichiarazione al Congresso, con ciò mostrando ossequio al principio rappresentativo e al ruolo delle Assemblée elettive ("Tous les ans je reviendrais devant vous pour vous rendre compte")<sup>68</sup> con la quale stabilisce una relazione diretta, quasi scavalcando l'intermediazione primo-ministeriale, ma sottolineando al contempo quel rapporto diretto con il popolo di memoria gollista che è ben presente nella cultura politica francese e che caratterizza in senso gerarchico la *primauté présidentielle* nella diarchia interna all'esecutivo in presenza del *fait majoritaire* ("Je veux aujourd'hui vous parler du mandat que le peuple nous a donné, des institutions que je veux changer et des principes d'action que j'entends suivre"): al Presidente spetta il compito di determinare la politica nazionale, anche con il ricorso al referendum, e al Primo ministro spetta il compito di dirigere l'azione di governo ponendo in essere tutte le misure necessarie alla realizzazione dell'indirizzo politico nazionale<sup>69</sup>.

Rilevante per la futura evoluzione dei rapporti con il Parlamento è stata anche la decisione di Edouard Philippe di presentare lo stesso 4 luglio al Senato una dichiarazione di politica generale ex art. 50-1 della Costituzione quasi a voler sottolineare l'intenzione di instaurare sin da subito un rapporto privilegiato con le due assemblee, necessitata dall'eterogeneità delle componenti politiche dell'Assemblea nazionale nonché dalla maggioranza di destra presente al Senato che non saranno dsempre docili esecutori degli indirizzi governativi, al fine di porre le basi per lo sviluppo di un'azione comune volta a realizzare il programma di riforme annunciate.

In merito, poi, all'interpretazione di alcuni snodi costituzionali, destano perplessità le determinazioni presidenziali concernenti l'istituzionalizzazione della

---

<sup>68</sup> N. Thiébaud, *La déclaration présidentielle d'Emmanuel Macron devant le Congrès : entre problèmes anciens et nouveaux usages*, in [blog.juspoliticum.com](http://blog.juspoliticum.com), 10 juillet 2017.

<sup>69</sup> G.E. Vigevani, *Impressione: la Francia tra crisi politica e tenuta istituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 3/2017, 18 ottobre 2017, 5-7.

procedura abbreviata di approvazione delle leggi e l'incompatibilità con la carica di ministro.

Sotto il primo profilo, il Presidente Macron aveva manifestato già in campagna elettorale l'intenzione di fare un ampio uso della procedura abbreviata di approvazione delle leggi per accelerare il procedimento legislativo: infatti il Governo ha avviato tale procedura per nove dei diciassette progetti di legge presentati tra l'investitura del 14 maggio e fine giugno. Trattasi di progetti importanti sulla cui approvazione il Presidente neo-eletto ha fondato la sua campagna elettorale: la legge organica e la connessa legge sulla "Confiance dans l'action publique", complementare alle misure di riforma del procedimento di elezione dei deputati al fine di rafforzare il rapporto tra elettori ed eletti<sup>70</sup>, la legge sulla sicurezza pubblica e la lotta al terrorismo e la legge sulla proroga dello stato di urgenza e così via, secondo una visione di "démocratie rénovée"<sup>71</sup>. Non può, tuttavia, non rilevarsi che trattasi di materie cruciali per l'organizzazione istituzionale francese e che richiederebbero un dibattito approfondito nella sede naturale della formazione della decisione politica, il Parlamento. La procedura abbreviata è, al contrario, uno strumento del parlamentarismo razionalizzato che consente al Governo di abbreviare la discussione parlamentare su di un testo a determinate condizioni. Come suggeriva la denominazione di siffatta procedura come procedura d'urgenza sotto la vigenza dell'originaria Costituzione del 1958 erano dei motivi di urgenza a giustificare il ricorso a tale procedura, mentre a seguito della riforma costituzionale del 2008, essa è stata ribattezzata procedura accelerata: questa modifica di denominazione non è solo formale poiché elimina le condizioni per il ricorso alla procedura (i motivi di urgenza) lasciando intatti i suoi effetti (l'accelerazione di tempi legislativi) senza alcun vincolo per il governo<sup>72</sup>.

La disciplina della procedura legislativa in deroga è disciplinata dall'art. 45 della Costituzione francese e in via complementare dai regolamenti parlamentari e si incrocia con la procedura "normale" disciplinata dall'art. 42 Cost.. Il terzo comma di quest'ultima norma modificato dalla revisione costituzionale del 2008 nell'ottica di rafforzare il ruolo delle commissioni parlamentari stabilisce un tempo di riflessione tra il deposito della proposta o progetto di legge e la sua discussione computato in sei settimane in prima lettura e quattro settimane in seconda lettura. Tali tempi di riflessione risultano azzerati in caso di richiesta di procedura accelerata che incide, dunque, sulla *navette*, potendo il Primo ministro o i presidenti

---

<sup>70</sup> Seguono questa logica la proposta sul divieto di reiterazione dello stesso mandato per più di tre volte consecutive e quella concernente il controllo finanziario dei ministri con portafoglio e la revisione del regime previdenziale dei parlamentari (R. Casella, M. Malvicini, *Francia: le proposte di riforma costituzionale nei programmi dei candidati alle elezioni presidenziali*, in *forumcostituzionale.it*, 14 giugno 2017, 7.)

<sup>71</sup> R. Casella, M. Malvicini, *Francia: le proposte di riforma istituzionale nei programmi dei candidati* ..., cit., 6.

<sup>72</sup> Con la decisione n. 2012-649 DC del 15 marzo 2012, relativa alla *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, il Consiglio costituzionale ha ritenuto che « aucune disposition constitutionnelle n'impose au gouvernement de justifier l'engagement de la procédure accélérée » rigettando l'eccezione dei Senatori e deputati ricorrenti in base alla quale il ricorso a detta procedura non sarebbe stato giustificato da alcuna urgenza con ciò violando il principio costituzionale della *clarté et sincérité* del dibattito parlamentare.

delle due assemblee convocare la Commissione mista paritetica non come previsto dall'art. 45 Cost. dopo almeno due letture da parte delle assemblee parlamentari, ma dopo una sola lettura del testo. Di fatto, il ricorso alla procedura d'urgenza/abbreviata è divenuto nella prassi dell'Esecutivo francese una sorta di rovesciamento della regola dell'organizzazione dei dibattiti parlamentari, che privilegia la celerità ai contenuti della decisione con notevole riduzione della qualità dei testi legislativi adottati, né la riforma del 2008 è riuscita a invertire il progressivo trend di esautoramento del dibattito parlamentare<sup>73</sup>.

L'obiettivo di razionalizzare il ruolo del Parlamento e dunque di ridurre la portata della riforma costituzionale del 2008 in un'ottica che si incanala nella tradizione del *favor* per l'istituzione presidenziale di stampo gollista è perseguito da Macron anche attraverso due proposte di riforma costituzionale<sup>74</sup> che incidono sulla struttura dell'istituzione parlamentare: da un lato, la riduzione di un terzo del numero dei parlamentari, che determinando una diminuzione del valore dato dal rapporto eletti/elettori incide sul principio rappresentativo e ne ridimensionerebbe la portata, e, dall'altro, l'introduzione di una quota di eletti con sistema proporzionale, che sembrerebbe al contrario tendere alla valorizzazione della rappresentatività del Parlamento, con liste che rispettino la parità di genere. Queste due proposte, se lette insieme al *favor* per la procedura abbreviata di approvazione delle leggi, appaiono un po' incoerenti, tendendo a finalità opposte, il ridimensionamento del ruolo del Parlamento, la prima e la terza, e la rivitalizzazione del principio rappresentativo, la seconda. La proposta di introdurre una quota proporzionale di candidati nell'Assemblea nazionale non è nuova, risalendo ai Comitato Balladur e alla Commissione Jospin, istituite per formulare proposte di revisione costituzionale rispettivamente nel 2007 e nel 2012. La riforma in senso proporzionale va a lungo meditata in quanto in grado di incidere, bel al di là del Parlamento, sugli equilibri istituzionali producendo un rovesciamento degli elementi essenziali del sistema costituzionale della V Repubblica, vale a dire la solidarietà tra il governo e la maggioranza dell'Assemblea nazionale e la separazione tra esecutivo e legislativo. L'evoluzione del sistema costituzionale francese mostra che il governo non si presenta più all'Assemblea Nazionale per esporre il suo programma ma solo per presentare eventualmente dichiarazioni di politica generale<sup>75</sup>: il principio così posto è che il governo trae non solo legittimazione giuridica ma anche autorità politica dalla nomina presidenziale e la fiducia dell'Assemblea si riduce al potere di rovesciare il governo attraverso la *motion de censure*, con ciò determinandosi quella metamorfosi del regime parlamentare attuato dalla Costituzione del 1958 da "parlementarisme anarchique et instable de naguère en un système « structuré-stabilisé »"<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> E. Lemaire, *La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire*, in [blog.juspoliticum.com](http://blog.juspoliticum.com), 5 juillet 2017.

<sup>74</sup> J.-P. Derosier, *Un parlement plus simple pour un Parlement plus fort*, in [constitutiondecodee.blog.lemonde.fr/2017/11/13/](http://constitutiondecodee.blog.lemonde.fr/2017/11/13/).

<sup>75</sup> P. Avril, *Une convention contra legem ; la disparition du « programme » de l'art. 49 de la Constitution*, in AA.VV., *Constitution et pouvoirs, mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, 2008, 9ss.

<sup>76</sup> P. Avril, *Renforcer le Parlement: qu'est-ce à dire*, in *Pouvoirs*, n. 143, 2013, 11ss.

Introdurre in un simile contesto una quota proporzionale nell'elezione dei deputati trasformerebbe il sistema francese mettendo a rischio la capacità conformativa dell'elezione presidenziale sul sistema dei partiti e aprendo la via alla formazione in seno all'Assemblea nazionale di coalizioni indipendenti dall'elezione presidenziale, e dunque la fine del *fait majoritaire*, ribaltando il rapporto tra Presidente e Assemblea Nazionale che tornerebbe a esercitare la sua influenza politica sulla formazione del Governo guadagnando in termini di rappresentatività<sup>77</sup>.

Il rapporto di *primauté* rispetto al Parlamento instaurato dal Presidente Macron è confermato dall'annunciato cantiere di riforme che ha visto subito l'approvazione di tre importanti progetti di rinnovamento e di *sécurisation*: in primo luogo, le misure per il rafforzamento del dialogo sociale contenute nella loi d'*habilitation* approvata definitivamente il 2 agosto 2017 e pubblicata il 15 settembre (loi n. 2017-1340 del 15 settembre 2017<sup>78</sup>), dopo il ricorso alla procedura abbreviata e alla commissione mista paritaria, e con la quale il Parlamento autorizza il Governo ad adottare misure di riforma del mercato del lavoro in materia di contrattazione di impresa individuale e collettiva, di licenziamento che non potrà più essere ancorato a generiche ragioni economiche (che andranno parametrize) e di potenziamento della negoziazione collettiva (le cinque ordinanze correlate sono state pubblicate il 31 agosto 2017).

In secondo luogo, le due leggi, organica e ordinaria (legge organica n. 2017-1338 del 15 settembre 2017 e legge n.2017-1339 del 15 settembre 2017<sup>79</sup>), che dovranno essere completate da una riforma costituzionale, relative alle misure per

---

<sup>77</sup> M.A. Orlandi, *La dottrina francese in tema di forma di governo*, in *DPCE*, 2/2014, 1353ss.

<sup>78</sup> Sulla legge si è pronunciato il Consiglio costituzionale con la decisione n. 2017-751 del 7 settembre 2017, nella quale il giudice delle leggi, con particolare riferimento alla procedura abbreviata oggetto di un motivo di ricorso, ha statuito nel *considérant* n. 9 che "Si les députés requérants critiquent le bref délai qui aurait été laissé à l'Assemblée nationale et au Sénat pour examiner le texte, la procédure accélérée prévue par l'article 45 de la Constitution a cependant été régulièrement engagée. Ni la brièveté des délais d'examen du texte, ni la faiblesse alléguée des moyens dont auraient disposé les députés nouvellement élus n'ont fait obstacle à l'exercice effectif, par les membres du Parlement, de leur droit d'amendement. Par suite, la procédure d'adoption de la loi n'a pas méconnu les exigences constitutionnelles de clarté et de sincérité des débats parlementaires". Nel merito la decisione ha confermato la costituzionalità della legge impugnata (le sentenze sono disponibili su [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)).

<sup>79</sup> Sulle due leggi si è pronunciato il Consiglio costituzionale con le decisioni n. 2017-752 DC e 2017-753 DC dell'8 settembre 2017: i ricorrenti non hanno proposto censure relative alla procedura abbreviata e nel merito la legge è stata dichiarata conforme alla costituzione, ad eccezione dell'art. 23 della legge ordinaria che prevedeva l'obbligo per il primo ministro di adottare un decreto che disponesse l'assunzione delle spese di rappresentanza dei membri del governo (dichiarata incostituzionale per violazione del principio della separazione dei poteri), della disciplina (organica e ordinaria) relativa al diritto dell'Alta Autorità per la trasparenza della vita pubblica di comunicazione di documenti o informazioni fiscali per violazione del diritto alla riservatezza della vita privata, nonché gli artt. 2 della legge organica, relativa alla durata delle indennità degli ex ministri, l'art. 16 della legge organica sulla dichiarazione dello stato patrimoniale dei membri del CSM, l'art. 23 della legge organica relativo al referendum locale e, infine, l'art. 7 della legge ordinaria che prevede la presentazione al Parlamento di un rapporto sul rimborso delle indennità percepite da alti funzionari in periodo di formazione, perché considerate alla stregua di "*cavaliers législatifs*" ossia norme che non presentano alcun collegamento, neanche indiretto, con l'oggetto delle leggi impuginate (le sentenze sono disponibili su [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)).

rilanciale la fiducia nella vita pubblica, approvate con il ricorso alla procedura abbreviata e la Commissione mista paritaria, prevedono particolari norme etiche e di trasparenza finanziaria per i titolari di cariche pubbliche, i partiti e le campagne elettorali rafforzando i controlli e la trasparenza dell'azione e disciplinando meccanismi di ineleggibilità<sup>80</sup>, sebbene siano rimaste sullo sfondo tre questioni cruciali quali i conflitti di interesse degli appartenenti alla pubblica amministrazione; i conflitti di interesse dei professori universitari nominati a incarichi pubblici e l'indipendenza della stampa, per la quasi totalità controllata da gruppi imprenditoriali<sup>81</sup>.

Infine, il 31 ottobre 2017 (Legge n. 2017-1510 del 30 ottobre 2017) è stata pubblicata la legge in materia di sicurezza interna e di lotta al terrorismo<sup>82</sup>, approvata con procedura abbreviata e commissione mista paritetica, che vuole essere un ritorno alla normalità istituzionale dopo la ventiseiesima proroga del 6 luglio dello stato di emergenza adottato nel 2015 dal Presidente Hollande a seguito degli attentati di Parigi e terminato il 1° novembre: la legge disciplina in via ordinaria e senza limiti temporali il delicato rapporto tra sicurezza e libertà, facendo della lotta al terrorismo non un evento eccezionale ma uno stato ordinario da affrontare mediante una serie di misure di carattere amministrativo quali la perimetrazione di protezione con ordinanza prefettizia, se a Parigi, o con ordinanza del rappresentante dello Stato nel dipartimento (art. 1 della legge n. 2017-1510), la chiusura amministrativa dei luoghi di culto per apologia o istigazione al terrorismo (art. 2 della legge n. 2017-1510), le misure di sorveglianza disposte con provvedimento del ministro dell'interno, che può imporre ai soggetti interessati di soggiornare in una determinata zona (art. 3 della legge n. 2017-1510), le perquisizioni e i sequestri (disposti con ordinanza del *juge des libertés et de la détention* del *Tribunal de Grande Instance* di Parigi su richiesta motivata del Rappresentante dello Stato nel Dipartimento o, a Parigi, del Prefetto di polizia, ai sensi art. 4 della legge n. 2017-1510), la creazione di un sistema centralizzato di raccolta dati, la possibilità di consultare i dati dei trasporti aerei, l'inasprimento dei controlli di identità e dei controlli alle frontiere (artt. 10 e ss. della legge n. 2017-1510). Come risulta evidente, trattasi di misure che attengono alla sfera delle libertà (libertà personale, libertà di circolazione, diritto alla privacy, ecc.), la cui protezione è affidata ex art. 66 della Costituzione al sindacato preventivo o successivo del giudice ordinario e che la legge rimette alla cognizione del giudice amministrativo quasi operando una defondamentalizzazione delle suddette libertà in relazione al bene-sicurezza ritenuto dal legislatore prevalente e ponendosi in contrasto con la lettura della Costituzione orientata alla protezione dei diritti fondamentali della persona: a differenza delle altre leggi di riforma menzionate in precedenza, la legge sulla sicurezza e terrorismo non è stata sottoposta al vaglio preventivo del giudice costituzionale, ma dato l'oggetto della legge – diritti e

<sup>80</sup> P. Piciacchia, *Macron Presidente e la vittoria di LREM alle elezioni legislative...*, cit., 9.

<sup>81</sup> T. Perroud, *La moralisation de la vie démocratique: on est loin du compte!*, in [www.blog.iuspoliticum.com](http://www.blog.iuspoliticum.com), 17 juillet 2017.

<sup>82</sup> Per un primo commento G. De Minico, *Terrorismo: emergenza, promesse (mancate?) del Presidente Macron*, in [www.affariinternazionali.it](http://www.affariinternazionali.it), 2 novembre 2017.

libertà – non è da escludere un intervento successivo del Consiglio costituzionale ex art. 61-1 Cost. che possa valutare la conformità alla Costituzione di tale compressione delle libertà fondamentali in caso di sospetto terrorismo, essendo venuta meno la *ratio* della sua durata limitata nel tempo, resa possibile proprio dal perdurare dello stato di emergenza.

Tra i cantieri ancora aperti, un cenno va fatto al cantiere “giustizia”: l’obiettivo è quello di garantire l’indipendenza dei giudici e va perseguito con la riforma della magistratura del *parquet* disciplinando una più netta separazione tra esecutivo e giudiziario e rafforzando il Consiglio superiore della magistratura, con la limitazione dell’intervento governativo sulle nomine dei magistrati<sup>83</sup>.

Per comprendere, infine, il programma europeista lanciato da Macron, caratterizzato da riformismo e integrazione e reso possibile dal difficile contesto internazionale in cui si muove l’Unione europea– dall’ingombrante presidenza Trump alla crisi politica del Regno Unito che deve gestire il delicato processo della Brexit, dalla crescita economica e occupazionale, ancora debole, al terrorismo - con un occhio attento alle politiche economico-sociali interne (per non scontentare proprio nessuno!)<sup>84</sup> e calendarizzato già nel primissimo periodo del suo mandato presidenziale, non si può prescindere dalla sua formazione culturale nell’ENA e nei circoli dell’alta finanza che gli valgono le simpatie a livello internazionale<sup>85</sup>, ma anche negli ambienti letterari e filosofici che frequentò all’età di soli ventidue anni come giovane assistente editoriale del filosofo Paul Ricœur, al tempo della elaborazione della sua opera-testamento “*La memoria, la storia, l’oblio*”, e dall’aver preso parte, non ancora trentenne, alla Commissione Attali: è il 30 giugno 2007 quando il neo-eletto Presidente gollista Nicolas Sarkozy, che inaugurava una stagione di riforme condivise aprendo il suo governo anche a forze politiche estranee alla sua maggioranza, nominava Emmanuel Macron nella Commissione per la liberazione della crescita, detta commissione Attali dal nome del suo

---

<sup>83</sup> M. Barbonneau, *Emmanuel Macron devant le Congrès : l’état d’urgence et l’indépendance du parquet au programme cet automne*, in Dalloz actualité – 4 juillet 2017, in [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr), 1.

<sup>84</sup> Il programma di Macron, illustrato nel volume “*Révolution!*” (*Rivoluzione!*, trad. it., Milano, 2017) e sul sito ufficiale del movimento *En marche!* ([en-marche.fr/](http://en-marche.fr/)), prevede sei punti denominati “cantieri” per costruire quella che è stata definita “*une France nouvelle*”: il primo cantiere è quello dell’educazione e della cultura, condizione primaria per la coesione sociale; il secondo cantiere è quello del lavoro, riformando il sussidio di disoccupazione per renderlo un diritto dei cittadini più fragili e creare nuove occasioni di impiego, il terzo cantiere è quello dello sviluppo economico nel rispetto dell’ecologia e dell’ambiente e nel rispetto dei più deboli, attraverso una trasformazione del sistema sanitario e delle politiche abitative, il quarto cantiere è il rafforzamento della sicurezza interna attraverso il potenziamento dell’autorità dello Stato, il quinto cantiere è quello del rinnovamento democratico, attraverso la moralizzazione della vita pubblica e il rinnovamento della rappresentanza, infine il sesto cantiere è quello di rilanciare la sfida dell’Europa e di impegnarsi sul fronte africano in politiche di pacificazione e di sviluppo economico.

<sup>85</sup> “C’est Angela Merkel, la chancelière d’Allemagne, qui affirme que la victoire de Macron est «une victoire pour une Europe forte et unie». C’est Theresa May, Premier ministre britannique, qui « se réjouit de travailler avec le nouveau président française ». C’est Justin Trudeau, le Premier ministre canadien, qui se dit « impatient de travailler avec M. Macron ». Jusqu’au Donald Trump, qui « félicite le nouveau président français pour sa large victoire » et se déclare lui aussi « impatient de travailler avec lui » (G. Gaetner, *Les 100 jours de Macron*, Paris, 2017, versione Kindle, posizione 950 di 4126).

Presidente Jacques Attali consigliere governativo per le questioni economiche, che doveva mettere a punto un pacchetto di riforme volte a migliorare la competitività e la produttività economica. L'esperienza nella Commissione Attali che lo vede come co-relatore accanto al Presidente, costituirà la vera iniziazione politica del giovane Macron, chiamato a svolgere un compito tecnico: fornire gli elementi giuridici necessari alla riflessione e formalizzare le proposte da discutere. “A ventinove anni si fa così largo nella corte dei grandi” e la Commissione Attali sarà la sua “rampa di lancio”<sup>86</sup>.

Emmanuel Macron ha dunque “sdoganato” il timore dei partiti tradizionali di commisurare le loro politiche a quelle dell'Unione europea<sup>87</sup>, che nell'immaginario politico domestico ha sovente rappresentato un capro espiatorio su cui riversare le non risolte problematiche sociali ed economiche interne: “il modo in cui egli parla dell'Europa fa la differenza. Macron chiede considerazione per i padri fondatori che hanno creato un'Europa senza popolazione perché allora erano esponenti di un'avanguardia illuminata. Lui però vuole adesso fare di quel progetto elitario un progetto di cittadinanza e, contro i governi nazionali che nel Consiglio europeo si bloccano a vicenda, chiede che si compiano dei passi chiari verso l'autodeterminazione democratica dei cittadini europei. Così egli rivendica per le elezioni non solo un diritto di voto, ma anche la designazione di candidati appartenenti a liste transnazionali. Ciò favorirebbe, in effetti, la formazione di un sistema di partiti europeo, in mancanza del quale il Parlamento di Strasburgo non può divenire un luogo in cui gli interessi sociali possono essere generalizzati e valorizzati oltre i meri confini nazionali”<sup>88</sup>. Forse è proprio questa la vera rivoluzione macroniana, confermata dalla scelta del tema dell'Europa per il suo discorso tenuto alla Sorbona il 26 settembre 2017, tempio (anche iconografico) della cultura francese<sup>89</sup>.

La tradizione gollista ha donato alla Francia il lascito di una presidenza forte che incarna l'*esprit de la Constitution* e che ha consentito a tutti i presidenti – anche nelle più complesse fasi politiche – di avere gli strumenti per realizzare il proprio programma. Riuscirà l'*enfant-prodige*, erede di questa tradizione, a guidare le sorti della Francia vincendo le sfide contemporanee, tra rigurgiti nazionali e istanze sociali sempre più pressanti? Gli auspici positivi nei primi cento giorni ci sono tutti, a patto che “i piedi d'argilla” su cui il gigante poggia non cedano.

---

<sup>86</sup> M. Zanon, *La rivoluzione liberale francese*, Venezia, 2017 (versione Kindle, posizione 194 di 1623).

<sup>87</sup> Emmanuel Macron torna alle origini del sogno europeo di Schumann e di Monnet, di un'Europa che unisca le nazioni sovrane e che ponga fine “à l'opposition séculaire de la France e de l'Allemagne” (C. Zorgbibe, *Emmanuel Macron et l'Europe*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1083-1084, avril- septembre 2017, 326ss., in part. 327).

<sup>88</sup> J. Habermas, *L'Europa può vincere*, in *La Repubblica*, 29 ottobre 2017, 49.

<sup>89</sup> E. Macron, *Per un'Europa sovrana, unita e democratica*, in [www.libertaeguale.it](http://www.libertaeguale.it).

## Ci può essere dialogo tra le Corti senza leale cooperazione tra i legislatori? Dal caso *Taricco bis* al sindacato di costituzionalità “in supplezza” sulla legge penale

di Flavio Guella

**Abstract:** *Is it possible a dialogue among Courts without a fair cooperation among legislators? From the Taricco bis case to a “substitutive” constitutional adjudication on criminal law* – The article analyzes the *Taricco bis* case, discussing the short term results of this decision in the perspective of a broader fair cooperation among Courts and an effective European integration. The dialogue among the European Court of Justice and the Italian Constitutional Court is described focusing on the different patterns used to partially achieve the same goal (to avoid disapplication without a denial of the infringement of EU law). Looking to the possible future developments of cases like *Taricco*, the second part of the article is dedicated to an overview on the spaces for a constitutional adjudication on criminal law, to verify pros and cons of a possible direct and detrimental intervention of the Constitutional Court on the criminal statute of limitations, to comply with the EU duties of criminal protection in the hypothesis of an omission of the Parliament to legislate.

43

**Keywords:** *Controlimiti*; Non-retroactivity and precision in criminal law; Constitutional adjudication and the dialogue among Courts.

### 1. Il caso c.d. *Taricco bis* disattiva i controlimiti rinunciando alla disapplicazione, in “fiduciosa” attesa della determinatezza delle scelte parlamentari

Con la sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, la Grande sezione della Corte di giustizia si è pronunciata per la seconda volta nell’ambito della “saga *Taricco*”, accogliendo nei suoi tratti essenziali la soluzione “diplomatica” proposta dalla Corte costituzionale<sup>1</sup>. Dal dialogo tra le due Corti emerge l’assenza dell’obbligo di disapplicare il regime italiano di interruzione della prescrizione penale, sebbene esso sia contrastante con il diritto dell’Unione; ciò in quanto tale disapplicazione sarebbe lesiva del principio di legalità, e costringerebbe pertanto il giudice costituzionale ad attivare i c.d. controlimiti. Permane quindi il contrasto della legislazione nazionale con il diritto dell’Unione, in violazione del principio del primato, e tuttavia il rimedio a ciò non può essere offerto dal giudice mediante disapplicazione così che la soluzione dell’antinomia sembrerebbe dover rimanere

---

<sup>1</sup> Cfr. C. Cupelli, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 12, 2017, 177 ss.

onere del (solo) legislatore nazionale<sup>2</sup>.

La vicenda, già ampiamente commentata<sup>3</sup>, pare quindi essersi risolta entro binari di fisiologico dialogo. L'assenza di strappi da parte sia della Corte costituzionale, sia della Corte di giustizia, accontenta entrambi gli attori giurisdizionali, ma non fissa tuttavia un punto finale alla questione: la risoluzione del contrasto – accertato ma non eliminato – resta in sospeso, affidata alle prossime mosse della Corte costituzionale o del legislatore italiano. Se gli attori nazionali non sapranno risolvere il contrasto con l'ordinamento dell'Unione, pertanto, si determinerà una violazione permanente e già accertata degli obblighi europei, relativamente alla quale attendersi ulteriori censure della Corte di giustizia.

Il dialogo tra le due Corti ha dato per assodato il fatto che nell'ordinamento italiano è mancata, per responsabilità dello Stato, una salvaguardia effettiva di valori europei. La Corte di giustizia ha nondimeno accettato di “ritardare” l'*enforcement* della mai negata supremazia del diritto dell'Unione, rinunciando allo strumento della disapplicazione, per non ledere incidentalmente valori costituzionali non solo nazionali, ma propri dell'Unione europea stessa (principio di irretroattività della legge penale, in questo caso però applicato ad un regime della prescrizione di natura sostanziale in quanto non armonizzato e, soprattutto, principio di determinatezza). La lesione del diritto UE, tuttavia, permane e grava sulle prossime mosse dell'ordinamento nazionale: se da un lato la posizione difesa dalla Corte costituzionale è stata rispettata grazie ad un'interpretazione che – nei risultati applicativi – è compatibile con i (non esplicitati) controlimiti, d'altro lato la stessa Corte costituzionale diviene in ultima istanza garante dell'obbligo per il legislatore di adeguarsi agli impegni europei, e proprio sul piano della giustizia costituzionale si andrà inevitabilmente a traslare la ricerca di una soluzione adeguata alle esigenze sia nazionali che europee (ciò, appunto, quale ultima istanza, se il Parlamento rimarrà inerte e se non si potranno rinvenire adeguate novità già nella c.d. riforma Orlando<sup>4</sup>).

<sup>2</sup> Per i primi commenti alla c.d. *Taricco bis*, cfr. C. Piermaria, *La quiete dopo la tempesta: la prescrizione dei reati tributari va applicata anche secondo la CGUE*, in *Corriere tributario*, fasc. 2, 2018, 114 ss.; R. Bin, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *forumcostituzionale.it*, 2018; E. Lupo, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 12, 2017; M. Nisticò, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 1, 2018; M. Bassini, O. Pollicino, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in *Verfassungsblog*, 2017.

<sup>3</sup> Tra i numerosi contributi si rinvia agli atti raccolti in C. Paonessa, L. Zilletti, *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, 2016 e A. Bernardi, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, nonché agli atti del convegno “*Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*”, in *Rivista AIC*, n. 4/2016.

<sup>4</sup> Peraltro, ferme le necessarie valutazioni anche empiriche a fronte dei futuri risultati applicativi in termini di abbattimento del prescritto, non sembra che sul piano meramente normativo possa essere ritenuto già un idoneo adeguamento – nella prospettiva degli argomenti della Corte di giustizia – quanto realizzato con la c.d. riforma Orlando di cui alla legge 103/2017; ciò posto che il nuovo regime della prescrizione conserva il sistema del tetto massimo a seguito di interruzione (solo aumentato alla metà per alcuni reati contro la PA), limitandosi ad introdurre nuove ipotesi di sospensione del termine nei gradi di giudizio successivi al primo (per un massimo di 18 mesi ciascuno, subordinato alla condanna e con

Un monito della Corte costituzionale al Parlamento italiano era peraltro già implicito nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale e, su un piano di ipotizzabile ulteriore inerzia, una seria verifica della percorribilità del sindacato *in malam partem* delle norme penali italiane non effettive rispetto ai vincoli UE – con ulteriori evoluzioni nell'approccio della giustizia costituzionale al sindacato sulla norma penale – pare indispensabile nella prospettiva di un dialogo tra le Corti che sia davvero “leale”<sup>5</sup>.

## 2. L'oggetto della vicenda Taricco: il regime di prescrizione penale pregiudizievole per gli interessi dell'Unione, tra principio di legalità e principio del primato

Riassumendo una vicenda giurisprudenziale già molto nota, in questa sede si può ricordare come la pronuncia pregiudiziale citata verta sull'esegesi dell'art. 325, par. 1 e 2, TFUE come già interpretato dalla sentenza dell'8 settembre 2015, *Taricco e a.*<sup>6</sup>, sempre della Grande sezione. Si tratta quindi dell'interpretazione di un'interpretazione precedente, in vista della quale la Corte costituzionale è interessata ad introdurre una prospettiva di maggior attenzione al “bilanciamento” tra valori, rispetto ad un'impostazione invece “funzionalistica” tipica del giudice europeo, che aveva lasciato in secondo piano alcuni diritti fondamentali<sup>7</sup>.

In sostanza, l'ordinamento dell'Unione europea impone di perseguire con misure “equivalenti” ed “effettive” (richiamando i due limiti all'autonomia procedurale degli Stati membri) i reati in materia di imposta sul valore aggiunto, in quanto un'effettiva riscossione del gettito IVA è fondamentale per il finanziamento del bilancio europeo<sup>8</sup>. Pertanto, il contrasto all'evasione costituisce interesse fondamentale per l'Unione, sulla base del quale il diritto primario o derivato può legittimamente imporre agli Stati anche l'adozione di determinati standard di repressione penale<sup>9</sup>.

---

causa sopravvenuta di perdita dell'efficacia sospensiva in caso di mancata conferma). Cfr. art 159, co. 2 e 3, c.p.

<sup>5</sup> Cfr. *infra* i par. 7 ss.

<sup>6</sup> C-105/14, EU:C:2015:555.

<sup>7</sup> Tra i numerosi commenti, su posizioni funzionaliste e di bilanciamento cfr. G. Mobilio, *Dal caso Taricco al “redde rationem” tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, fasc. 4, 1009 ss.

<sup>8</sup> Cfr. decisione 2014/335/UE, Euratom, 26 maggio 2014, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione, GU 2014, L168, p. 105.

<sup>9</sup> Cfr. Corte di giustizia 26 febbraio 2013, *Akerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26; sul tema del diritto penale nella prospettiva dell'integrazione europea si rinvia a M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; E. Pistoia, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, Napoli-Roma, 2008; U. Guerini, *Il diritto penale dell'Unione europea: la normativa, la dottrina, la giurisprudenza europea in materia penale e la cooperazione giudiziaria*, Torino, 2008; R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea: linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005; V. Musacchio, *Diritto penale dell'Unione europea: questioni controverse e prospettive future*, Padova, 2005.

Il regime della prescrizione penale italiano<sup>10</sup> fa decorrere i termini anche dopo l'esercizio dell'azione penale e, soprattutto, prevede tetti massimi assoluti non derogabili nonostante l'avvenuta interruzione della prescrizione (rendendo il termine massimo più simile ad una decadenza piuttosto che ad una prescrizione vera e propria, tanto che le conclusioni dell'Avvocato generale lo qualificano sostanzialmente come un *délai préfixé*<sup>11</sup>). Nella prospettiva funzionale citata in precedenza, la Corte di giustizia ha ritenuto questo assetto normativo come potenzialmente lesivo dell'interesse finanziario dell'Unione; ciò in quanto, ove applicato ai reati di presentazione fraudolenta di dichiarazione IVA, che menzionino fatture o altri documenti relativi a operazioni inesistenti (c.d. frodi carosello<sup>12</sup>), un tetto massimo al termine prescrizionale rischierebbe di determinare una sistematica impunità per gli autori del reato.

Nel 2015 la prima sentenza *Taricco* riscontrava quindi una lesione degli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, par. 1 e 2, TFUE, in quanto le disposizioni del codice di procedura penale italiano impediscono di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un "numero considerevole" di casi di "frode grave". In questo modo, tuttavia, la prima sentenza della Grande sezione individuava almeno due parametri applicativi non determinati (numero considerevole e gravità della frode). Nonostante tale indeterminatezza la Corte di giustizia affermava che il giudice nazionale competente è tenuto a dare piena efficacia al diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali (riconoscendo quindi al Trattato un c.d. effetto verticale diretto "invertito", essendo l'applicazione a discapito del privato ma a vantaggio dell'effettività dell'ordinamento UE). Il tutto per vero, già nella prima sentenza, accompagnando l'obbligo di disapplicazione con la precisazione che il giudice – nell'ambito di tale operazione – deve comunque assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati<sup>13</sup>.

Il giudice ordinario italiano si è così trovato nella condizione di dover valutare la disapplicabilità della disciplina della prescrizione penale (in particolare, del tetto massimo a seguito di interruzione). La Cassazione e la Corte d'appello di Milano, riscontrando problemi di compatibilità con l'art. 25 Cost., hanno rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità della legge di ratifica dei Trattati europei, nella parte in cui tali accordi permetterebbero di disapplicare retroattivamente, e senza adeguata determinatezza nella fattispecie, la disposizione penale vantaggiosa in materia di prescrizione, sacrificando così – per garantire il primato del diritto UE – il principio di legalità penale.

La Corte costituzionale, a sua volta, condividendo i dubbi sollevati, non ha preteso dai giudici *a quibus* che essi stessi si fossero in via preliminare onerati del sollevare ulteriore questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, per verificare se – considerato il regime costituzionale italiano – altre disposizioni di diritto dell'Unione fossero interpretabili nel senso che già l'ordinamento europeo prevede che tale disapplicazione non debba avvenire in caso di lesione del principio di

---

<sup>10</sup> Cfr. gli art. 157, 160 e 161 c.p.

<sup>11</sup> Cfr. il punto 79.

<sup>12</sup> Cfr. l'art. 2 del decreto-legislativo del 10 marzo 2000, n. 74.

<sup>13</sup> Cfr. il punto 53.

legalità (argomentando dalla Carta di Nizza) oppure in caso di lesione dell'identità costituzionale nazionale (argomentando dall'art. 4, par 2, TUE); ipotesi in cui già l'ordinamento UE avrebbe neutralizzato il contrasto con la Costituzione italiana. Vista la stretta attinenza di questa questione con la Costituzione, invece, il giudice delle leggi italiano ha optato per sollevare esso stesso – senza mediazione del giudice *a quo* – il rinvio pregiudiziale, instaurando così un diretto dialogo con la Corte di giustizia<sup>14</sup>.

### 3. La posizione della Corte costituzionale: minaccia implicita dei controlimiti ma rispettando il ruolo nomofilattico della Corte di giustizia

Le prospettazioni della Corte costituzionale in sede di rinvio pregiudiziale sono state nette ma al contempo molto diplomatiche, evitando una diretta minaccia della logica dei controlimiti ed un'ingerenza negli spazi interpretativi propri della Corte di giustizia analoga a quella che altra corte nazionale aveva tentato nel caso *Melloni*<sup>15</sup>.

Il giudice costituzionale italiano non pretende di indicare alla Corte di giustizia quale sia l'interpretazione corretta del TFUE. La Corte costituzionale riconosce invece che effettivamente vi è una violazione del diritto UE, ma – semplicemente – evidenzia come l'ordinamento italiano non possa accettare, in quelle circostanze concrete, una tutela del primato mediante disapplicazione. Ciò in quanto il disapplicare sarebbe incompatibile non solo con l'irretroattività della norma penale sfavorevole (posto che la prescrizione penale è in Italia regola ritenuta sostanziale) ma, più radicalmente, anche con le esigenze di determinatezza della fattispecie penale, visto lo spazio di discrezionalità lasciato al giudice dalla prima sentenza *Taricco*<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> A commento dell'ordinanza 24/2017, tra i numerosi contributi si rinvia a A.C. Visconti, *Integrazione europea e "controlimiti". Una necessaria "actio finium regundorum"?*, in *DPCE*, fasc. 2, 2017, 543 ss.; R. Calvano, *Una questione pregiudiziale al quadrato ... o forse al cubo: sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1, 2017, 301 ss.; P. Faraguna, *Diritto UE e principio di legalità penale: il "caso Taricco" ritorna alla Corte di Giustizia*, in *Studium iuris*, fasc. 5, 2017, 532 ss.; A. Franco, *Disapplicazione della prescrizione per i reati iva, principi costituzionali e controlimiti: l'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia UE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 2, 2017, 489 ss.; M. Gambardella, *Irretroattività e determinatezza della regola Taricco: la valutazione, nel rispetto del primato del diritto dell'Unione, spetta alla Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, fasc. 4, 2017, 1342 ss.; F. Giunchedi, *La Consulta, la "regola Taricco" ed il rapporto tra fonti europee*, in *Archivio penale*, fasc. 1, 2017, 141 ss.; M. Luciani, *"Intelligenti pauca". Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2017, 535 ss.; V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco", note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, fasc. 5, 2017, 333 ss.; F. Rossi, *Luci e ombre della reazione della Corte costituzionale alla sentenza "Taricco"*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 6, 2017, 1425 ss.

<sup>15</sup> Cfr. la sentenza 26 febbraio 2013, C-399/11, EU:C:2013:107; cfr. anche A.A. Demmig, *La Corte costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte europea di giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, fasc. 1, 507 ss., in particolare par. 4, e G. Lattanzi, *Il dialogo tra le Corti nei casi Melloni e Taricco*, in *Cassazione penale*, fasc. 6, 2017, 2131 ss.

<sup>16</sup> Mentre non si fa cenno alla riserva di legge in sé, maggiormente problematica ove calata nella prospettiva dell'ordinamento sovranazionale. Sul diverso modello di legalità penale

Diplomaticamente, i controlimiti non sono mai citati in modo diretto, ma rimangono sempre sullo sfondo dell'argomentazione<sup>17</sup>. Con nettezza e decisione, d'altra parte, la Corte costituzionale non si accontenta di porre una barriera per il passato (con l'irretroattività), ma nell'avanzare la sua questione pregiudiziale chiarisce che – pur senza negare la violazione del diritto UE – essa non potrà accettare la disapplicazione nemmeno per la prescrizione futura, posto il perdurante contrasto con l'esigenza di determinatezza.

In sostanza, la Corte costituzionale prospetta come il disapplicare sia in assoluto troppo rischioso per i diritti fondamentali, lasciando residuare a tutela dell'ordinamento dell'Unione la sola iniziativa del Parlamento; organo legislativo di cui la Corte costituzionale però – in queste peculiari fattispecie – sostanzialmente non risponde, a meno di non introdurre un sindacato maggiormente effettivo sulle norme penali di favore, senza il quale l'ordinanza della Corte costituzionale finirebbe per presentarsi come l'atto di avvio di un dialogo in cui si è “promesso il fatto del terzo”. In sostanza il problema che la mediazione proposta dalla Corte costituzionale lascia aperto è quello del cosa farà la Corte costituzionale stessa, a tutela dell'ordinamento dell'Unione, nell'ipotesi in cui il Parlamento italiano non dovesse poi modificare il regime della prescrizione<sup>18</sup>.

Escluso l'orizzonte conseguente alla disapplicazione, nell'impostazione della Corte costituzionale la minaccia dei controlimiti rimane comunque solo tacita e non si disconosce l'avvenuta violazione del diritto UE. Per raggiungere l'obiettivo del riconoscimento della non disapplicazione, si lascia intravedere alla Corte di giustizia uno spazio di argomentazione coerente anche con l'ordinamento dell'Unione, al quale comunque rimarrebbe lo strumento di tutela della procedura di infrazione. La non disapplicazione, in questo senso, diventa una soluzione plausibile tanto nella prospettiva interna (per effetto dei controlimiti), quanto nella prospettiva sovranazionale (per effetto degli stessi diritti fondamentali propri dell'Unione), senza che la rinuncia a tale rimedio si traduca in una negazione del

---

accolto dalla Corte EDU si rinvia a V. Manes, “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del “nullum crimen” e sfide prossime future*, in *Cassazione penale*, fasc. 3, 2017, 955 ss., in particolare par. 4 e 5.

<sup>17</sup> Per commenti all'ordinanza della Corte cost. che pongono in discussione il grado di maggiore o minore significato “diplomatico” assunto dagli argomenti dell'ordinanza, e che di conseguenza pongono più o meno al centro della posizione della Corte un esplicito o implicito uso dei controlimiti, cfr. A. Bernardi, *La Corte costituzionale sul caso “Taricco”: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2017, 109 ss.; F. Palazzo, *La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 3, 2017, 285 ss.; G. Repetto, *Una ragionevole apologia della “supremacy”*. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso “Taricco”, in *Diritto pubblico*, fasc. 1, 2017, 229 ss.; A. Celotto, *Un rinvio pregiudiziale verso il dialogo o per il monologo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2017, 183 ss.; G. Civello, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, ricorre alla Corte di Giustizia UE: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le corti”*, in *Archivio penale*, fasc. 1, 2017, 148 ss.; C. Cupelli, *Il caso “Taricco” e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo “a senso unico”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2017, 266 ss.

<sup>18</sup> L'ordinanza 24/2017 lascia anzi trasparire che – in caso di rinuncia alla disapplicazione da parte della Corte di giustizia – il sindacato di costituzionalità non dovrà svolgere, al punto 10 essendo qualificate in tal caso come “superate” le questioni di costituzionalità. Sugli spazi invece per un intervento della Corte costituzionale (e le problematiche che ciò comporterebbe) cfr. *infra* i par. 7 ss.

principio del primato. Principio che tuttavia esce fortemente menomato da questa soluzione, in assenza di una tutela interna (né disapplicazione, né giudizio di costituzionalità) e trovando rimedio nella sola procedura d'infrazione (con i suoi noti limiti strutturali, tali per cui se l'integrazione europea si fosse fondata su sole procedure di inadempimento, anziché su un primato garantito da disapplicazione, il mercato unico non avrebbe raggiunto l'attuale livello di integrazione e l'Unione sarebbe meno credibile come soggetto istituzionale unitario).

La Corte costituzionale suggerisce così alla Corte di giustizia una via d'uscita comunque dignitosa, accettabile nella prospettiva di breve periodo e che rinvia al futuro un approfondimento sulle garanzie per l'ordinamento UE susseguenti all'eventuale decisione di non disapplicare. Via d'uscita che è focalizzata sui profili di peculiarità – non evidenziati dal giudice del rinvio pregiudiziale nella prima causa *Taricco* – conseguenti alla natura sostanziale della prescrizione penale italiana (la quale, pur senza rappresentare un *unicum* nell'area europea<sup>19</sup>, certamente costituisce un'anomalia nel panorama comparato).

La Corte costituzionale evidenzia quindi alla Corte di giustizia come il regime italiano della prescrizione in materia penale rivesta natura sostanziale anziché processuale, rientrando pertanto nell'ambito di applicazione del principio di legalità penale<sup>20</sup>. La via d'uscita prospettata sottende così la circostanza che la Corte di giustizia non conoscesse della natura della prescrizione penale italiana, o meglio non ne avesse approfondito le conseguenze in assenza di impulso del giudice del rinvio nella pronuncia *Taricco* del 2015 (giudice nazionale che aveva peraltro chiesto l'interpretazione di parametri diversi dall'art. 325, par. 1 e 2, TFUE, individuato d'ufficio dalla Grande sezione ma sul quale – quindi – non si sarebbe sviluppato né un adeguato contraddittorio, né un effettivo scambio di prospettive ed argomentazioni con la giurisprudenza nazionale).

Per queste ragioni la Corte costituzionale ritiene di avviare un nuovo dialogo con la Corte di giustizia, la cui giustificazione pratica si fonda sull'esigenza di un allargamento del *thema decidendum*. La Grande sezione, nella sentenza *Taricco*, si era infatti pronunciata sulla questione omettendo di valutare la compatibilità con il principio di determinatezza e riferendosi al principio di irretroattività senza prendere specificamente in considerazione la natura sostanziale della prescrizione<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. ad esempio l'ordinamento spagnolo, greco, lettone, rumeno e svedese (mentre in Polonia e in Portogallo la prescrizione ha natura sia sostanziale che processuale).

<sup>20</sup> Pe sottolineare quanto sia cruciale nell'ordinanza della Corte costituzionale il problema di qualificare la prescrizione come istituto sostanziale e non processuale, cfr. A Bernardini, *L'ordinanza "Taricco" della Corte costituzionale alla prova della "pareidolia"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2017, 48 ss., in particolare la prima questione analizzata (par. sub 3.), e P. Mori, *La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controllimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 2, 2017, 407 ss., in particolare il par. 4.

<sup>21</sup> Per commenti alla prima pronuncia *Taricco* che riassumono le critiche di inadeguata "cognizione" – da parte della Corte di giustizia – della reale portata della questione nell'ordinamento italiano, cfr. S. Manacorda, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Archivio penale*, fasc. 3, 2015, 867 ss.; C. Paonessa, *Lo strano caso Taricco, ovvero le garanzie del "tempori cedere" alla mercé di una eccentrica decisione europea?*, in *Criminalia*, 2015, 249 ss.; F. Rossi, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia e il*

#### 4. La decisione della Corte di giustizia: ribadire il primato e la sua violazione, ma cedendo sul fronte dei rimedi richiesti

La proposta della Corte costituzionale alla Corte di giustizia, anche se diplomatica sul piano formale (non toccando le prerogative interpretative della Corte di giustizia), si presentava nondimeno molto rigida nella sostanza: spostare l'attenzione sulla determinatezza evita infatti la disapplicazione anche *pro futuro*, e impone alla Grande sezione di “fidarsi” della leale cooperazione del Parlamento italiano (rinunciando alla tutela offerta dalle magistrature nazionali che – quale potere diffuso – avrebbero invece potuto disapplicare con effetto immediato per assicurare il primato del diritto dell'Unione).

Se l'Avvocato generale nelle sue conclusioni aveva minimizzato la questione della tassatività<sup>22</sup>, la Corte di giustizia nella sua sentenza è stata invece più aperta al dialogo, accogliendo l'impostazione della Corte costituzionale; soluzione che, come prospettata, lascia però appunto aperta la “saga”, in funzione delle future mosse del legislatore italiano.

In attesa dei possibili sviluppi interni, la Corte di giustizia ha quindi ridimensionato la portata della pronuncia *Taricco*: l'art. 325, par. 1 e 2, TFUE – a seguito delle precisazioni della Corte costituzionale in tema di natura sostanziale della prescrizione e conseguente problematica compatibilità con la determinatezza e l'irretroattività – non viene interpretato nel senso che esso imponga inderogabilmente al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, le disposizioni interne sulla prescrizione che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Pur esclusa la disapplicazione, rimane però ferma l'interpretazione per cui tale disposizione del Trattato sul funzionamento impone agli Stati membri di contrastare le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure almeno equivalenti a quanto adottato per combattere le frodi lesive dei loro stessi interessi finanziari e, in ogni caso, effettive e dissuasive (se la sola equivalenza non risultasse sufficiente).

Rimane quindi fermo l'obbligo per gli Stati membri di garantire una riscossione effettiva delle risorse destinate all'Unione<sup>23</sup>, con repressione delle frodi ed effettivo recupero delle somme. Tale obbligo di repressione – da realizzare necessariamente con sanzioni penali, dotate di carattere effettivo e dissuasivo – anche se non più assistito dallo strumento della disapplicazione delle disposizioni

---

*problema degli obblighi di disapplicazione in “malam partem” della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 12, 2015, 1564 ss.; G. Tarli Barbieri, *La “scommessa” dei controllimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in *Criminalia*, 2015, 275 ss.; A. Vallini, *La portata della sentenza CGCE “Taricco”: un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015, 295 ss.

<sup>22</sup> Cfr. R. Bin, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *DPC*, 20 novembre 2017. In sostanza le conclusioni dell'Avvocato generale cercano di supplire alla indeterminatezza facendo rinvio alla convenzione PIF (cfr. punti 116 e 117)

<sup>23</sup> Cfr. Corte di giustizia 7 aprile 2016, *Degano Trasporti*, C-546/14, EU:C:2016:206.

nazionali ad essa ostative continua comunque ad imporre a carico dell'ordinamento nazionale il perseguimento di un obiettivo non derogabile.

Il contrasto all'evasione non muta quindi di natura, e si pone sempre come un incondizionato obbligo di risultato a carico dello Stato membro<sup>24</sup>. Esso semplicemente non è più assistito da disapplicazione (con conseguente mancata assunzione in capo alla magistratura del compito di colmare i margini di discrezionalità che residuano), ma ciò solo nei casi in cui la disapplicazione lederebbe il principio di legalità e comunque sempre salva la responsabilità per inadempimento imputabile all'ordinamento italiano.

*4.1. La prescrizione penale come istituto non armonizzato a livello UE, che gli Stati membri rimangono liberi di qualificare in termini sostanziali anziché processuali*

L'esclusione della disapplicazione è inoltre argomentata dalla Corte di giustizia senza alcuna concessione con la teoria dei pretesi controlimiti insiti negli ordinamenti nazionali, senza derogare quindi al tradizionale approccio monista alla giustificazione della supremazia. Per la Corte di giustizia tutta la questione muoverebbe infatti non da un problema di incompetenza dell'Unione ad armonizzare tale settore, ma semplicemente da una non avvenuta armonizzazione in concreto, che ha lasciato liberi gli ordinamenti nazionali di contrastare l'evasione IVA adottando regimi di prescrizione penale tendenzialmente non predeterminati.

Si ribadisce così che ove un legislatore nazionale prorogasse il termine di prescrizione con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti, ciò non verrebbe a ledere – in via generale – il principio di legalità dei reati e delle pene, come inteso a livello europeo<sup>25</sup>. La tutela mediante sanzioni penali degli interessi finanziari dell'Unione, infatti, rientra nella competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri<sup>26</sup>.

Nonostante tale competenza in astratto, la Corte di giustizia riconosce poi<sup>27</sup> che nella fattispecie concreta, al tempo dei fatti del procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati IVA non era stato fatto oggetto di armonizzazione, ed anche successivamente tale armonizzazione è stata operata solo in modo parziale<sup>28</sup>. In questo stato di cose (e, parrebbe, solo ed esclusivamente in questo stato di cose), “la Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene”.

---

<sup>24</sup> Cfr. la sentenza *Taricco*, punto 51.

<sup>25</sup> In particolare in base all'art. 7 CEDU; cfr. Corte EDU, sentenze *Coëme e a. c. Belgio*, 22 giugno 2000, § 149; *Scoppola c. Italia (n. 2)*, 17 settembre 2009, § 110; *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, 20 settembre 2011, §§ 563, 564 e 570.

<sup>26</sup> Cfr. l'art. 4, par. 2, TFUE.

<sup>27</sup> Cfr. il punto 44.

<sup>28</sup> Cfr. la direttiva (UE) 2017/1371.

Tali passaggi argomentativi legittimano a ritenere che l'interpretazione prospettata dalla Corte costituzionale sia stata accolta dalla Corte di giustizia tenendo in conto un assetto normativo non armonizzato. Ove l'Unione dovesse imporre una concezione armonizzata di prescrizione a natura processuale, invece, le conclusioni della sentenza qui annotata non necessariamente potrebbero essere replicate (e già l'approvazione della direttiva (UE) 2017/1371 potrebbe far prevedere un atteggiamento meno permissivo in eventuali future riproposizioni della questione)<sup>29</sup>.

*4.2. La previsione già nella sentenza Taricco del valore preclusivo alla disapplicazione da accordare ai diritti fondamentali (quali diritto primario UE, anziché controlimiti)*

La Corte di giustizia stempera l'impostazione della Corte costituzionale – pur se in pratica seguita – anche ricordando come già nella prima sentenza *Taricco* si fosse affermato che i giudici nazionali competenti, quando devono eventualmente valutare la disapplicazione delle norme contenute nel codice penale, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso il reato siano comunque rispettati<sup>30</sup>.

52

La Grande sezione sembra considerare già pacifico, nella sua precedente sentenza, che debba restasse consentito alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli standard (europei o nazionali<sup>31</sup>) di tutela dei diritti fondamentali; ciò sempre a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta e i principi del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione<sup>32</sup>.

La Corte di giustizia ricorda l'importanza che riveste la legalità dei reati e delle pene, tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali; principio che è riconosciuto anche a livello europeo nelle sue specificazioni di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile (e la *foreseeability* – dà per scontato la Corte di giustizia – deve applicarsi anche alle interpretazioni offerte dalle sue stesse sentenze, fermo restando che tale giudizio di “prevedibilità” o “calcolabilità” del precetto penale non può che essere operato in concreto dal giudice del singolo caso).

La Grande sezione non prende però neppure in considerazione la prospettiva nazionale di un eventuale controlimite a tutela di tali valori, evidenziando come i principi citati siano riconosciuti dall'art. 49 della Carta (oltre che dall'art. 7, par. 1, CEDU<sup>33</sup>), il quale si impone agli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione (conformemente all'art. 51, par. 1, della medesima Carta). Il rispetto

<sup>29</sup> Cfr. il considerando 22 e l'art. 12 della direttiva 2017/1371/UE, specificamente dedicati al regime della prescrizione.

<sup>30</sup> Cfr. la sentenza *Taricco*, punto 53.

<sup>31</sup> Restava aperto nella sentenza precedente il dubbio di qualificare la fonte dei diritti fondamentali cui ci si riferiva (se quelli di diritto interno o quelli propri della stessa Unione europea). Nella sentenza *Taricco bis* questo dubbio è stato sciolto, individuando nel parametro UE il solo riferimento utile (cfr. *infra* il par. 4.3.), senza possibilità per l'ordinamento nazionale di invocare più elevati standard di tutela di diritto interno (cfr. *infra* il par. 5).

<sup>32</sup> Cfr. le sentenze *Melloni*, punto 60, e *Åkerberg Fransson*, punto 29.

<sup>33</sup> Cfr. la sentenza del 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, EU:C:2007:261.

dei diritti fondamentali è quindi imposto agli Stati membri dall'ordinamento europeo stesso, allorché essi prevedano – nell'ambito degli obblighi loro imposti dall'articolo 325 TFUE – di infliggere sanzioni penali per i reati in materia di IVA.

L'obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione non può contrastare con il principio di legalità non tanto perché il primato soffra di un controlimito, ma perché è lo stesso diritto primario dell'Unione ad imporre tale soluzione<sup>34</sup>. Nell'argomentazione della Corte di giustizia il carattere costituzionale e nazionale del principio di legalità penale rileva quindi unicamente per definire le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto parte dei principi generali dell'Unione stessa<sup>35</sup>.

#### *4.3. Una legalità penale europea: il mancato riconoscimento dei controlimiti anche grazie all'incorporazione della questione dei diritti fondamentali nell'ordinamento UE*

Pur giungendo al risultato pratico auspicato dalla Corte costituzionale, la Corte di giustizia non rivoluziona l'impostazione di fondo del proprio precedente del 2015, ma semplicemente specifica la portata dei principi affermati tenendo conto della peculiare natura della prescrizione italiana. Le coordinate generali del principio del primato rimangono le stesse e la Grande sezione insiste nel leggere i limiti applicativi di tale supremazia in un'ottica comunque interna all'ordinamento UE: non c'è riconoscimento della dottrina dei controlimiti, neppure "interiorizzandola" in un'ottica fondata sui trattati mediante una valorizzazione dell'art. 4, par. 2, TUE sulle identità nazionali (costituzionali) degli Stati membri<sup>36</sup>.

La Corte di giustizia sottolinea invece che le coordinate sulla base delle quali il giudice nazionale deve decidere se disapplicare (come sarebbe tenuto a fare in linea di principio) o non disapplicare (come possibile solo ove si debbano tutelare diritti fondamentali) sono quelle individuate dallo stesso catalogo di diritti UE, in particolare per come specificato dal rinvio alla CEDU e – pertanto con rilevanza solo incidentale dei singoli ordinamenti nazionali – alle tradizioni costituzionali comuni.

Si ribadisce così che per valutare l'eventuale antinomia tra disapplicazione imposta dal principio del primato e diritti fondamentali il primo parametro è costituito dall'articolo 49 della Carta dei diritti; parametro che – coerentemente con le spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali<sup>37</sup> e con l'art. 52, par. 3, della Carta stessa – deve presentare significato e portata identici al diritto garantito dall'art. 7, par. 1, della CEDU<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr., per analogia, la sentenza del 29 marzo 2012, *Belvedere Costruzioni*, C-500/10, EU:C:2012:186, punto 23.

<sup>35</sup> In questa prospettiva i principi costituzionali nazionali di irretroattività della legge penale erano già stati elevati a fonte di un principio generale dell'Unione dalla sentenza 13 novembre 1990, *Fedesa e a.*, C-331/88, EU:C:1990:391, punto 42.

<sup>36</sup> Sull'uso dell'art. 4 TUE al fine di "europeizzare" i controlimiti cfr. A. Ruggeri, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in *federalismi.it*, fasc. 18, 2014.

<sup>37</sup> GU 2007, C 303, p. 17.

<sup>38</sup> Secondo quell'osmosi tra ordinamenti su cui si rinvia, da ultimo e per lo specifico settore del processo penale, a M. Daniele, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione*

L'interpretazione del principio di legalità penale operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo risulta quindi dirimente – in tema di necessaria determinatezza della fattispecie penale – anche senza che siano invocate le disposizioni costituzionali nazionali, come fatto invece dalla Corte italiana; risulta infatti pacifico che il diritto penale, anche di matrice giurisprudenziale, non rispetta lo standard di tutela CEDU qualora i requisiti di accessibilità e prevedibilità non siano soddisfatti, e già questo limite di derivazione convenzionale escluderebbe in concreto la disapplicabilità nei termini “indeterminati”<sup>39</sup> prospettati dalla prima sentenza *Taricco*<sup>40</sup>.

Soluzione che peraltro rimane aperta ad alcuni dubbi, nella misura in cui l'ordinamento italiano presenta peculiarità che impongono un'applicazione delle sole pronunce della Corte EDU adeguatamente consolidate e meditate anche alla luce delle specificità nazionali<sup>41</sup>. Rimane infatti fermo – ad esempio – il fatto che un ruolo risolutivo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo non può essere prospettato in tema di principio di irretroattività della legge penale, applicato al regime della prescrizione; ciò posto che in ambito CEDU la prescrizione penale è normalmente qualificata – così come peraltro emerge quale soluzione prevalente anche nel panorama comparato – come un istituto di carattere processuale<sup>42</sup>, mentre la Grande sezione nella sentenza di fine 2017 ha riconosciuto la legittimità di un regime nazionale non (ancora) armonizzato in materia.

#### *4.4. Un dialogo fatto di “non detti”: pragmatica convergenza sul risultato finale senza prendere posizione sui controlimiti e senza negare la violazione del diritto UE*

In concreto, la Corte di giustizia assume quindi una decisione pragmatica che evita di prendere posizione sui profili che la stessa Corte costituzionale ha collocato solo sullo sfondo della propria ordinanza (controlimiti e ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE).

Pur realizzando l'obiettivo applicativo avuto di mira dalla Corte costituzionale, la sentenza *Taricco bis* – sul piano giuridico e teorico-sistematico – non può essere considerata una “resa incondizionata” alla prospettiva nazionale.

La Grande sezione interviene infatti sulla base di una serie di argomentazioni pienamente coerenti con una prospettiva di protagonismo delle dinamiche dell'integrazione: si riafferma l'avvenuta violazione del diritto dell'Unione da parte dell'ordinamento italiano; si indica nel diritto primario dell'Unione la fonte nella quale individuare i valori fondamentali che possono portare ad omettere la disapplicazione; si ricorda che questa possibilità era già stata prospettata nella prima sentenza, nonostante le lacune nella questione sollevata dal giudice del rinvio pregiudiziale; si precisa – a sfondo di tutta l'argomentazione – che una simile

---

*Europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 4, 2016

<sup>39</sup> Cfr. il riferimento al numero considerevole di casi e alla gravità della frode, punto 47 della sentenza *Taricco* del 2015.

<sup>40</sup> Cfr. Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*; 7 febbraio 2002, *E.K. c. Turchia*; 29 marzo 2006, *Achour c. Francia*; 20 settembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*.

<sup>41</sup> Cfr. a partire da Corte cost. 311 e 317/2009.

<sup>42</sup> Cfr. Corte EDU, sentenze 22 giugno 2000, *Coëme e a. c. Belgio*; 12 febbraio 2013, *Previti c. Italia*; 22 settembre 2015, *Borcea c. Romania*.

eccezione all'ordinario dovere di disapplicare è legata anche al peculiare regime non armonizzato della prescrizione penale rispetto ai reati di evasione IVA, che ha permesso il permanere di un istituto a natura sostanziale del tutto peculiare (che – resta sotteso – avrebbe invece ceduto alle esigenze di integrazione, in caso di avvenuta armonizzazione).

Il tutto è affermato in modo asettico, e nulla nella motivazione della Corte di giustizia pare prospettare cedimenti a favore di una dottrina dei controlimiti, neppure in una sua versione “interiorizzata” nel sistema dell'Unione (che pure nel lungo periodo pare una prospettiva utile e condivisibile)<sup>43</sup>. Nonostante questa impostazione coerente con la ricostruzione teorica di fondo consolidatasi in passato, l'esito pratico perseguito dalla Grande sezione è esattamente lo stesso prefigurato dalla Corte costituzionale.

In pratica la sentenza riconosce come i requisiti di prevedibilità, determinatezza ed irretroattività, inerenti al principio di legalità, si applichino – nell'ordinamento “sostanzialistico” italiano – anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA.

Come conseguenza, in primo luogo, spetta al giudice nazionale verificare se la condizione già richiesta della sentenza *Taricco*<sup>44</sup> sia rispettata: se la disapplicazione conduce ad una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile anche ai reati in materia di IVA commessi dopo la sentenza del 2015, la disapplicazione sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione (prima ancora che con il diritto nazionale).

In secondo luogo, e preso atto delle peculiarità della natura della prescrizione in Italia, senza rinviare alla valutazione del giudice nazionale è la stessa Corte di giustizia ad affermare che il principio di legalità riconosciuto dalla Carta dei diritti osta certamente a che la prescrizione sia ridotta retroattivamente per coloro che hanno commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza *Taricco* (applicazione retroattiva che sarebbe invece ammissibile negli ordinamenti nazionali che accordano alla prescrizione natura processuale, vista l'autonomia statale nel qualificare tale profilo non armonizzato).

La disapplicazione è quindi esclusa dallo stesso diritto primario dell'Unione europea, ed è esclusa anche se la stessa rappresenterebbe mezzo idoneo per rimediare ad una oramai accertata e strutturale situazione nazionale incompatibile

---

<sup>43</sup> Per le esperienze e le prospettive di europeizzazione della logica dei controlimiti, cfr. R. Caponi, *La tutela della identità nazionale degli Stati membri dell'U.E. nella cooperazione tra le corti: addio ai “controlimiti”?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, fasc. 4, 2011, 915 ss. e P. Faraguna, *Il caso Sayn-Wittgenstein: la Corte di giustizia traccia un modello di “controlimiti europeizzati”?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2011, 437 ss. Sull'auspicabilità di tale risultato interpretativo raggiungibile a partire dall'art. 4 TUE, per un'analisi di come primato ed identità siano concetti che si condizionano reciprocamente (e di come il loro conflitto sia stemperabile entro la fisiologia dell'ordinamento dell'Unione), cfr. A. Ruggeri, *Primato del diritto sovranazionale “versus” identità costituzionale? Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”*, in *Lo Stato*, fasc. 6, 2016, 47 ss.

<sup>44</sup> Cfr. il punto 53.

con il diritto dell'Unione<sup>45</sup>. Spetta pertanto al solo legislatore nazionale di adottare le misure necessarie<sup>46</sup>, la soluzione della carenza di effettività lesiva dell'ordinamento europeo potendo transitare o per una rinnovata leale cooperazione del legislatore italiano o per una eventuale procedura di infrazione.

### **5. Ciò su cui una tutela massimalista dell'ordinamento costituzionale non ha trovato soddisfazione: la non invocabilità dell'identità nazionale/costituzionale e la non introducibilità di standard di tutela dei diritti più elevati rispetto a quelli dell'Unione**

La legittimazione della permanenza anche in futuro di questa situazione di eccezione/trasgressione all'effettività dell'ordinamento dell'Unione è stata quindi esclusa, ed essa peraltro si sarebbe potuta conseguire solamente sulla base di un percorso argomentativo radicalmente diverso – in cui neppure l'ordinanza della Corte costituzionale dimostrava di credere molto – da svolgersi ponendo al centro di un dialogo tra le due Corti i parametri dell'art. 4, par. 2, TUE e dell'art. 53 della Carta dei diritti. Una vera “deroga” permanente alle esigenze di integrazione europea, fondata sui diritti costituzionali nazionali, non pare quindi prefigurabile.

L'approfondimento dei parametri citati avrebbe infatti fatto emergere la radicale divergenza di impostazioni – dualista e monista – seguite dalla giurisprudenza nazionale ed europea, forzando le due Corti a convergere o su una concezione dei controlimiti “accentrata” in capo all'ordinamento dell'Unione (preclusiva di riserve di sovranità legittimate in ottica dualista), o ad un riconoscimento esplicito delle dottrine elaborate dalle Corti costituzionali nazionali in tema di principi supremi (con rinuncia da parte dell'Unione ad una visione monista dell'ordinamento europeo, e riconoscimento di legittime “rotture” interne al processo di integrazione). Un'interpretazione estensiva delle disposizioni citate può infatti legittimare la dottrina dei controlimiti, o riconoscendone la preesistenza all'integrazione (dualismo), o fondandone a livello di ordinamento dell'Unione stesso la legittimità (monismo).

L'art. 4, par. 2, TUE prevede infatti che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale»; disposizione che, nell'interpretazione più ampia che poteva prospettarsi (ma solo sottesa all'ordinanza 24/2017), verrebbe a consentire al giudice nazionale di sottrarsi all'obbligo fissato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco* se l'ottemperanza alla stessa andasse a ledere principi supremi che definiscono l'identità costituzionale italiana.

L'art. 53 della Carta afferma invece che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto

---

<sup>45</sup> A tale riguardo la sentenza c.d. *Taricco bis* richiama in analogia la sentenza 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punti 58 e 59, evidenziando come la disapplicazione del giudicato non costituisca rimedio comunque dovuto, a prescindere dalle peculiarità delle circostanze.

<sup>46</sup> Cfr. i punti 41 e 42.

dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri»; disposizione che, sempre sulla base di un'esegesi favorevole ai controlimiti, potrebbe essere intesa come un'autorizzazione per gli Stati membri ad applicare il più elevato livello di tutela dei diritti fondamentali riconosciuto dalle Costituzioni nazionali, e ciò anche a discapito dell'attuazione del diritto dell'Unione.

L'uso di entrambe le previsioni del diritto primario UE risulta però sottodimensionato nell'argomentazione della Corte di giustizia, che dà per scontata un'interpretazione delle stesse con la quale se ne stempera l'utilità in ottica di controlimiti: la portata dell'art. 53 della Carta dei diritti è circoscritta perché l'unità dell'ordinamento dell'Unione europea prevale sul più elevato standard nazionale di tutela dei diritti; l'utilità dell'art. 4, par. 2, TUE è ridimensionata perché l'identità costituzionale/nazionale risulta essere un qualcosa di diverso e più eccezionale rispetto ai principi fondamentali.

Riguardo l'art. 53 della Carta, il margine di discrezionalità statale nel fissare il livello di tutela dei diritti fondamentali garantito nell'attuazione del diritto dell'Unione è limitato dalla necessità che tale livello di protezione sia «consono al diritto dell'Unione»<sup>47</sup>; in altri termini, la salvaguardia dei diritti fondamentali, quando entra in gioco la competenza dell'Unione, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità di essa<sup>48</sup>. Impostazione che osta, quindi, ad un'inottemperanza nazionale agli obblighi europei che sia motivata sulla base di esigenze di maggior tutela dei diritti, pena la negazione di fatto del principio del primato. Anche se un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, rimane consentito alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali solo se ciò non compromette né il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, né l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione<sup>49</sup>.

Riguardo l'art. 4, par 2, TUE la Corte omette di entrare nel merito, seguendo invece il percorso argomentativo pragmatico descritto in precedenza<sup>50</sup>. A riguardo, certamente la giurisprudenza della Corte di giustizia non nega la necessità di tener conto dell'identità nazionale (in specie, costituzionale) degli Stati membri, ai sensi del dato letterale del Trattato essendo consentito ad ogni Stato membro di contestare le disposizioni del diritto dell'Unione (anche primario) che ritenga eventualmente lesive di tale identità. Il problema è tuttavia definire cosa tale identità sia: operazione interpretativa nella quale la Grande sezione non si avventura, ma che le conclusioni dell'Avvocato generale parevano operare in termini restrittivi<sup>51</sup>. In ogni caso, un vero dialogo con la Corte costituzionale su

<sup>47</sup> Cfr. le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, GU 2007, C 303, p. 17.

<sup>48</sup> Cfr. la sentenza del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114, punto 4.

<sup>49</sup> Cfr. ancora la sentenza *Melloni*, punto 60.

<sup>50</sup> Nell'intera sentenza non è mai preso in considerazione il parametro dell'art. 4, TUE.

<sup>51</sup> Cfr. i punti 169 ss. delle conclusioni dell'Avvocato generale.

tale questione definitoria non si è svolto, posto che l'ordinanza di rinvio pregiudiziale omette di definire metodologicamente quali principi fondamentali costituiscano principi supremi e, quindi, possano integrare il concetto di identità.

## **6. Dopo il dialogo, permanenza dell'inadempimento e obblighi ulteriori di leale cooperazione: fiducia nella politica (penale) o supplenza della Corte costituzionale?**

Nell'impostazione dell'Unione europea, poste le premesse di cui sopra, certamente non tutti i diritti fondamentali costituiscono principi supremi<sup>52</sup>, e non sono quindi fornite indicazioni chiare su quali aspetti del principio di legalità penale possano essere ritenuti caratterizzanti di un'identità costituzionale italiana. In passato, peraltro, la stessa difesa erariale italiana aveva identificato i principi supremi o fondamentali con le sole garanzie costituzionali "essenziali" quali, a titolo esemplificativo, la natura democratica della Repubblica e il principio di uguaglianza, mentre si era escluso che i principi supremi potessero essere individuati in garanzie processuali, per quanto importanti nella – diversa – ottica dei diritti fondamentali<sup>53</sup>.

Omettendo di richiamare questi parametri normativi "politicamente" difficili, tuttavia, il problema del caso *Taricco* transita dal presentarsi come questione di rapporti tra ordinamenti (i principi supremi dell'uno confliggendo con il primato dell'altro) al rimanere una questione di mera definizione in concreto dei diritti fondamentali (riconosciuti da entrambi, ed affermati nell'ordinamento UE perché sia il giudice nazionale a valutarne l'applicazione con disapplicazione del diritto interno, o meno). Se la questione è di diritti fondamentali, la questione è interna all'ordinamento dell'Unione: si ammette la non disapplicazione perché è lo stesso diritto UE ad escluderla, ma non si nega l'avvenuta lesione dell'ordinamento europeo.

Rimane quindi indiscusso il primato e rimane accertato l'inadempimento, nessun principio supremo (sostanziale) operando ad impedire l'adeguamento dell'ordinamento penale italiano alle esigenze di effettività dell'ordinamento europeo. La "saga" *Taricco* attende quindi gli ulteriori episodi del dialogo, posto che la soluzione del contrasto tra ordinamenti non è ancora in concreto stata raggiunta: spetta alla Corte costituzionale indicare al giudice di non disapplicare (perché ciò contrasterebbe non solo con la Costituzione ma anche con i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione europea) ma, al contempo e per dare prova di dialogo leale, alla stessa Corte spetta anche di operare quantomeno un monito credibile al legislatore nel senso che il contrasto con l'ordinamento europeo va risolto<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Sulla differenza tra diritti fondamentali e principi supremi si rinvia a S. Gambino, *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra "trattati" (di Lisbona) e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2009, 29 ss.

<sup>53</sup> Cfr. i punti 10 e 11 delle osservazioni presentate nella causa C 62/14, *Gauweiler*, EU:C:2015:400.

<sup>54</sup> In modo più radicale di quanto già fatto con la riforma Orlando (legge 103/2017), la quale non offre un rimedio strutturale alle problematiche di impunità aperte da un regime di

Se è vero che la leale cooperazione grava sul Parlamento, che è l'unico attore – una volta esclusa la disapplicazione – nelle cui mani è ora posto il rimedio avverso un'interruzione della prescrizione contraria alle esigenze dell'Unione, d'altro lato la Corte costituzionale, che ha dialogato con la Corte di giustizia, dovrebbe assumere nei rapporti istituzionali interni all'ordinamento italiano posizioni coerenti con il dialogo istituzionale che ha intrattenuto con il livello di governo europeo.

La questione che rimane aperta è quindi quella del se la Corte costituzionale abbia a propria disposizione un armamentario adeguato a “coartare” il Parlamento alla leale cooperazione con l'Unione europea, in particolare impiegando (o al limite “minacciando”) un sindacato “in supplezza” sulla legge penale *in malam partem* che possa essere idoneo a tutelare l'effettività dell'ordinamento UE in caso di perdurante inerzia del legislatore<sup>55</sup>. La Corte costituzionale nella sua ordinanza invece pare aver già prospettato che l'esito finale auspicato sarebbe una sentenza di rigetto secca, nella quale i giudici *a quibus* saranno invitati a non disapplicare<sup>56</sup>. Nulla viene prospettato in tema di sindacato di costituzionalità sul regime della prescrizione per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost.

Ci si deve quindi chiedere se la Corte costituzionale non potrebbe – se non in prima battuta, perlomeno in caso di perdurante inerzia – intervenire a dichiarare l'incostituzionalità del termine finale inderogabile di prescrizione, perché contrastante *tout court* con il diritto dell'Unione europea. Sarebbe più di quanto chiesto dalla Corte di giustizia nel caso *Taricco* (dove si domandava al giudice nazionale di disapplicare previo accertamento del se le frodi erano gravi e del se le violazioni erano sistematiche); ma questi apprezzamenti, giustamente preclusi al giudice ordinario da un'interpretazione condivisibile dell'art. 25 Cost italiana (e, stando ora alla sentenza qui analizzata, anche del diritto UE), non sono senz'altro estranei al raggio di azione della giurisdizione della Corte costituzionale<sup>57</sup>.

Può sembrare quindi auspicabile che la Corte costituzionale, in caso di inerzia del Parlamento, si ritenga legittimata a ragionare di incostituzionalità a

---

prescrizione dotato di un termine massimo inderogabile anche a seguito di interruzione; ciò in quanto né si è innalzato da un quarto alla metà l'incremento dello stesso, come invece operato per i soli reati contro la PA (intervento che almeno avrebbe eliminato la possibilità di individuare un problema di equivalenza tra tutela degli interessi della UE e di quelli nazionali), né la sospensione della prescrizione nei gradi di giudizio successivi al primo pare offrire una tutela in assoluto effettiva (dovendosi valutare se lo strumento della sospensione può soddisfare quelle censure specifiche svolte invece dalla Corte di giustizia ad un regime di interruzione con tetto massimo che rende la prescrizione italiana più simile ad una decadenza, e che rimane vigente). Oltre alle considerazioni nel merito circa l'adeguatezza di una mera sospensione per massimo 18 mesi a grado a mutare una situazione di sistematica prescrizione delle frodi carosello, peraltro, va considerato anche come tale riforma introduca un effetto sospensivo selettivamente limitato alle ipotesi di condanna e retroattivamente caducabile in caso di mancata conferma, non garantendo quindi agli interessi dell'Unione un vero diritto al processo fino all'accertamento definitivo con giudicato.

<sup>55</sup> Cfr. *infra* i par. 7 e 8.

<sup>56</sup> Cfr. il punto 10 dell'ordinanza di rinvio 24/2017, dove – qualora non necessaria la disapplicazione – si ritengono *de plano* “superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti”.

<sup>57</sup> Cfr. *infra* il par. 9

presidio del diritto dell'Unione anche nell'ambito della legislazione penale di favore o favorevole, con sentenze rese quindi *in malam partem*. Un dialogo leale tra le Corti richiede che la Corte costituzionale si faccia garante della leale cooperazione *ex art. 4, co. 3, TUE*<sup>58</sup> e, pur di evitare una lesione al principio di legalità mediante disapplicazione, un intervento in materia penale mediante sentenza di annullamento per incostituzionalità pare un esito finale non forzato e non precluso al nostro ordinamento. Ciò specie se l'alternativa fosse comunque una situazione di perdurante contrasto con l'ordinamento UE (e quindi anche con l'art. 117 Cost.), che esporrebbe l'Italia a condanne e futuri nuovi interventi della Corte di giustizia la quale, sulla base di un'avvenuta armonizzazione del regime della prescrizione, potrebbe ridefinire nuovamente il proprio orientamento sulla vicenda (o su altre vicende analoghe, in cui in generale si dovesse presentare un obbligo di criminalizzazione non adempiuto).

### **7. La contestabilità delle scelte di criminalizzazione, omissive o innovative: riserva di legge penale come stretta riserva parlamentare e inammissibilità della reviviscenza**

60

Le difficoltà anche in questa direzione non sono tuttavia trascurabili, e attengono alla generale questione della sindacabilità *in malam partem*, da parte della Corte costituzionale, delle scelte di criminalizzazione. Questione che è stata di massima risolta nel senso della non ammissibilità, vista l'interpretazione della riserva di legge *ex art. 25 Cost.* nel senso di una stretta riserva parlamentare<sup>59</sup>.

Se lo Stato è inadempiente all'obbligo di tutela penale imposto dall'Unione europea, quindi, applicare i principi generali dell'ordinamento fa sì che la riserva di legge precluda interventi sostitutivi non solo del giudice ordinario (con disapplicazione) ma anche della Corte costituzionale, in quanto anch'essa non è un soggetto democraticamente legittimato (mentre *ratio* dell'art. 25 sarebbe proprio quella di un controllo democratico sulla scelta penale). In questa prospettiva, se lo Stato non si adegua si ha unicamente l'inadempimento e l'azione d'infrazione, ma sul piano del diritto interno l'obbligo rimane lettera morta: il privato non può essere punito per un reato che lo Stato non ha introdotto, anche se l'Unione europea lo pretendeva. In materia penale l'ordinamento dell'Unione non si

---

<sup>58</sup> Cfr. Bonini Monica, *Giudice delle leggi o "signore dei trattati"? Riflessioni critiche sul sindacato a tutela dell'identità costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3, 2016, che – a partire dalla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sull'OMT – sottolinea i due paradigmi alternativi della "leale cooperazione" o della "legale competizione" fra giudici costituzionale ed europeo, ponendo in luce i rischi del promuovere il sindacato di costituzionalità a strumento per giudicare delle scelte europee (valorizzando le verifiche sul rispetto dell'identità costituzionale e sull'azione *ultra vires* delle istituzioni UE), anziché di mezzo per garantire una leale cooperazione.

<sup>59</sup> Fin da Corte cost. 148/1983 si è peraltro ritenuto che gli eventuali effetti *in malam partem* di una decisione della Corte non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge *ex art. 25 Cost.*) di «configurare nuove norme penali» (Corte cost. 394/2006), siano esse incriminatrici o sanzionatorie.

presenterebbe quindi come vero ordinamento sovranazionale ma, ancora, nelle forme di un classico e limitato sistema di regole di diritto internazionale.

Questa conclusione è senz'altro corretta e condivisibile per le scelte di criminalizzazione in sé considerate, intese come nuova introduzione di un reato voluto dall'Unione europea ma mai contemplato in precedenza da scelte positive del legislatore nazionale. La realtà delle questioni che si presentano nella prassi, tuttavia, è più complessa: spesso ciò che viene contestato al legislatore statale non è la radicale omissione nell'operare una nuova criminalizzazione richiesta dall'Unione, lasciando lettera morta un obbligo di tutela penale che rimarrebbe quindi sospeso in un'area di totale assenza di regole nazionali. Al contrario, nella realtà complessa dell'ordinamento al legislatore spesso si contesta di aver riformato in termini eccessivamente migliorativi per il reo una disposizione penale preesistente, rendendo quindi troppo mite un trattamento sanzionatorio che prima era vigente (e che – per come formulato in precedenza – era coerente con l'obbligo di tutela penale maggiormente dissuasivo imposto dall'Unione, come si potrebbe ipotizzare essere avvenuto anche per il regime della prescrizione a seguito della riforma *ex Cirielli*<sup>60</sup>).

Il contrasto con il diritto dell'Unione consiste non in una radicale omissione ma, sul piano dell'adeguatezza, nell'eccessiva mitezza della sanzione penale. Vicende così strutturate si sono già presentate in passato, come nel caso riforma del 2002 sul falso in bilancio, rispetto al quale si contestò la violazione della direttiva UE che obbligava gli Stati a prevedere sanzioni penali dissuasive a tutela della veridicità dei bilanci<sup>61</sup>. In quell'occasione si affermò che il legislatore nella riforma del 2002 (poi superata dall'ulteriore riforma del 2015<sup>62</sup>) aveva realizzato un inadempimento per via sopravvenuta ad un obbligo comunitario al quale – in prima battuta – si era invece correttamente ottemperato. La prima formulazione della normativa nazionale sul falso in bilancio era adeguata dal punto di vista degli impegni europei, e solo la modifica successiva ha determinato un'antinomia.

In questi casi di inadempimento sopravvenuto la questione del sindacato peggiorativo sul precetto penale si complica. Non si tratta più di comparare una singola ed attuale (mancata) previsione legislativa nazionale con un contrario obbligo europeo, valutando in modo isolato e con un confronto a due privo di ulteriori riflessi; al contrario, nelle ipotesi citate esiste anche un'altra legge nazionale precedente da prendere in considerazione, la quale – dal punto di vista dell'Unione europea – rappresentava la soluzione normativa corretta. Data questa

---

<sup>60</sup> La legge 251/2005 ha introdotto un nuovo art. 161, co. 2, c.p. con tetto massimo alla prescrizione, anche se interrotta; in assenza di tetto le interruzioni potrebbero operare azzerando ogni volta il termine decorso, senza un limite inderogabile, dal che risultava quindi un regime prescrizione più severo e compatibile con le esigenze di tutela penale UE.

<sup>61</sup> Cfr. in particolare la sentenza della Corte di giustizia 3 maggio 2005 (cause riunite C-387/02, C-392/02 e C-403/02), e S. Manacorda, *“Oltre il falso in bilancio”: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, fasc. 2, 2006, 253 ss.; G. Insolera, V. Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, in *Cassazione penale*, fasc. 9, 2005, 2768 ss.; F. Paterniti, *La dimensione europea della pena: riflessioni a margine di una decisione in tema di falso in bilancio*, in *L'Indice penale*, fasc. 3, 2005, 1211 ss.

<sup>62</sup> Cfr. legge 69/2015.

struttura della vicenda, si può affermare che un conto è colmare un vuoto introducendo un reato che non è mai stato previsto dal Parlamento, altro conto invece è recuperare un reato che già c'era: in tale seconda ipotesi non sembrerebbe così forzato cercare rimedio nella disapplicazione della norma di legge più recente, che potrebbe porsi – anche se *in malam partem* – come soluzione accettabile proprio perché compatibile con la riserva di legge nella misura in cui l'assetto normativo così raggiunto rifletterebbe comunque una precedente scelta normativa democratica (posto che una legge del Parlamento identica alla soluzione ora introdotta con disapplicazione era già esistita in passato)<sup>63</sup>.

In queste circostanze si potrebbe quindi ipotizzare – seguendo questa logica – di disapplicare la nuova legge e applicare la vecchia, posto che operando in tal modo in definitiva si punisce pur sempre in base ad una legge del Parlamento, che riviverebbe per effetto della disapplicazione della legge sopravvenuta<sup>64</sup>. Ci sarebbe reviviscenza di una legge parlamentare italiana e non, invece, criminalizzazione direttamente sulla base del diritto dell'Unione europea (che di per sé, in assenza di scelta democratica nazionale, non sarebbe mai strumento idoneo a soddisfare la riserva *ex art. 25 Cost.*).

Tale soluzione, sebbene suggestiva, non pare tuttavia accettabile, posta la sua incompatibilità con il principio di riserva di legge come correttamente interpretato. Quando si trattò del falso in bilancio le premesse di questa tesi furono sottoposte sia alla Corte costituzionale che anche alla Corte di giustizia, le quali entrambe – con diverse argomentazioni e per diverse ragioni – risposero in senso negativo<sup>65</sup>: quella prospettata era un'operazione ermeneutica il cui risultato finale sarebbe stato comunque nel senso di far sì che il soggetto fosse sostanzialmente punibile sulla base del diritto sovranazionale, ciò posto che la legge nazionale preesistente – e compatibile con il diritto UE – comunque non esisteva più nell'ordinamento ed era stata radicalmente abrogata<sup>66</sup>.

In definitiva, la giurisprudenza ha correttamente ritenuto non prospettabile alcuna reviviscenza fondata su esigenze di rispetto degli impegni europei, precludendo su tali basi l'impiego della disapplicazione anche nell'ipotesi peculiare in cui al legislatore non si contesta l'omissione di criminalizzazione *tout court*, ma

---

<sup>63</sup> Per una critica alla tesi della disapplicazione con reviviscenza, pur sostenuta dalle conclusioni dell'avvocato generale nella vicenda del falso in bilancio, cfr. A. Lanzi, *I rapporti tra la legislazione penale nazionale e la normativa dell'Unione europea: il caso del falso in bilancio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 5, 2006, 889 ss.

<sup>64</sup> Ciò ovviamente per i fatti commessi quando era in vigore la vecchia legge, omettendo di applicare il principio di retroattività della legge più mite intermedia, non per i fatti commessi quando vi era già la nuova normativa perché altrimenti vi sarebbe una sorta di retroattività da reviviscenza della norma sfavorevole, comunque mai ammessa.

<sup>65</sup> Oltre alla citata sentenza della Corte di giustizia, cfr. Corte cost. 70/2006.

<sup>66</sup> Cfr. R. Tartaglia, *Il falso in bilancio tra legittimità comunitaria e retroattività della norma più favorevole*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 4, 2007, 1047 ss.; F. Alicino, *Il "caso" italiano del falso in bilancio tra orizzonti nazionali ed europei della legalità penale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1, 2006, 395 ss.; C. Pecorella, *Corte Costituzionale e falso in bilancio: un inspiegabile ritorno al punto di partenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2006, 302 ss.; S. Seminara, *Falso in bilancio: la disciplina italiana nel quadro europeo ed internazionale*, in *Criminalia*, 2006, 431 ss.

l'abrogazione (o la riforma) di un regime penale preesistente compatibile con le indicazioni dell'Unione.

### **8. I casi eccezionali di sindacato di costituzionalità con effetti *in malam partem* e la loro applicabilità nella leale cooperazione con l'ordinamento dell'Unione**

Escluso l'impiego della via della reviviscenza al fine di garantire il rispetto degli obblighi di criminalizzazione imposti dall'Unione, nei citati casi particolari di non mera omissione da parte del legislatore (e solo in tali casi) rimane aperta la soluzione di un'eventuale sentenza di incostituzionalità *in malam partem*, che annulli la legge sopravvenuta.

Anche rispetto alla praticabilità di questa via rimediale, tuttavia, ci si deve di massima orientare in senso negativo; ciò specie se in concreto si aspira ad un effetto di vera e propria riviviscenza della vecchia norma. Vista l'impossibilità di riportare a vigenza la legge abrogata (già conforme agli obblighi di tutela penale UE, ma soppressa per scelta del Parlamento), l'intervento sostitutivo della Corte costituzionale porterebbe comunque ad un precetto penale proveniente direttamente da un soggetto che non può incidere in materia di norme incriminatrici, perché privo di legittimazione democratica. La sentenza di incostituzionalità non è fonte abilitata a regolare *in peius* la materia penale e, quindi, non può produrre norme di sfavore neppure annullando disposizioni favorevoli intervenute ad abrogare precedenti scelte parlamentari più severe: la reviviscenza di una norma abrogata presuppone un potere di produzione normativa, e tale effetto può essere collegato alla sola fonte parlamentare (e purché la stessa si esprima in modo attuale e diretto)<sup>67</sup>.

Se sussiste un inadempimento all'obbligo di tutela penale imposto dall'Unione, non importa se di tipo originario o sopravvenuto, non sembrano allora esistere rimedi interni all'ordinamento. Tuttavia ciò rischia di porsi come problematico per un leale dialogo tra i due ordinamenti, ove l'inerzia del legislatore si dovesse protrarre. O è il legislatore che sceglie di adeguarsi, permettendo così un lineare e fisiologico rispetto della riserva di legge, oppure il limite posto dall'art. 25 Cost. fa sì che quell'obbligo rimanga senza tutela sul piano interno (in quanto il soggetto non può essere punito o non può essere punito più severamente, né tramite una disapplicazione né tramite una sentenza di incostituzionalità). Si determinerebbe così una carenza di tutele interne, molto permissiva nel breve periodo ma a fronte della quale è da attendersi che un ordinamento finalizzato all'integrazione e fondato su vincoli di mutuo condizionamento, come quello dell'Unione, tenderà a sviluppare rimedi sul piano sovranazionale.

Il problema che si presenta, per evitare un vuoto di tutela, è quindi quello della verifica del se sia possibile richiedere alla Corte costituzionale di valutare la legittimità di una norma posta *in bonam partem* e – eventualmente – dichiararla incostituzionale; ciò al fine di determinare un peggioramento del trattamento

---

<sup>67</sup> Cfr. F. Modugno, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla cd reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, 1972, 662 ss.

penale ma anche, al contempo, allo scopo di ripristinare mediante strumenti di diritto interno il pieno rispetto del diritto europeo.

Il rapporto fra riserva di legge e sindacato di costituzionalità *in malam partem* viene peraltro risolto ritenendo che in linea di principio l'art. 25 Cost. precluda un intervento peggiorativo ad opera delle sentenze della Corte, perché la Costituzione osterebbe a che la norma penale possa essere prodotta dalla giurisprudenza costituzionale (specie ove la stessa intervenga esplicitamente nelle forme di una pronuncia additiva)<sup>68</sup>. Si sono però individuati alcuni casi in cui l'effetto *in malam partem* si può produrre senza violare la riserva di legge e, quindi, vi sarebbero ipotesi in cui eccezionalmente è ammissibile un sindacato di costituzionalità sulla norma penale favorevole. Sindacato eccezionalmente orientato *in peius* del quale si deve allora verificare l'applicabilità a vicende di inottemperanza ad obblighi di criminalizzazione imposti dall'Unione europea, per eventualmente impiegare l'annullamento della legge penale come mezzo di garanzia della leale cooperazione.

### 8.1. Le modalità di sindacato *in malam partem* fondate sulla distinzione tra norme di favore e norme favorevoli

64

La prima ipotesi di controllo peggiorativo sulle disposizioni penali individuata dalla Corte costituzionale attiene alla distinzione tra norme di favore e norme favorevoli. Questa applicazione del sindacato *in malam partem* era stata prospettata già negli anni '80, quando la Corte si era dovuta occupare della causa di non punibilità per insindacabilità delle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni dai componenti del CSM<sup>69</sup>, ed è stata poi in concreto utilizzata nel 2006 a proposito del c.d. falso elettorale, dichiarando l'incostituzionalità della norma che puniva questi falsi in maniera irragionevolmente più mite rispetto al trattamento generale riservato al falso in atto pubblico<sup>70</sup>.

Il ragionamento si fonda sulla distinzione – a partire dalla diversa natura delle norme di favore e di quelle favorevoli – fra riespansione di una norma contestualmente vigente e irragionevolmente derogata (specialità sincronica) e reviviscenza di una norma preesistente ed abrogata (specialità diacronica)<sup>71</sup>.

La categoria delle norme *in bonam partem* si può infatti suddividere in due sottocategorie: norme favorevoli e norme di favore. Queste ultime sono norme eccezionali, che si pongono cioè come derogatorie introducendo delle eccezioni (per taluni soggetti o per talune condotte) ad una regola che è contestualmente vigente (nello stesso momento temporale), prevedendo un trattamento più mite. I

<sup>68</sup> Per un contributo che fa il punto sulla preclusione dell'adozione di una pronuncia additiva *in malam partem* (anche se in materia disciplinata dal c.p.p., e criticandola) cfr. Bonomi Andrea, *Sono davvero inammissibili le additive in malam partem in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 2, 2008, 891 ss.

<sup>69</sup> Cfr. l'art. della 5 legge 1/1981 e Corte cost. 148/1983.

<sup>70</sup> Cfr. l'art. 1 della legge 61/2004, l'art. 90 del d.P.R. 570/1960, l'art. 100, co. 2, del d.P.R. 361/1957 e Corte cost. 394/2006

<sup>71</sup> Sul tema, per un'analisi in questo senso sulla differenza tra sincronia e diacronia nella relazione di specialità tra norme, cfr. M. Gambardella, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cassazione penale*, fasc. 2, 2007, 467 ss.

due esempi fatti, di insindacabilità delle opinioni espresse dai componenti del CSM e del falso elettorale, sono appunto esempi di norme speciali: tutti i consociati possono essere puniti sulla base di vari reati comuni per le opinioni manifestate, ma a ciò si fa eccezione per i componenti del CSM nel caso di opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni, in ragione di un elemento di specialità soggettivo; il falso in atto pubblico, allo stesso modo, è punito come delitto dal codice penale ma in materia elettorale il falso presenta un elemento di specialità oggettivo, il documento manipolato essendo un atto elettorale, e per tale ragione viene punito in maniera più mite<sup>72</sup>.

Le norme di favore sono quindi tali o perché escludono del tutto un trattamento sanzionatorio altrimenti applicato come regola generale e in quello stesso momento vigente, o perché assoggettano la condotta ad un trattamento penale meno severo rispetto a quello che un'altra regola generale prevede come vigente sempre in quello stesso momento.

In questi casi, se la Corte costituzionale annulla la norma derogante (di favore), ciò che accade in esito a tale eliminazione – sul piano sanzionatorio – non dipende più dalla Corte. Si ha semplicemente un fenomeno di riespansione della regola generale, che non poteva trovare applicazione nel settore occupato dalla norma speciale<sup>73</sup>: la norma generale non ha più ostacoli e quindi si applica ora a tutte le fattispecie, senza più eccezioni. Ciò avviene in via automatica e fisiologica, senza presupporre un fenomeno di produzione normativa imputabile ad una sentenza additiva o sostitutiva della Corte costituzionale. La sentenza sarà quindi di accoglimento secco, e gli effetti sull'ordinamento saranno gli stessi che sarebbero intervenuti se fosse stato il legislatore ad abrogare la norma speciale senza prevedere alcun nuovo regime di incriminazione: si ha riespansione della norma generale, e ciò avviene automaticamente senza bisogno che il legislatore (che abroga) o la Corte (che annulla) dicano nulla a proposito.

La Corte dunque afferma che in questi casi, quando viene dichiarata l'incostituzionalità di una norma speciale, la sentenza non crea nulla di nuovo sul piano normativo: la regola generale già c'è e il fatto che si riespanda dipende dalla forza della stessa, già propria di quella regola senza alcuna reviviscenza di altre disposizioni. In questo caso non si può obiettare che la Corte interverrebbe così a creare una norma incriminatrice proprio perché la regola generale già c'era, e semplicemente l'annullamento ha eliminato una diversa regola speciale che faceva eccezione ad altra regola contemporaneamente vigente. C'è riespansione di un campo di applicazione, non reviviscenza di un precetto.

---

<sup>72</sup> Cfr. O. Di Giovine, P. Veneziani, *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, 217 ss.; M. Grassi, *La Corte Costituzionale e il sindacato di legittimità in malam partem*, in *L'Indice penale*, 2007, fasc. 1, 141 ss.; C. Pecorella, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, fasc. 1, 343 ss.; D. Pulitanò, *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore*, in *Il Corriere del Merito*, 2007, fasc. 2, 209 ss.; G. De Martino, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, fasc. 6, 4170 ss.

<sup>73</sup> Cfr. su questo fenomeno, in una prospettiva di teoria generale, F. Modugno, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 506 ss.

In queste evenienze si pone invece il problema diverso del regime intertemporale, posto che chi ha commesso il fatto nella vigenza della norma di favore dichiarata poi incostituzionale – facendo quindi affidamento su di essa – ha diritto di vedersela applicare anche se incostituzionale, venendo altrimenti punito sulla base di una sopravvenienza non meramente giurisprudenziale/interpretativa, ma da annullamento – con pronuncia costitutiva – della legge speciale (sopravvenienza però non operata per il tramite di modifiche nei precetti, che preesistevano, ma dei campi di applicazione)<sup>74</sup>.

La rilevanza di questa eccezione per l'ammissibilità di un sindacato di costituzionalità *in malam partem* è però evidente: se è vero che la sentenza di incostituzionalità non retroagisce, e in ciò l'intervento rimediabile della Corte si trova ad essere parzialmente limitato, nondimeno le condotte successive alla pronuncia saranno punite sulla base della norma generale più severa.

La dichiarazione di incostituzionalità delle norme di favore opera normalmente sulla base del vizio di irragionevolezza<sup>75</sup>: sono incostituzionali le norme eccezionali che trattano diversamente dati soggetti o date condotte ove tale diverso trattamento non rinvenga una *ratio* adeguata nell'ordinamento, anche alla luce di un idoneo *tertium comparationis*<sup>76</sup>. La questione, ai fini dell'impiego del sindacato di costituzionalità per porre rimedio a situazioni di omessa/insufficiente criminalizzazione a tutela di interessi dell'Unione europea, diviene quindi quella di valutare se – nei casi in cui un regime generale ed uno speciale esistano (e solo in quei casi) – la dichiarazione di incostituzionalità della norma di favore possa intervenire non per irragionevolezza della distinzione, ma per mera contrarietà al diritto dell'Unione della distinzione stessa.

Questa soluzione – che utilizza il parametro dell'art. 117, co. 1, anziché il più frequentemente impiegato parametro dell'art. 3 Cost. – appare in astratto percorribile.

È connaturato all'autonomia procedurale degli Stati membri il limite non solo dell'effettività, ma anche dell'equivalenza, di modo che se altri interessi

---

<sup>74</sup> Cfr. nello specifico di queste fattispecie, costruite sull'intervento della Corte costituzionale, ad esempio V. Manes, *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo multilevel*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, fasc. 2, 374 ss.

<sup>75</sup> Circa il parametro di ragionevolezza nell'argomentazione delle sentenze qui analizzate, cfr. M. La Rosa, *La condivisibile "ragionevolezza" sulle norme penali di favore*, in *Diritto penale e processo*, 2007, fasc. 3, 333 ss. Per un'analisi più generale del ruolo del giudizio di ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulla norma penale cfr. G. Insolera, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sull'insindacabilità delle norme di favore?*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 5, 2007, 671 ss. e V. Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2-3, 2007, 739 ss.

<sup>76</sup> Nel caso del falso elettorale la Corte ha ritenuto che il trattamento più mite fosse del tutto irragionevole, trattandosi di condotte più gravi perché comunque aventi ad oggetto non qualsiasi atto pubblico, bensì atti di particolare importanza. L'intervento della Corte integra allora un'ipotesi di sindacato di incostituzionalità con effetti *in malam partem*, nel quale in aggiunta alle citate difficoltà relative alla riserva di legge si pone il problema ulteriore dell'individuazione del *tertium comparationis* nell'irragionevolezza penale (operazione anch'essa difficoltosa per la Corte costituzionale, che si trova a dover valutare scelte di politica penale, con ostacoli non dissimili da quelli incontrati nella valutazione di proporzionalità della pena, su cui cfr. da ultimo Corte cost. 236/2016).

nazionali sono tutelati con norma penale generale più severa, appare senz'altro eliminabile mediante giudizio di costituzionalità fondato sull'art. 117, co. 1 – anziché sull'art. 3 – la norma invece di favore che applicava un trattamento meno severo a situazioni di interesse per il diritto dell'Unione<sup>77</sup>. La preclusione a questa tecnica rimediale non sta quindi nei principi generali, applicabili anche sulla base di un parametro diverso dall'art. 3 Cost., ma nelle difficoltà operative connesse all'individuazione di un regime effettivamente di favore selettivamente calibrato su interessi UE: norme come quella oggetto del giudizio *Taricco*, che portano a violazioni sistematiche degli interessi dell'Unione europea, tendono infatti a presentarsi come norme favorevoli, a loro volta connotate da un'applicabilità generale.

Le previsioni sull'interruzione della prescrizione con tetto massimo nei termini operano infatti per tutti i tipi di reati, o quantomeno si applicano senza una selezione delle fattispecie che assoggetti a tale regime di favore solo illeciti lesivi degli interessi dell'Unione, con esclusione dei reati pregiudizievoli per interessi esclusivamente interni<sup>78</sup>.

La norma è quindi tecnicamente favorevole, non di favore, ed è infatti tratta da una disposizione dotata del carattere di generalità, la quale sopravviene e si sostituisce – in tutte le applicazioni – ad una norma precedente più severa: la norma dunque è favorevole rispetto ad un'altra norma abrogata, che non esiste più in quanto il relativo campo di applicazione è stato relegato solamente nel passato<sup>79</sup>. Si ha allora un fenomeno di successione di norme e, pertanto, un rapporto non più sincronico (tra due norme contestualmente vigenti) ma diacronico (di vera successione temporale), proprio come in materia di termini massimi di prescrizione a seguito di interruzione è avvenuto in forza della legge *ex Cirielli*<sup>80</sup>.

In questo caso specifico, nell'eventualità in cui la Corte dichiarasse incostituzionale la norma favorevole rimarrebbe dubbio se il regime di risulta (orientato *in peius*) possa essere davvero considerato frutto di un automatismo.

---

<sup>77</sup> Sul ruolo del limite dell'equivalenza rispetto all'autonomia procedurale degli Stati membri, in una prospettiva di diritto amministrativo (dove questa tipologia di giudizio è di più immediata applicabilità rispetto al diritto penale, nel quale la centralità della persona tende a far passare in secondo piano l'eguaglianza tra Stato e UE, rispetto all'eguaglianza/garanzia dei cittadini), cfr. D.-U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: «Paradise Lost?»*, Giappichelli, Torino, 2009, 29 ss.

<sup>78</sup> Anche se, a sollevare dubbi di equivalenza, va ricordato che per alcune tipologie di reato finalizzate a tutelare interessi particolarmente sensibili per lo Stato (ad es. da ultimo alcuni reati contro la pubblica amministrazione) il tetto massimo è incrementato. Su tale assetto normativo si potrebbe anche prospettare l'assenza di equivalenza nel discriminare gli illeciti IVA di interesse per l'Unione rispetto ai reati contro la PA di interesse nazionale.

<sup>79</sup> E risulterà non applicabile, con o senza la preclusione del giudicato, secondo le ordinarie regole dell'art. 2 c.p.

<sup>80</sup> Cfr. il co. 2 del nuovo art. 161 c.p., posto che il tetto massimo alla prescrizione è norma del tutto nuova e abrogativa del regime precedente, la quale si applica a tutti i reati e non solamente ad alcuni (come norma di favore). Si potrebbe diversamente affermare che il tetto massimo non interviene ad abrogare un regime differente, ma riempie un vuoto di disciplina (cioè se il regime della prescrizione viene inteso come sempre interruttibile, senza tetti massimi).

La reviviscenza dell'abrogata normativa in materia di prescrizione è infatti esclusa, in quanto tale ritorno alla vigenza non si presenta come un fenomeno "naturale" nell'ordinamento: non è effetto naturale dell'abrogazione ma può essere solo il risultato di una nuova e diretta produzione normativa (che richiede quindi un'idonea volontà). In questo caso, se si ammettesse l'annullabilità della disciplina sui termini massimi (anche a seguito di interruzione) non si dovrebbe applicare la normativa passata, ma occorrerebbe invece verificare la possibilità per l'ordinamento di funzionare senza alcuna norma in materia e, nel caso particolare qui analizzato, senza quindi possibilità di colmare le lacune né con un'aggiunta della Corte costituzionale, né sulla base dell'analogia *legis* o *iuris*, posto che l'analogia non è ammessa in materia penale<sup>81</sup>.

Ove però si ammettesse che la singola regola sul termine massimo si possa porre come disposizione che fa eccezione ad un regime della interruzione della prescrizione che ontologicamente opera invece senza tetti inderogabili (come pare corretto, visto che in ciò risiede la differenza tra regime prescrittivo e decadenziale), allora già questa prima modalità eccezionale di sindacato *in malam partem* sulla legge penale sarebbe attivabile a tutela dell'ordinamento dell'Unione. Il risultato della sindacabilità, in sostanza, potrebbe essere raggiunto ragionando sul tetto massimo posto al termine di prescrizione (operante anche a seguito di interruzione) come su di una norma tecnicamente "di favore", e non invece favorevole; di favore – in particolare – rispetto non ad altra legge generale contestualmente vigente, bensì rispetto al regime generale della prescrizione come istituto tradizionalmente distinto dalla decadenza. Proprio l'assenza di termini inderogabili connota la prescrizione, ma allora a seguito di annullamento non sarebbe un regime alternativo – prefigurato dal Parlamento – ad operare con automatica riespansione, ma al contrario la stessa sopravvenuta assenza di una regola eccezionale (il tetto massimo) potrebbe far tornare operativo l'istituto della prescrizione nelle sue forme "normali"<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Il sindacato sulle regole favorevoli per questo è particolarmente problematico in materia penale: senza reviviscenze (come è normale per i principi generali in materia di fonti) e senza analogia (come il diritto penale impone) non si possono infatti colmare le lacune. E il sindacato sulla norma favorevole (a differenza di quello sulla norma di favore) è un sindacato che fisiologicamente produce lacune.

<sup>82</sup> In sostanza ci si deve chiedere cosa succederebbe se il codice penale non prevedesse nulla in punto di interruzione della prescrizione e termini massimi. Semplicemente si continuerebbe a interrompere a tempo indeterminato, senza riespansione di un regime positivo alternativo, ma con la diretta applicazione della regola generale per cui la prescrizione si presenterebbe come fenomeno di estinzione privo di termini finali non interruttibili. Si intende così affermare che la regola sul tetto massimo alla prescrizione potrebbe essere intesa come norma di favore, perché sarebbe intrinseco alla natura della prescrizione che le interruzioni possano sempre far ripartire da zero il termine. Questa è questione di diritto processuale penale rispetto alla quale non mancano argomenti utili a sostenere ricostruzioni antitetiche, ma tra le varie soluzioni va considerato che non pare irragionevole ricostruire l'istituto anche in questi termini "di favore" (come prospettato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, cfr. punti 79 e 91-93). Questa comunque rimane una questione aperta su cui la sentenza non si è pronunciata, ed una difesa della posizione italiana può senz'altro rinvenirsi nell'argomento per cui, dopo la *ex Cirielli*, non vi sono più casi di assenza di un tetto massimo alla prescrizione e, quindi, tale nuovo istituto – che comunque è frutto di un regime positivo, e non ha una natura "metagiuridica" che precede le scelte del legislatore – sarebbe fisiologicamente privo di tetto massimo e non vi sarebbero principi generali in senso contrario da far riespandere.

8.2. *Le modalità di sindacato in malam partem fondate sull'incompetenza della fonte, non soltanto soggettiva ma anche "da cattivo esercizio" della competenza*

Un secondo ordine di ipotesi in cui è consentito il sindacato *in malam partem* è quello in cui la Corte costituzionale si trova a dover valutare interventi penali operati mediante fonti a ciò non autorizzate. Si afferma infatti che è possibile eccipere la violazione della riserva di legge *ex art. 25 Cost.* soltanto nel caso in cui la norma di cui si tratta trovi la sua fonte in un valido atto normativo, rispettoso della riserva di legge medesima.

È la riserva di legge che impedisce alla Corte costituzionale interventi *in malam partem*, cioè preclude di cancellare norme *in bonam partem* ponendo – per esigenze di garanzia di democraticità – un limite forte anche all'intervento del giudice delle leggi. In conseguenza logica di tale premessa, in coerenza con la natura di garanzia di una specifica fonte democratica che il limite dell'art. 25 Cost. è andato ad assumere, la stessa riserva di legge può però allora garantire solo quelle norme che sotto il profilo procedurale e formale siano state validamente approvate, rispettando proprio quella *ratio* di protezione della democraticità che la riserva di legge parlamentare sottende.

Così, ad esempio, se l'esecutivo senza adeguata delega abroga un reato<sup>83</sup>, qualora venga poi sollevata questione di costituzionalità per vizio procedurale la Corte potrà legittimamente intervenire anche *in malam partem*: la riserva di legge non può infatti essere invocata dal Governo che, sopprimendo o ignorando la norma parlamentare conforme alla riserva di legge, per primo ha violato l'art. 25 Cost.<sup>84</sup>. Quando una disposizione sottoposta a scrutinio di costituzionalità reca un contenuto normativo che non rispetta la riserva di legge, eccedendo la volontà parlamentare da cui la legittimazione della fonte promanava, la riserva di legge non può precludere lo scrutinio della Corte costituzionale. Di conseguenza, la sentenza di accoglimento nell'annullare il decreto legislativo non solo non viola la volontà parlamentare, ma al contrario ne ripristina il pieno rispetto; e ciò può essere operato non solo eliminando una previsione penale di favore che è stata adottata con fonte governativa a ciò non autorizzata, ma anche – se la fattispecie favorevole lo richiede – eventualmente ripristinando una norma che il Parlamento aveva voluto e che altra fonte munita di forza di legge aveva illegittimamente (per vizio procedurale/formale) abrogato.

Il vizio procedurale rende la norma scrutinata invalida e, pertanto, non protetta dalla riserva di legge. Ciò vale tipicamente per il decreto-legislativo (con eccesso di delega), per la legge di conversione del decreto-legge (non omogenea) e

---

<sup>83</sup> Come è accaduto rispetto al reato di associazione militare per scopi politici, abrogato per errore senza delega e poi ripristinato. Cfr. M. Gambardella, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cassazione penale*, fasc. 11, 2010, 3727 ss. sull'effetto abrogativo del decreto-legislativo 66/2010, e la successiva Corte cost. 5/2014.

<sup>84</sup> Cfr. C. Cupelli, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 2014, 977 ss. e E. Profiti, *L'illegittima abrogazione per difetto di delega del reato di "associazione militare per scopi politici": quando il principio della riserva di legge non preclude una sentenza di illegittimità costituzionale con effetti "in malam partem"*, in *Cassazione penale*, fasc. 9, 2014, 2890 ss.

per la legge regionale (alla quale è precluso un intervento diretto nelle fattispecie incriminative)<sup>85</sup>. L'ipotesi della legge di conversione del decreto-legge è particolarmente interessante per le premesse che pone, delle quali si potrebbe ipotizzare un'applicazione anche alle fattispecie di violazione degli obblighi di criminalizzazione imposti dall'Unione europea.

La questione che si è posta è se sia sindacabile la legge di conversione del decreto-legge che introduce norme di favore, determinando così un trattamento *in peius* frutto direttamente della sentenza della Corte costituzionale. È il caso dell'emendamento eterogeneo in sede di conversione del decreto-legge che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi<sup>86</sup>. In questa ipotesi con la sentenza si sono prodotti effetti prevalentemente *in bonam partem* per le droghe leggere, ma per le droghe pesanti si sono avuti anche effetti *in malam partem* perché la pronuncia della Corte ha ripristinato il vecchio trattamento sanzionatorio, che è peggiorativo nel minimo edittale<sup>87</sup>.

70

In questo caso la Corte ha operato un ragionamento analogo a quello in materia di eccesso di delega, trattandosi di sindacare un vizio di natura procedurale avverso il quale – quindi – non si potrebbe beneficiare della riserva di legge. Tuttavia, nell'ipotesi della legge di conversione del decreto-legge vi è una differenza strutturale significativa rispetto all'eccesso di delega, identificabile nel fatto che è pur sempre il Parlamento il soggetto che – con quell'emendamento – ha approvato il regime di criminalizzazione favorevole. La norma poteva essere emanata dal Parlamento in via autonoma e separata rispetto all'iter di conversione, ed il problema risiede unicamente nel fatto che le Camere hanno invece operato mediante una legge che non poteva contenere quella previsione normativa (in quanto la legge di conversione del decreto-legge è una fonte il cui contenuto non è libero, ma resta vincolato a previsioni di oggetto omogeneo al decreto originario)<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Prima della riforma del Titolo V il diritto penale già costituiva un limite implicito alla potestà legislativa regionale. Dopo la riforma, l'art. 117 co. 2 lett. 1) conferma ed esplicita quanto già la Corte Costituzionale affermava in merito alla competenza esclusiva della legge statale in campo penale, qualificando quella sull'ordinamento penale come competenza trasversale (cfr. G. Di Cosimo, *Regioni e diritto penale*, in *Le Regioni*, fasc. 6, 2004, 1307 ss.). Rimangono ferme le eccezioni previste – ma mai attivate – a favore della Regione speciale Trentino-Alto Adige (art. 23 dello Statuto), le ipotesi in cui la legislazione regionale concorre a concretizzare in modo accessorio elementi normativi della fattispecie (cfr. la vicenda della disciplina degli scarichi in acque pubbliche), quelle in cui la stessa legge regionale introduce norme di favore o scriminanti (*contra* Fiore, sulla base dell'art. 3 Cost.), nonché l'effetto penale indiretto che le sanzioni amministrative regionali assumono *ex* art. 9 della legge 689/1981 (così Padovani).

<sup>86</sup> Cfr. Corte cost. 32/2014.

<sup>87</sup> A commento dell'intervento della Corte costituzionale con *reviviscenza in malam partem* in materia di stupefacenti cfr. M. Gambardella, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cassazione penale*, fasc. 9S, 2014, 2747 ss.; B. Lavarini, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute "ante" e "post iudicatum"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 2, 2014, 1903 ss.; C. Cupelli, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2014, 505 ss.

<sup>88</sup> Sullo specifico vizio dell'eterogeneità degli emendamenti in sede di conversione rilevato dalla Corte cost. 32/2014 cfr. G. Piccirilli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: legge di conversione e articoli aggiuntivi eterogenei*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2014, 396 ss. e D. Nocilla, *"Inesistenza" della legge di conversione?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1,

La volontà che la Corte è chiamata a cancellare è pur sempre la volontà parlamentare, anche se vi è un vizio *in procedendo*. La questione è allora se si possa anche in questo caso continuare ad affermare che la riserva di legge non tutela la fonte proceduralmente invalida, posto che in queste evenienze non si ha un vizio procedurale di tipo soggettivo (la norma è introdotta da un soggetto che non può normare quelle fattispecie penali), ma si ha invece un vizio procedurale puro (da “cattivo esercizio” del potere legislativo)<sup>89</sup>.

A fronte di tale vizio procedurale puro il Parlamento resta comunque monopolista nella materia penale, ed ha semplicemente “operato male”. È quindi un’ipotesi limite in cui eventualmente ipotizzare il sindacato di costituzionalità *in malam partem*, tanto che su questo tema la Corte di Cassazione ha risollevato la questione di costituzionalità della norma risultante dalla sentenza della Corte costituzionale in materia di stupefacenti, proprio chiedendo di verificare se l’eccezione al divieto di pronunce *in malam partem* operi anche in questi casi particolari<sup>90</sup>.

Sebbene questi dubbi sistematici generali rimangano aperti (e si possa dubitare dell’estensione prospettata, che va a sanzionare anche il cattivo esercizio della competenza parlamentare), qualora si dovesse ammettere il sindacato secondo tali modalità la tipologia di giudizio sembrerebbe estensibile anche ai casi in cui la fonte legislativa – seppur competente – opera male non perché disomogenea ad un decreto-legge da convertire, ma perché interviene in violazione di un obbligo di criminalizzazione europeo, in un certo senso in disomogeneità rispetto ai vincoli di risultato indicati dalle direttive o dai Trattati.

### 8.3. Le modalità di sindacato *in malam partem* fondate direttamente sugli obblighi di tutela penale imposti dall’Unione

Accanto alle due citate eccezioni alla normale insindacabilità *in malam partem* della legge penale, ed in continuità con le stesse, una terza categoria di ipotesi è quindi emersa di recente, riportando il sindacato sul cattivo esercizio della competenza legislativa alla questione dell’inadempimento sopravvenuto degli obblighi di tutela penale imposti dall’Unione europea.

---

2014, 715 ss. Per un inquadramento più generale della tematica si rinvia a C. Domenicali, *Conferme (e future aperture?) in tema di sindacato costituzionale sulla decretazione d’urgenza*, in *Studium iuris*, fasc. 4, 2017, 430 ss.

<sup>89</sup> Il ragionamento riecheggia le categorie amministrative dell’incompetenza (carenza di potere in astratto) o della carenza di potere in concreto.

<sup>90</sup> Cfr. l’ordinanza della Cassazione, sez. VI pen., 12 gennaio 2017, n. 1418 su cui si rinvia a C. Bray, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe “pesanti”?* Tre questioni all’esame della Consulta, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 2, 2017, 16 ss.; M. Gambardella, *Sindacato di costituzionalità “in malam partem” e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo per il reato di cui all’art. 73, comma 1, testo unico degli stupefacenti*, in *Cassazione penale*, fasc. 2, 2017, 567 ss.; P. Milazzo, *La Corte di cassazione porta di nuovo la disciplina degli stupefacenti all’esame della Corte costituzionale: fra riserva di legge penale, vizi del procedimento legislativo e giudicato costituzionale*, in *Cassazione penale*, fasc. 4, 2017, 1444 ss.; G. Toscano, *Sindacato di costituzionalità su norme favorevoli: l’art. 73 TU stupefacenti torna alla Consulta*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 3, 2017, 750 ss.

Normalmente l'inadempimento, sia esso originario o sopravvenuto, risulta non giustiziabile se non riconducendone le modalità alle ipotesi eccezionali prima citate, le quali però richiedono condizioni fattuali particolari (norme di favore anziché favorevoli, una ricostruzione in termini di incompetenza soggettiva, a meno che non si ammetta l'estensione al cattivo esercizio del potere legislativo parlamentare). Eccezionalmente invece, in alcune ipotesi di recente emersione, la Corte costituzionale sembra avere ammesso come vizio generale, sindacabile anche a prescindere da tali condizioni di fatto, anche quello della legge penale violativa degli obblighi di criminalizzazione europei.

La tendenziale insindacabilità salvo eccezioni, infatti, con riferimento all'inadempimento sopravvenuto degli obblighi di tutela penale imposti dall'Unione trova un'apparente smentita in due sentenze di incostituzionalità della Corte, sulle c.d. ceneri di pirite<sup>91</sup> e – ancora – in materia di droghe pesanti e droghe leggere<sup>92</sup>.

La Corte in quest'ultimo caso, quando dice che la vecchia norma deve rivivere anche nella parte in cui è più severa<sup>93</sup>, lo afferma sia valorizzando l'argomento già analizzato in forza del quale sussisterebbe un vizio procedurale (da mancata omogeneità della legge di conversione), sia affermando in aggiunta che la vecchia disciplina non può che rivivere perché – se così non fosse – si verificherebbe un vuoto che darebbe vita ad un inadempimento di obblighi di tutela penale che sono comunitariamente imposti<sup>94</sup>. L'esigenza di evitare l'inadempimento sopravvenuto dell'obbligo di tutela penale europeo farebbe sì che in questo caso si vada a determinare una vera e propria reviviscenza anche *in malam partem*; condizione di vero e proprio recupero di vigenza di una norma abrogata che era invece esclusa dal primo ordine di eccezioni (dove l'annullamento della norma di favore faceva riespandere un regime generale<sup>95</sup>), mentre operava su basi molto incerte ed esposte a ripensamenti da parte della Corte costituzionale nel secondo (di estensione del ragionamento in termini di incompetenza dal decreto-legislativo alla legge di conversione del decreto-legge)<sup>96</sup>.

Una lettura che valorizzi le affermazioni specificamente dedicate agli obblighi di criminalizzazione UE contenuti nelle due sentenze citate, invece, dovrebbe orientare nel senso che se l'inadempimento del diritto dell'Unione (quantomeno sopravvenuto, continuando a sembrare non ammissibile un'additiva

---

<sup>91</sup> Cfr. Corte cost. 28/2010.

<sup>92</sup> Cfr. Corte cost. 32/2014.

<sup>93</sup> La sentenza dispone che “tornino a ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle”, cfr. il punto 5 del considerato in diritto di Corte cost. 32/2014.

<sup>94</sup> La decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa infatti norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, qualificata pacificamente come fondativa di un obbligo di tutela in forma penale; cfr. A. Amendola, *La lotta al traffico illecito di stupefacenti attraverso l'armonizzazione delle norme penali degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, fasc. 2, 2008, 379 ss.

<sup>95</sup> Mentre quello della norma favorevole si doveva confrontare con l'ammissibilità di una lacuna nell'istituto, precluso in materia penale per il divieto di analogia.

<sup>96</sup> Cfr. *supra* i par. 8.1. e 8.2.

secca) giustifica la reviviscenza, allora su queste premesse la si dovrebbe ammettere sempre.

I passaggi argomentativi non sembrano tuttavia così netti e meditati, e non sono stati articolati su vicende di importanza sistematica analoga al caso *Taricco*, posto che il ruolo del diritto UE rimaneva uno dei profili delle questioni, ma non l'unico né quello determinante.

La questione di legittimità costituzionale nella sentenza 28/2010 riguardava la norma che incide sulla definizione di rifiuto, discostandosi dalla nozione comunitariamente imposta nella parte in cui si escludevano le ceneri di pirite. Per tale via indiretta, definitoria, si provocava l'irrilevanza penale delle relative condotte, ma si trattava allora di sindacare su un elemento normativo della fattispecie (non su una norma qualificata direttamente come penale – almeno per il nostro ordinamento – come avvenuto nel caso *Taricco*). Inoltre, la norma di cui si occupava la Corte nelle more del giudizio era stata abrogata e, quindi, si trattava di una questione particolare anche per questo profilo<sup>97</sup>.

In quella vicenda, per quanto peculiare e solo di riflesso afferente alla materia penale, la Corte dichiarava incostituzionale la norma abrogata che non considerava rifiuto le ceneri di pirite, affermando – quale argomento a favore dell'annullamento – che nella fattispecie era anche in questione l'inadempimento ad un obbligo di tutela penale comunitario a cui si doveva porre rimedio. In questa prospettiva la dicotomia tra norme di favore e norme favorevoli non opera più e il sindacato di costituzionalità non è esercitato in base al principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, bensì assumendo come parametro interposto<sup>98</sup> l'obbligo di tutela penale promanante dall'Unione<sup>99</sup>.

Su tali basi, la Corte costituzionale ha peraltro affermato che occorre “distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali”. Il giudice *a quo* aveva evidenziato un problema di conformità della disposizione legislativa italiana rispetto alla direttiva comunitaria, evocando i parametri di cui agli artt. 11 e 117 Cost., senza denunciare la violazione dell'art. 3 Cost. *sub specie* di principio di ragionevolezza intrinseca

---

<sup>97</sup> Per un'analisi più dettagliata della fattispecie cfr. D. Franzin, *La Corte Costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cassazione penale*, fasc. 1, 2011, 117 ss.; V. Onida, *Sul controllo di conformità delle leggi al diritto europeo: le ceneri di pirite come “sottoprodotti” davanti alla Corte Costituzionale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, fasc. 6, 2011, 875 ss.; G. Armone, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nel prisma dei diritti fondamentali*, in *Il Foro italiano*, fasc. 4, pt. 1, 2010, 1114 ss.

<sup>98</sup> Tra art. 117, co. 1, Cost. e la norma incriminatrice censurata, come derivante dal combinato disposto di fattispecie penale e norma definitoria.

<sup>99</sup> Per commenti che sottolineano l'importanza di tale orientamento della Corte costituzionale aperto ad una più forte integrazione cfr. A. Celotto, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono “cogenti e sovraordinate”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2010, 382 ss.; A.M. Maugeri, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 3, 2011, 1134 ss.; M.E. Gennusa, *Un'eccezione alla necessaria applicazione del diritto comunitario?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2010, 379 ss.

delle leggi; a parere della Corte ciò già “esclude che la questione [...] comprenda la problematica delle norme penali di favore, quale affrontata dalla sentenza n. 394 del 2006”<sup>100</sup>, e la decisione è quindi assunta limitando la cognizione al profilo di compatibilità tra la norma di legge e l’ordinamento europeo, rinviando al giudice del merito – parrebbe – di valutare alla luce delle peculiarità del caso l’eventuale ulteriore impatto sistematico (impatto sul quale lo stesso giudice non aveva peraltro interrogato la Corte, limitando così il *thema decidendum*).

### **9. Monopolisti o guardiani della legalità? Dal tabù della legalità non parlamentare in materia penale all’esigenza di tutele non politiche per l’integrazione europea, passando per l’ipotizzabilità di “leggi penali rinforzate” dai vincoli europei**

In sostanza, in queste ultime prese di posizione la Corte costituzionale non ha voluto decidere sulla generalizzabilità del sindacato sulle norme di favore contrastanti con il diritto dell’Unione, analizzando atomisticamente la questione del rispetto del diritto UE. Il precedente è comunque significativo di una tendenza a non ignorare i vincoli europei nell’ambito del ruolo del giudice delle leggi, e ciò nell’interesse dello stesso ordinamento nazionale posto che trascurare rimedi interni alle lesioni degli interessi dell’integrazione europea potrebbe condurre ad interventi eterodiretti ben più invasivi (con armonizzazione stretta o con la tentazione di generalizzare la disapplicazione – mediante effetti diretti verticali invertiti – anche nella materia penale, come emerso dalla vicenda *Taricco*).

Peraltro, al di là delle considerazioni di politica del diritto, sul piano tecnico il sindacato *in malam partem* a tutela dell’integrazione europea ben potrebbe essere ricondotto alla qualificazione come vizio procedurale – “da cattivo esercizio” del potere legislativo – delle scelte normative incoerenti con l’adempimento degli obblighi di tutela penale imposti dall’Unione<sup>101</sup>; ciò purché si tratti – come visto in precedenza – di scelte normative positive e sopravvenute, e non di mere omissioni. Le leggi pregresse sufficientemente severe, infatti, ben possono essere considerate come disposizioni dotate, proprio per la loro doverosità in base al diritto dell’Unione, di una sorta di forza passiva rinforzata: la loro abrogazione non potrebbe quindi essere validamente disposta, se non da una legge successiva che sia a sua volta compatibile con l’ordinamento europeo<sup>102</sup>.

Trattandosi di una legge rinforzata non si configurerebbe alcuna reviviscenza di norme abrogate, ma si tratterebbe di accertare che la seconda legge non ha in realtà mai dispiegato effetto abrogativo perché – essendo difforme dai vincoli europei – non possedeva la capacità di superare quella forza di resistenza

---

<sup>100</sup> Cfr. il punto 7 del considerato in diritto di Corte cost. 28/2010.

<sup>101</sup> Cfr. *supra* par. 8.2.

<sup>102</sup> Sul significato in termini di politica del diritto che l’ammettere la natura rinforzata di tali disposizioni penali comporterebbe, in termini di garanzie, democraticità e stabilità dell’ordinamento, si rinvia alla trattazione generale di C. Blanco de Morais, *Le finalità politiche delle leggi rinforzate*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 1998, 27 ss., in particolare per relativizzare la fiducia nella democraticità di uno strumento legislativo visto come necessariamente libero da vincoli esterni.

maggiorata che la precedente disposizione presentava in ragione della propria conformità europea<sup>103</sup>. Più che reviviscenza di una norma invalidamente abrogata, ma pur sempre abrogata, si avrebbe quindi una piena e continuativa sopravvivenza: la nuova legge non riuscirebbe a caducare la precedente in quanto quest'ultima si trova a possedere una capacità di resistenza atipica e rafforzata. Quella che pare trasparire da questa lettura degli orientamenti della Corte, come descritti in precedenza, sarebbe quindi una soluzione interpretativa dei rapporti tra le fonti che – sul piano costituzionale – può ben giustificare una tendenza all'ampliamento degli spazi di sindacabilità *in malam partem* della norma penale<sup>104</sup>.

Ai fini della riserva di legge questa lettura sarebbe certamente la più lineare, e ben sottolinea come l'intero discorso qui svolto valga solo per le ipotesi in cui al legislatore statale si rimprovera non una totale e originaria inerzia, ma di aver modificato successivamente il regime di incriminazione rendendolo meno severo rispetto ad una precedente scelta legislativa che sarebbe invece stata in linea con gli obblighi europei (in assenza di una passata scelta democratica del Parlamento, o in assenza di principi generali che si possano riespandere, nessun sindacato *in malam partem* della Corte costituzionale a tutela degli obblighi europei potendo comunque essere ammesso).

La vicenda *Taricco*, anche se la Corte costituzionale preferisse non affrontare la questione (adottando quindi una sentenza di rigetto semplice, con un eventuale monito al legislatore), in prospettiva offre un'ulteriore ipotesi utile per testare le tendenze all'espansione del sindacato di costituzionalità. Tendenze che sembrano positive anche nell'ottica di un dialogo tra le Corti davvero leale e che guardi al lungo periodo, senza ignorare come il tutelare a livello nazionale gli interessi dell'Unione sia un'esigenza sistematica, proprio al fine di evitare che sia l'Unione stessa a dover dettare in modo determinato i propri rimedi (o considerando armonizzato il regime della prescrizione, o indicando essa stessa i parametri oggettivi per stabilire quali violazioni siano gravi e sistematiche).

La Corte di giustizia per sua natura è invece portata ad adottare uno "stile" di giudizio restio ad interventi di dettaglio; approccio a fronte del quale un sindacato di costituzionalità attivo nel tutelare gli interessi europei si svilupperebbe come utile completamento dell'azione interpretativa resa in via

---

<sup>103</sup> La qualificazione della legislazione conforme a precetti di origine internazionale come fonte rinforzata non è peraltro una novità, ma costituisce la modalità di primo riconoscimento di una collocazione speciale nel sistema delle fonti antecedente alla ricostruzione in termini di parametro interposto *ex art. 117, co. 1, Cost.* La Corte costituzionale nella sentenza 10/1993 qualificava quelle di recepimento del diritto internazionale come "norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria". Per quanto peculiare la materia penale, nella sua applicazione *in malam partem*, pare allora difficile non riconoscere al diritto nazionale conforme ad obblighi di criminalizzazione provenienti dall'ordinamento dell'Unione – che normalmente gode del ben più pervasivo primato – perlomeno questo status di fonte atipica e rinforzata.

<sup>104</sup> Per la ricostruzione sintetica delle tendenze verso l'apertura a spazi – seppur minimi – di sindacato *in malam partem*, cfr. oltre a quanto già citato anche C. Cupelli, *Equivoci trionfalistici e letture correttive. Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità "in malam partem"*, in *Criminalia*, 2014, 521 ss. e G. Toscano, *Ai confini del sindacato di costituzionalità sulle norme penali "in bonam partem"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2016, 304 ss.

pregiudiziale su norme incriminatrici (o comunque penali). La Corte di giustizia infatti, anche nel caso *Taricco*, non ha affermato la necessità tassativa e incondizionata di prolungare la prescrizione, ma – chiamata a pronunciarsi in un giudizio pregiudiziale interpretativo – si è limitata a fornire, in un dialogo con la giurisprudenza italiana che si voleva costruttivo e aperto, le coordinate esegetiche per stabilire quando il regime di prescrizione penale italiano risulta in contrasto con le esigenze dell’Unione: solo se il numero di casi prescritti è considerevole e se vi è una certa gravità delle frodi che restano impunte. Proprio il ruolo interpretativo della Corte di giustizia impone alla giurisprudenza europea quello stile “indeterminato” che lascia al giudice nazionale di accertare la conformità sulla base di concetti quantitativi e qualitativi flessibili<sup>105</sup>. Concetti che – così formulati – non possono però essere affidati al giudice nazionale anche nella materia penale, dove l’applicazione giurisprudenziale necessita di elementi di giudizio determinati e tassativi, imponendo quindi che sia eventualmente la (sola) Corte costituzionale ad intervenire a completamento dell’attività esegetica della Corte di giustizia.

Se la Corte di giustizia si astiene dal rendere preciso il precetto penale “di risulta”, perché essa è per sua natura un giudice “dell’interpretazione”, e se il giudice penale nazionale si deve astenere dalla medesima operazione per rispetto invece al principio di legalità, a guardia di quella stessa legalità – e per evitare zone franche in cui antinomie e incoerenze nell’ordinamento positivo si potrebbero protrarre nel tempo e senza rimedio<sup>106</sup> – occorre allora che sia la Corte costituzionale a sviluppare strumenti di sindacato utili al fine di supplire alla indeterminatezza delle fattispecie quando gli obblighi di tutela penale posti dall’Unione risultano (non radicalmente inottemperati ma) mal adempiuti.

In materia penale, dove la disapplicazione che ha rappresentato la prima garanzia di effettività dell’ordinamento europeo non trova modo di dispiegare le sue potenzialità, solo una Corte costituzionale maggiormente attiva anche *in malam partem* può soddisfare le esigenze di cooperazione e di dialogo che caratterizzano l’integrazione europea.

Ciò non significa un abbandono del monopolio parlamentare sulle scelte incriminatrici, ma una riqualificazione in termini di legge rinforzata di quelle scelte in cui l’ordinamento nazionale ha già intrapreso la corretta attuazione delle indicazioni di criminalizzazione europee. Questo anche per permettere alla Corte di giustizia di conservare quel suo stile di giudizio “interpretativo” che consente la flessibilità dell’applicazione a livello nazionale, senza che il legislatore europeo sia indotto ad un’armonizzazione sempre più stretta delle tutele penali (optando per il rimedio politico dell’uniformazione, posto che la disapplicazione – come mezzo

---

<sup>105</sup> Sullo stile della giurisprudenza della Corte di giustizia, condizionato dal suo ruolo interpretativo e dal linguaggio necessariamente ambiguo della disciplina dell’Unione, cfr. E. Colombo, *Lingua e stile delle pronunce della Corte di giustizia. Riflessioni introduttive*, in *Cassazione penale*, fasc. 4, 2013, 1683 ss. e L. Ieva, *La lingua nel diritto U.E. tra ambiguità lessicale e necessità di uniformità (in latino)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 2, 2011, 483 ss.

<sup>106</sup> Sull’insufficienza degli spazi per il sindacato di costituzionalità sul diritto penale ammessi dalla giurisprudenza italiana cfr. G. Marinucci, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, fasc. 6, 4160 ss.

tecnico lasciato ai giudici – non può garantire, in una materia soggetta a rigorosa determinatezza, quel costante dialogo tra gli ordinamenti che è invece possibile negli ambiti di competenza diversi da quello penale).

A fronte dell'ineffettività di un'integrazione governata in modo accentrato e "politico" mediante procedure di infrazione e uniformazione, la leale collaborazione tra giurisdizioni si presenta come un'esigenza sia per l'ordinamento europeo (che aspira all'effettività dei propri obblighi di tutela penale), sia per l'ordinamento nazionale (che aspira a conservare la propria identità a fronte di una armonizzazione aperta, piuttosto che di una uniformazione dettagliata). In questa prospettiva, la materia penale necessita di un sindacato di costituzionalità che – senza porre in discussione la stretta riserva di legge parlamentare *ex art. 25 Cost.* – sia idoneo ad impedire "marce in dietro" al legislatore penale italiano, rispetto alle esigenze di tutela penale dell'Unione; ciò precludendo la sostituzione di quelle disposizioni penali nazionali che si rivelano adeguate alla tutela degli interessi europei, grazie alla loro qualificazione come leggi penali rinforzate.

Nella qualificazione in termini di leggi rinforzate delle disposizioni penali conformi agli obblighi di criminalizzazione europei si concilia quindi sia il monopolio parlamentare sulla materia penale, che rimane impregiudicato, sia il pieno rispetto dei diversi ruoli propri di tutti gli attori giurisdizionali. Vi è infatti una piena deferenza alla legalità del giudice penale nazionale, mai chiamato a disapplicare. Vi è il rispetto della vocazione esegetica insita nelle pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia, che interviene indicando criteri di criminalizzazione aperti e flessibili. Vi è infine – a chiusura del sistema – l'opportunità di far assumere un ruolo maggiormente attivo (ove necessario "in supplenza" del legislatore) alla Corte costituzionale; Corte che, sulla base della possibilità di prefigurare leggi penali rinforzate dagli obblighi europei, sarebbe posta nelle condizioni di farsi garante della stabilità della "giusta" legalità, assicurando che dalle corrette opzioni penali già positivizzate in legge il Parlamento non possa unilateralmente retrocedere<sup>107</sup>.

<sup>107</sup> Cfr. A. Gargani, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99 ss.



# L'accesso alla cittadinanza degli appartenenti a minoranze: il caso della Lettonia, tra istanze nazionalistiche e condizionalità europea

di Lino Panzeri

**Abstract:** *The legislation on citizenship in Latvia between nationalistic claims and European conditionality* – The article deals with the evolution of citizenship in Latvia. It focuses on the changing attitude of Latvian legislators also on account of the complex historical national events. Indeed, in the inter-war period, an inclusive approach to the historical minorities prevailed, but after the regained independence, through the principle of continuity, legislation evolved towards the exclusion of immigrants from the Soviet era. The study also analyses the influence of international pressures on recent regulatory choices and the contribution of EU conditionality, which has encouraged, with regard to citizenship, the start of policies geared towards a greater social inclusion of the Russian community. Latvian legislation, however, continues to nourish a fundamental tension between nationalistic and inclusive positions, which has an impact on inconsistent regulatory choices.

**Keywords:** Citizenship; European Citizenship; Principle of State Continuity; Minority Rights; EU Conditionality.

79

---

## 1. Premessa

La cittadinanza, nella sua accezione classica, costituisce il rapporto che lega un individuo ad uno Stato ed al quale conseguono, per entrambi, diritti e doveri<sup>1</sup>. Dalla prospettiva del diritto delle minoranze, poi, l'accesso alla cittadinanza opera quale presupposto fondamentale per l'implementazione dei diritti promozionali<sup>2</sup>. Quest'ultima sollecita infatti il preventivo riconoscimento dell'appartenenza al popolo – inteso come elemento costitutivo dello Stato – anche di coloro che appartengono ad una minoranza, giacché soltanto con la formalizzazione dello *status civitatis* i relativi componenti possono partecipare ai processi decisionali, anche nell'interesse del proprio gruppo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Per tutti, G. Biscottini, *Cittadinanza (Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 140.

<sup>2</sup> Sulla titolarità della cittadinanza dello Stato degli appartenenti alle minoranze quale comune presupposto della disciplina volta alla relativa tutela, R. Toniatti, *Minoranze, diritti delle*, in *Enc. sc. soc.*, V, Roma, 1996, 708-709.

<sup>3</sup> Nonostante la pluralità di significati che la nozione di cittadinanza ha assunto anche per il diritto costituzionale, essa, come è stato recentemente rilevato da A. Morrone, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quad. cost.*, 2015, 320, «ha e mantiene una specifica valenza identificativa in relazione a forme di organizzazione politica», potendosi qualificare come «la dimensione politica della persona nello stato costituzionale».

L'accesso alla cittadinanza degli appartenenti alle minoranze assume particolare importanza nei processi di *State-building*, nel corso dei quali si creano, o dovrebbero crearsi, le condizioni fondamentali per la successiva coesione sociale<sup>4</sup>. In linea di principio, infatti, tanto più la disciplina dello *status civitatis* si orienta in senso inclusivo quanto più si facilita il raggiungimento della suddetta coesione, particolarmente necessaria laddove sussistano pregressi rapporti di conflittualità – suscettibili, almeno inizialmente di riflettersi negativamente sull'atteggiamento della maggioranza<sup>5</sup>– o, comunque, il condizionamento di alterni rapporti di forza<sup>6</sup>.

Lo studio che si propone mira ad indagare il rapporto tra accesso alla cittadinanza degli appartenenti alle minoranze e coesione sociale in Lettonia. Le tormentate vicende di questo Paese bene esemplificano come il diverso approccio al tema della cittadinanza possa condizionare l'esito del processo di *State-building*, favorendo (come avvenuto negli Anni Venti) oppure ostacolando (come accaduto successivamente alla disgregazione sovietica) la coesistenza delle diversità nazionali e, di conseguenza, il consolidamento democratico delle istituzioni sovrane. Trattasi, peraltro, di un rapporto biunivoco, giacché gli interventi legislativi sulla cittadinanza susseguitisi negli ultimi decenni hanno bensì variamente inciso sui tempi ed i contenuti di questo processo, ma, a loro volta, sono stati profondamente condizionati non solo, in senso inclusivo, da pressioni esogene, ma anche, in senso escludente, da fratture sociali ed identitarie a tutt'oggi non ancora compiutamente rimarginate.

## **2. La fluttuante composizione nazionale della Lettonia quale precipitato storico delle alterne vicende storiche del Paese ed i suoi riflessi sulla cittadinanza: il periodo interbellico, dall'indipendenza all'ingresso nell'URSS**

L'attuale territorio lettone è stato storicamente crocevia di popoli e luogo d'insediamento di comunità nazionali di diversa origine. Accanto ai gruppi

<sup>4</sup> In generale, sulla centralità dell'inclusione delle minoranze per il buon esito dei processi di *State-building*, A. von Bogdandy, S. Häußler, F. Hanschmann, R. Utz, *State-Building, Nation-Building and Constitutional Politics in Post-Conflict Situations: Conceptual Clarifications and an Appraisal of Different Approaches*, in A. von Bogdandy, R. Wolfrum (Eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 9, 2005, 590-591, secondo i quali «[w]ithout appropriate constitutional accommodation of minority groups and nations in countries plagued by inter-community unrest, the guarantee of individual rights often remains precarious».

<sup>5</sup> F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2011, 130, sottolineano come «[s]pesso il reale atteggiamento di un ordinamento in materia [sia] "mascherato" attraverso un utilizzo restrittivo della cittadinanza» e ricordano la frequenza di ordinamenti che, rendendo difficoltoso l'accesso a questo *status*, si caratterizzano «in chiave di fatto repressiva».

<sup>6</sup> È proprio in questi contesti, tuttavia, che l'individuazione di chi costituisca il popolo e, dunque, possa accedere allo *status* di cittadino risulta più complessa: cfr. J.J. Linz, A. Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America and Post-Communist Europe*, Baltimore-London, 1996, spec. 28 ss.

autoctoni lettone<sup>7</sup> e livone<sup>8</sup>, risalgono al XIII secolo i primi insediamenti tedeschi, al XVI secolo quelli di Ebrei, Polacchi e Rom, ai XVII e XVIII secoli quelli di Russi e Bielorussi ed alla fine del XIX secolo quelli di Estoni e Lituani, attratti questi ultimi dalle opportunità d'impiego offerte dalle manifatture lettone<sup>9</sup>.

Il sedimentarsi, nel tempo, di queste diverse componenti nazionali si è riflesso nei risultati dei censimenti svoltisi a partire dalla fine dell'Ottocento. In occasione del primo, tenutosi nel territorio dell'attuale Lettonia nel 1897, i Lettoni costituivano la maggioranza della popolazione (pari al 68% del totale), seguiti dagli appartenenti a gruppi slavi (in prevalenza Russi, poi Bielorussi, Polacchi ed Ucraini), che, nel loro complesso, costituivano poco più del 15% della popolazione e, ancora, dagli appartenenti alle comunità tedesca ed ebraica, pari, rispettivamente, al 7,4 e 6,4% della popolazione. Questi dati vennero confermati anche nel censimento del 1920: esso attestò, da un lato, una leggera crescita in termini assoluti dei residenti di nazionalità lettone – pari quasi al 73% del totale della popolazione – ma, dall'altro, la permanenza, anche dopo l'indipendenza dalla Russia, conseguita il 18 novembre 1918, di molti appartenenti ad altri gruppi nazionali, costitutivi di oltre un quarto della popolazione.

Immediatamente dopo l'indipendenza, l'organo legislativo provvisorio, stretto tra una scelta d'impronta nazionalista ed una di tipo inclusivo, si orientò a favore della seconda, affermando il principio secondo il quale la Lettonia costituiva una Repubblica nella quale l'autorità dello Stato promanava dal «popolo della Lettonia» («*Latvijas tauta*»)<sup>10</sup>. La stessa Costituzione, di poco successiva (approvata il 15 febbraio 1922 ed entrata in vigore il 7 novembre dello stesso anno), pur mancando di espresse garanzie a favore dei diritti delle minoranze<sup>11</sup>, non qualificò come titolare della sovranità i «Lettoni» od il «popolo lettone», ma, appunto, il «popolo della Lettonia», da intendere come inclusivo di tutti i gruppi etnici ivi radicati<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Sull'origine dei primi insediamenti lettone, risalenti a circa duemila anni fa, cfr. W.R. Iwaskiw (Ed.), *Estonia, Latvia and Lithuania. Country Studies*, Washington, 1996, 93-94.

<sup>8</sup> La minoranza livone, di origine ugrofinnica, si radicò in Lettonia circa cinquemila anni fa e conta oggi poche decine di componenti, insediati in alcuni villaggi della costa baltica.

<sup>9</sup> Sulle diverse comunità nazionali storicamente radicate nell'attuale territorio lettone, tra gli altri, A. Lieven, *The Baltic Revolution: Estonia, Latvia, Lithuania and the Path to Independence*, New Haven, 1993, 131 ss.

<sup>10</sup> Sull'approccio inclusivo degli organi provvisori, a cui parteciparono anche esponenti delle minoranze, A. Graudin, *Die Stellung der nationalen Minderheiten in den Verfassungen der baltischen Republiken und ihre einfachgesetzliche Umsetzung*, Frankfurt am Mein, 1997, 24 ss.; sul tema, altresì, K. Kangeris, *Die historischen Voraussetzungen für die demokratische Staatsgründung in Lettland 1918*, in B. Meissner, D.A. Loeber, C. Hasselblatt (Hg.), *Der Aufbau einer freiheitlich-demokratischen Ordnung in den baltischen Staaten*, Vilnius, 1995, 11 ss.

<sup>11</sup> L'Assemblea legislativa, che pure aveva considerato l'inclusione nel testo costituzionale di un catalogo di diritti ispirati dalle coeve esperienze europee (e, tra questi, i diritti delle minoranze nazionali e quelli relativi al libero uso delle lingue di minoranza), non riuscì, per il concorso di contingenti ragioni politiche, ad approvare detto catalogo: sul tema cfr. A. Kučs, *Protection of Fundamental Rights in the Constitution of the Republic of Latvia during the Interwar Period and after the Restoration of Independence*, in *Juridiskā zinātne/Law*, n. 7, 2014, 55-58.

<sup>12</sup> Su questo aspetto, già F. Wittrock, *Die Rechtslage der deutsch-baltischen Minderheit in Lettland*, Riga, 1929, 45, ed E. Walter, *Estland, Lettland, Litauen. Das Gesicht der baltischen Staaten*, Berlin, 1939, 95-96; sulle questioni minoritarie nel dibattito che precedette l'adozione della

Sul piano dell'accesso alla cittadinanza, questo approccio implicava che lo *status* di cittadino avrebbe costituito una prerogativa da riservare a tutti i componenti del «popolo della Lettonia», a prescindere dalla loro appartenenza nazionale.

Così, in data 23 agosto 1919, prima ancora dell'approvazione della Costituzione, fu adottata la «Legge sulla cittadinanza», la quale riconobbe la titolarità dello *status* di cittadino lettone, a prescindere dall'appartenenza nazionale o religiosa, a chiunque visse nel territorio della neonata Repubblica baltica od ivi avesse vissuto, in conformità alle leggi della Russia zarista, anteriormente al 1 agosto 1914, senza avere acquisito un'altra cittadinanza<sup>13</sup>. Ciò permise, già pochi anni dopo l'entrata in vigore del testo, l'acquisto della cittadinanza lettone da parte della quasi totalità dei residenti<sup>14</sup>.

82

Questo atteggiamento inclusivo fu alimentato non solo dall'esito vittorioso della lotta per l'indipendenza e dall'esigenza di consolidare la legittimazione internazionale del Paese<sup>15</sup>, ma anche dalla circostanza per cui l'esistenza di una netta maggioranza di nazionalità lettone (che, alla fine degli Anni Trenta, arrivò a costituire oltre il 75% della popolazione)<sup>16</sup> e la relativa esiguità numerica delle minoranze – dunque qualificabili, secondo la classificazione proposta da Alessandro Pizzorusso, come “piccole” minoranze<sup>17</sup>– offrivano adeguate garanzie di stabilità e continuità alle nuove istituzioni sovrane<sup>18</sup>. La scelta compiuta, al contempo, in questo delicato frangente storico, soddisfaceva le aspettative di alcuni gruppi storici – in particolare, quello tedesco e quello ebraico – che, pur minoritari,

---

Costituzione del 1922 cfr. altresì F. Buchardt, *Das Recht der nationalen Minderheiten Lettlands*, Riga, 1932, 20 ss.

<sup>13</sup> Sul contenuto della «Legge sulla cittadinanza» del 1919, F. Wittrock, *op. cit.*, 60-62; sull'uguaglianza degli appartenenti alle minoranze nell'accesso alla cittadinanza, altresì, F. Buchardt, *op. cit.*, 56, e W.W. Nakkell, *Die Rechtslage der nationalen Minderheiten in Lettland* (dattiloscritto), Tübingen, 1947, 27 ss.

<sup>14</sup> H. Šimkuva, *Die Minderheitenpolitik Lettlands in den Umbruchszeiten dieses Jahrhunderts*, in *Forum für osteuropäische Ideen und Zeitgeschichte*, 3. Jahrgang, 1999, Heft 2, 243, indica in una percentuale pari al 96% del totale della popolazione il numero di coloro che, nel 1925, avevano ottenuto la cittadinanza lettone.

<sup>15</sup> Sull'incidenza di questa variabile, A. Plakans, *A Concise History of the Baltic States*, Cambridge, 2011, 316.

<sup>16</sup> Sui dati del censimento del 1935, E. Walter, *Estland, Lettland, Litauen*, cit., 108 ss.

<sup>17</sup> Secondo A. Pizzorusso, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967, 140-141, mentre i contrasti cui dà vita la presenza delle minoranze “piccole” «esercitano un'influenza trascurabile sulla vita politica e sociale del Paese, nonché sull'ordinamento giuridico dello Stato», rispetto a quelle “grandi” non rileva solo la forza numerica, ma altresì il trovarsi le stesse «in condizioni pratiche tali da farla pesare concretamente nella vita pubblica»; e mentre accordare ai piccoli gruppi «privilegi e garanzie giuridiche che non determineranno mai sensibili alterazioni del sistema» non pone ostacoli eccessivi, ben maggiori difficoltà solleva la condizione delle “grandi” minoranze, per disciplinare la quale la maggioranza è chiamata «ad intavolare ben più difficili contrattazioni».

<sup>18</sup> Sul punto, A. Endziņš, *The special case of the Baltic states. State succession, state continuity and issues of citizenship*, in AA.VV., *Citizenship and state succession, Vilnius (Lithuania) 16-17 May 1997*, Strasbourg, 1998, 162.

costituivano l'élite economica del Paese<sup>19</sup>, con la quale la giovane Repubblica doveva necessariamente confrontarsi.

La soluzione scelta nel 1919, pur senza consolidare un processo di vera integrazione<sup>20</sup>, permise comunque l'avvio di una stagione complessivamente positiva per la coesistenza delle diverse componenti nazionali<sup>21</sup>, favorita dall'assenza di un partito dominante e dall'ampia partecipazione alla vita politica, resa possibile dalle scelte innovative compiute dal Costituente in tema di forma di governo e di istituti di democrazia diretta<sup>22</sup>. La titolarità dello *status civitatis*, congiuntamente all'adozione di un sistema elettorale proporzionale, permise poi agli appartenenti alle minoranze un'adeguata rappresentanza parlamentare<sup>23</sup>, che si rifletté nell'adozione di una serie di leggi dal contenuto assai avanzato sul piano dei diritti: tra queste, la «Legge sull'autonomia delle istituzioni educative della Lettonia» (dell'8 dicembre 1919), che riconobbe il diritto degli appartenenti alle minoranze di ricevere, attraverso proprie istituzioni formative, l'erogazione di lezioni nella propria lingua madre, e la «Legge sull'autonomia delle minoranze nazionali» (del 25 febbraio 1925), che introdusse ampie garanzie sul piano dell'autonomia culturale<sup>24</sup>.

Sebbene la questione delle minoranze nazionali, al termine della I guerra mondiale, avesse iniziato ad interessare la Comunità internazionale – impegnata, sotto l'egida della Società delle Nazioni, alla definizione, sul piano diplomatico, di regole sostanziali e procedurali a difesa delle minoranze appena costitutesi all'interno di nuovi Stati sovrani –, le azioni di tutela realizzate dai singoli

---

<sup>19</sup> H. Šimkuva, *Die Minderheitenpolitik Lettlands*, cit., 240, ricorda come, all'inizio degli Anni Venti, oltre il 70% della produzione industriale fosse assicurato da aziende di imprenditori delle minoranze tedesca ed ebraica.

<sup>20</sup> Secondo A. Plakans, *A Concise History of the Baltic States*, cit., 316, «this multiculturalism took the form of coexistence rather than integration».

<sup>21</sup> Di questo clima complessivamente favorevole beneficiarono tutte le minoranze, compresa quella russa, come ricorda N. Muižnieks, *Government Policy and the Russian Minority*, in N. Muižnieks (Ed.), *Latvian-Russian Relations: Domestic and International Dimensions*, Riga, 2006, 12.

<sup>22</sup> Sottolinea l'elevata "democraticità" delle istituzioni definite dalla Costituzione lettone P. Van Elsuwege, *From Soviet Republics to EU Member States. A Legal and Political Assessment of the Baltic States' Accession to the EU*, I, Leiden-Boston, 2008, 19-20.

<sup>23</sup> H. Šimkuva, *Die Minderheitenpolitik Lettlands*, cit., 243, ricorda come, in virtù dell'accesso alla cittadinanza anche degli appartenenti alle minoranze, i relativi rappresentanti, nelle prime legislature, variarono tra le 17 e le 18 unità su un totale di 100 membri costitutivi della *Saiema*.

<sup>24</sup> Su questa legislazione, tra i contributi coevi, G. Engelmann, *Das Recht der nationalen Minderheiten in Lettland*, Riga, 1930, 15 ss., H. Dörge, *Der autonome Verband im geltenden Staats- und Völkerrecht. Ein Beitrag zu den Grundlagen des Rechts der nationalen Minderheit*, Wien-Leipzig, 1931, 45-46, W. Brandenburg, *Die Rechtsstellung der deutschen Minderheit in Lettland*, Göttingen, 1931, 3-13, e W. Meller, *Das Recht der nationalen Minderheiten in Lettland und Estland, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Minderheiten*, Königsberg i. Pr., 1932, 21 ss.; tra i contributi più recenti, D. Lentz, H. Müller, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Lettland*, in J.A. Frowein, R. Hofmann, S. Oeter (Hrsg.), *Das Minderheitenrecht europäischer Staaten*, II, Berlin, 1994, 130-134, e, con riferimento anche alle altre Repubbliche baltiche, G. Hogan-Brun, U. Ozolins, M. Ramoniene, M. Rannut, *Language Politics and Practices in the Baltic States*, in R.B. Kaplan, R.B. Baldauf Jr (Eds.), *Language Planning and Policy in Europe*, vol. 3, *The Baltic States, Ireland and Italy*, Clevedon-Buffalo-Toronto, 2008, 57-62.

ordinamenti statali erano ancora sporadiche e spesso effimere<sup>25</sup>. L'opzione inclusiva accolta dal legislatore lettone, dunque, offriva un modello innovativo, confermandone la funzionalità al raggiungimento di un livello di coesione sociale nel complesso apprezzabile.

Nel corso degli Anni Trenta, tuttavia, questo clima positivo mutò rapidamente. A seguito del colpo di Stato nazionalista del 15 maggio 1934, il sistema fino ad allora sperimentato con relativo successo si dimostrò del tutto incompatibile con la nuova deriva nazionalista, che individuava nelle minoranze un elemento di potenziale pericolo per la continuità della Nazione lettone<sup>26</sup>. Su questo mutato atteggiamento influì anche, in misura crescente, l'incalzare degli eventi della seconda metà degli Anni Trenta, rispetto ai quali i tentativi del Capo del Governo Kārlis Ulmanis di mantenere la neutralità della Lettonia non sortirono i risultati sperati. Il Protocollo segreto al Patto di non aggressione sottoscritto da Molotov e Von Ribbentrop il 23 agosto 1939 segnò infatti tragicamente il destino della Lettonia (oltre che delle altre Repubbliche baltiche), giacché la Repubblica fu destinata ad entrare nell'orbita di occupazione sovietica<sup>27</sup>, che si completò con il definitivo ingresso nell'URSS, avvenuto nell'agosto del 1940<sup>28</sup>.

La perdita dell'indipendenza e le tragiche vicende della II guerra mondiale si rifletterono in profondità sulla composizione nazionale del Paese.

Già alla fine del 1939, la Lettonia subì infatti l'arrivo di oltre trentamila soldati sovietici, che aumentarono l'anno successivo come diretta conseguenza della perdita della propria sovranità, dandosi così avvio ad una prima russificazione del territorio. Negli anni successivi, poi, l'occupazione nazista, protrattasi fino alla fine del 1944, determinò la sostanziale scomparsa delle comunità ebraica e rom, i cui membri patirono gli orrori della *shoah*<sup>29</sup>. Nello stesso periodo, si estinse quasi completamente anche la comunità tedesca, già indebolita dalle riforme agrarie degli Anni Venti<sup>30</sup>: i relativi componenti che non avevano optato per il

<sup>25</sup> Sulla lenta assunzione di rilevanza, anche per il diritto interno, delle questioni minoritarie nel periodo in esame cfr. M.S. Testuzza, «Tra passato e futuro». *Minoranze nazionali in Europa*, in *Jus*, 2012, 375.

<sup>26</sup> Sulle ragioni politico-istituzionali della deriva autoritaria cfr. F.J. Anton, *Staatlichkeit und Demokratisierung in Lettland. Entwicklung, Stand, Perspektiven*, Würzburg, 2009, 106 ss.

<sup>27</sup> Sul contenuto dell'Accordo cfr. H. König, *Das deutsch-sowjetische Vertragswerk von 1939 und seine geheimen Zusatzprotokolle. Eine Dokumentation*, in *Osteuropa*, n. 5, 1989, 413 ss.

<sup>28</sup> Sul piano formale (destinato però ad assumere rilevanza sostanziale, dopo il 1991, rispetto al tema della cittadinanza), l'ingresso della Lettonia nell'URSS fece seguito alla convocazione delle elezioni del «governo del popolo», alle quali furono di fatto ammessi solo candidati della lista comunista. L'organo neocostituito, il 21 luglio 1940, proclamò la nascita della Repubblica socialista sovietica lettone, che chiese immediatamente, come prevedibile, di essere annessa all'Unione sovietica: su questa annessione, dalla prospettiva storico-giuridica, cfr. A. Lieven, *The Baltic Revolution*, cit., 79-80, W.R. Iwaskiw (Ed.), *Estonia, Latvia and Lithuania*, cit., 99-100, e J. Tauber, *Die Geschichte der baltischen Staaten bis 1945*, in M. Knodt, S. Urdze (Hrsg.), *Die politischen Systeme der baltischen Staaten. Eine Einführung*, Wiesbaden, 2012, 27.

<sup>29</sup> Sullo sterminio delle comunità ebraica e rom in Lettonia durante la II Guerra mondiale, H. Šimkuva, *Die Minderheitenpolitik Lettlands*, cit., 248-250.

<sup>30</sup> Con la riforma agraria del 1920, i grandi proprietari terrieri (in prevalenza appartenenti alla comunità tedesca) furono espropriati senza alcun indennizzo e le terre furono poi redistribuite tra i contadini lettoni. Fallito il tentativo di trovare ristoro ai propri diritti attraverso un

reinsediamento (*Umsiedlung*) nelle aree occupate dalla Germania dopo lo scoppio della II guerra mondiale (reso possibile dall'Accordo lettone-tedesco del 30 ottobre 1939)<sup>31</sup> fuggirono all'avanzata delle truppe sovietiche, cercando non sempre con successo di trovare rifugio nel proprio Paese di antica origine<sup>32</sup>. In questo breve arco temporale, inoltre, mutò la consistenza numerica della stessa maggioranza di nazionalità lettone, giacché decine di migliaia dei relativi componenti, per sottrarsi all'accettazione dell'occupazione sovietica o, talvolta, alla deportazione in Siberia, optarono per la fuga all'estero<sup>33</sup>.

Le trasformazioni demografiche più intense, tuttavia, furono determinate, a partire dall'inizio degli Anni Cinquanta, dall'avvio di politiche di intensa russificazione dell'area<sup>34</sup>. Le Autorità sovietiche, infatti, anche al fine di contenere periodici fermenti indipendentisti, favorirono massicci flussi immigratori da altre Repubbliche sovietiche (in primo luogo Russia e, in misura minore, Bielorussia ed Ucraina) verso i Paesi baltici e, soprattutto, la Lettonia, nella cui Capitale Riga trovò sede il quartier generale dell'Armata Rossa sul Mar Baltico. Ciò, nel corso dei decenni, ridusse fortemente la consistenza della componente lettone, fino a renderla pari, nel 1989, ad appena il 52% dell'intera popolazione, rafforzando il timore di un'irreversibile "minoritarizzazione" etnica, che avrebbe irrimediabilmente condizionato, negli anni successivi, ogni scelta normativa in tema di cittadinanza<sup>35</sup>.

---

ricorso alla Società delle Nazioni, gli antichi proprietari patirono un rapido tracollo economico, che contribuì ad indebolire la rilevanza economica della comunità: cfr. K. Maier, *Deutsche in Baltikum*, in M. Knodt, S. Urdze (Hrsg.), *Die politischen Systeme*, cit., 47.

<sup>31</sup> Secondo H. Šimkuva, *Die Minderheitenpolitik Lettlands*, cit., 247-248, in pochi mesi, quasi cinquantamila *Deutschbalten* rinunciarono alla cittadinanza lettone riparando nelle aree della Polonia appena occupate dalla Germania. Sul reinsediamento dei Tedeschi del Baltico v. altresì la documentazione raccolta da D.A. Loeber, *Diktierte Option. Die Umsiedlung der Deutsch-Balten aus Estland und Lettland (1939-1941)*, Neumünster, 1972.

<sup>32</sup> K. Maier, *Deutsche in Baltikum*, cit., 49-51.

<sup>33</sup> Secondo W.R. Iwaskiw (Ed.), *Estonia, Latvia and Lithuania*, cit., 100, nei primi cinque anni di occupazione sovietica i deportati ed i giustiziati lettoni furono almeno trentacinquemila, mentre centocinquantamila furono coloro che, al termine della guerra, fuggirono all'Ovest. Sulle trasformazioni nazionali in Lettonia tra gli Anni Quaranta e Cinquanta, altresì, K. Behlke, *Das Minderheitenrecht der Republik Lettland*, Regensburg, 1995, 14-15, che quantifica in centocinquantaseimila i deportati dalle Autorità sovietiche tra il 1940 ed il 1954.

<sup>34</sup> W.R. Iwaskiw (Ed.), *op. cit.*, 100, indica in oltre quattrocentomila i Sovietici che giunsero in Lettonia tra il 1951 ed il 1989; sulle politiche migratorie promosse dalle Autorità sovietiche, altresì, O. Nørgaard (ed Altri), *The Baltic States after Independence*, Cheltenham-Brookfield, 1996, 169 ss.; L. Mälksoo, *Illegal Annexion and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR*, Leiden-Boston, 2003, 217-221; J. Rozenvalds, *Baltische Staaten und ihre Gesellschaften nach dem Zweiten Weltkrieg*, in M. Knodt, S. Urdze (Hrsg.), *Die politischen Systeme*, cit., 56-61.

<sup>35</sup> Nel 1989, i Russi costituivano il 34% della popolazione, seguiti da Bielorussi ed Ucraini, pari, rispettivamente, al 4,4 ed al 3,5% della popolazione: sulla composizione nazionale del Paese al momento dell'indipendenza, C. Schmidt, *Der Minderheitenschutz in den baltischen Staaten. Dokumente und Analysen*, Bonn, 1993, 49 ss.; W.R. Brubaker, *Citizenship Struggles in Soviet Successor States*, in *The International Migration Review*, vol. 26, n. 2, 1992, 286, considerando il declino della consistenza numerica dei Lettoni nelle maggiori città (tra cui Riga, ove costituivano appena il 36,5% della popolazione), ne evidenziava l'incidenza sull'atteggiamento nazionalistico assunto in tema di accesso alla cittadinanza dalle nuove Autorità sovrane.

## 2.1 (*Segue*) La legislazione sulla cittadinanza successiva alla riaffermata sovranità e le distorsioni della rigida applicazione del principio di “continuità” dello Stato

Benché i tentativi di perseguire maggiore autonomia fossero risalenti – e sistematicamente repressi dalle Autorità sovietiche –, a partire dagli Anni Ottanta il fermento indipendentista crebbe notevolmente, sostenuto dalle politiche riformatrici e democratiche avviate con la *perestrojka*<sup>36</sup>. In Lettonia, l’ambizione all’indipendenza fu poi alimentata dalla consapevolezza che questo obiettivo dovesse essere conseguito rapidamente, per evitare che l’ulteriore russificazione della società potesse in futuro ostacolarne definitivamente il raggiungimento.

Il tema della cittadinanza, in un contesto così diviso dal punto di vista nazionale e linguistico, assunse una particolare centralità. Se, inizialmente, parte dei promotori del processo indipendentistico si spinsero ad affermare che la Lettonia sovrana avrebbe garantito l’accesso allo *status civitatis* a tutti i richiedenti<sup>37</sup>, in un secondo momento, almeno a partire dal 1989, molti esponenti della futura *élite* politica lettone, talvolta per affrancarsi dal proprio passato coinvolgimento nelle istituzioni sovietiche, maturarono una posizione più nazionalista, accogliendo la tesi della discendenza, in base alla quale avrebbe potuto accedere a questo *status* solo chi ne fosse già stato titolare prima dell’occupazione ed i relativi discendenti<sup>38</sup>.

Al momento dell’indipendenza dall’URSS, proclamata provvisoriamente il 4 maggio 1990 e ristabilita, *de facto*, il 21 agosto 1991, a fronte dell’avvertita minaccia, all’esterno, del “gigante” russo e, all’interno, della massiccia presenza di individui provenienti da altre Repubbliche sovietiche, prevalse la tesi che individuava nella Nazione lettone il fondamento della sovranità statale, foriera, a sua volta, di un atteggiamento escludente rispetto ad ogni individuo o gruppo percepito come “altro” rispetto alla maggioranza<sup>39</sup>. Questa scelta, suggellata sul

<sup>36</sup> Sul percorso storico che, a partire dagli Anni Ottanta, portò la Lettonia alla riconquista dell’indipendenza cfr., tra i molti contributi, J. Hiden, P. Salmon, *The Baltic Nations and Europe*, London-New York, 1991, 145 ss., G. Smith, *The Resurgence of Nationalism*, in G. Smith (Ed.), *The Baltic States, The National Self-Determination of Estonia, Latvia and Lithuania*, Basingstoke-London, 1994, 121 ss., C.-Y. Matthes, *Politisches und Rechtssystem Lettlands*, in H. Graf, M. Kerner (Hrsg.), *Handbuch Baltikum heute*, Berlin, 1998, 51 ss., e M. Kneuer, *Die baltischen Staaten als Transformationsstaaten*, in M. Knodt, S. Urdze (Hrsg.), *Die politischen Systeme*, cit., 78 ss.

<sup>37</sup> Sul pragmatismo degli esponenti del “Fronte popolare lettone”, consapevoli dell’importanza di coinvolgere l’intera popolazione nella lotta per l’indipendenza, N. Muižnieks, *Government Policy*, cit., 14-15, e R. Mole, *The Baltic States from the Soviet Union to the European Union. Identity, discourse and power in the post-communist transition of Estonia, Latvia and Lithuania*, London-New York, 2012, 87-88; sul punto, altresì, T. Agarín, *A cat’s lick. Democratisation and minority communities in the post-Sovietic Baltic*, Amsterdam-New York, 2010, 88 ss.

<sup>38</sup> Sull’affermazione di un atteggiamento escludente nei confronti della comunità russofona cfr. G. Smith, A. Aasland, R. Mole, *Statehood, Ethnic Relations and Citizenship*, in G. Smith (Ed.), *The Baltic States*, cit., 184-187.

<sup>39</sup> Sull’approccio identitario nel processo di *State-building* di molti Paesi dell’Est europeo dopo il 1989, R. Brubaker, *Nationalism Reframed: Nationhood and the National Question in the New Europe*, Cambridge, 1996, 13 ss.

piano simbolico dalla decisione di ribadire l'efficacia della Costituzione del 1922<sup>40</sup>, si rifletté, nei mesi successivi, su interventi di stampo nazionalistico. Nonostante il sostegno espresso da molti non-Lettoni al referendum per l'indipendenza tenutosi il 3 marzo 1991<sup>41</sup>, infatti, il processo di *State-building* si caratterizzò per l'avvio di un'intensa opera di "lettonizzazione" del Paese. Essa fu condotta su più fronti, a cominciare da quello linguistico – attraverso la qualificazione del lettone come sola lingua ufficiale, immediatamente sostituita al russo<sup>42</sup>– e, come prevedibile, anche su quello dell'accesso alla cittadinanza, da riservare innanzi tutto a chi potesse vantare l'appartenenza nazionale alla maggioranza<sup>43</sup>.

La scelta compiuta in materia dalle Autorità lettoni fu giuridicamente fondata sui controversi eventi storici, risalenti ad oltre mezzo secolo prima, che avevano portato all'*ingresso* della Repubblica baltica nell'URSS o, muovendo da una diversa lettura di quegli stessi eventi, all'*occupazione* da parte sovietica.

Dal punto di vista del diritto internazionale, l'occupazione del 1940 fu a lungo oggetto di un atteggiamento contraddittorio in seno alla Comunità internazionale, posto che, a fronte di Paesi che riconobbero l'annessione (*de jure* o, almeno, *de facto*), altri, affermandone la natura forzosa, si rifiutarono di

---

<sup>40</sup> Il testo, come ricordato (v., *supra*, Par. 2), non conteneva garanzie sulla tutela dei diritti delle minoranze (come, del resto, la Costituzione lettone di epoca sovietica del 19 aprile 1978). La «Legge costituzionale sui diritti ed i doveri dei cittadini e delle persone», approvata il 10 dicembre 1991, integrò il testo costituzionale con un primo catalogo di diritti, limitandosi, per quanto in questa sede rileva, a sancire un espresso divieto di discriminazione fondata, tra l'altro, sulla razza, sulla nazionalità o sulla lingua (art. 12) ed un generale dovere di rispettare gli usi e le tradizioni dei gruppi etnici e nazionali che vivono in Lettonia (art. 41). Sulla cit. Legge costituzionale, sul piano del sistema delle fonti, cfr. I. Ziemele, *Latvia*, in M. Scheinin (Ed.), *International Human Rights Norms in the Nordic and Baltic Countries*, The Hague, 1996, 77-78; dalla prospettiva dei diritti delle minoranze cfr. R. Hofmann, *Minderheitenschutz in Europa. Völker- und staatsrechtliche Lage im Überblick*, Berlin, 1995, 108-109, e S. Kettig, *Europäischer Minderheitenschutz im Wandel. Konfliktprävention in Estland, Lettland und Litauen*, Baden Baden, 2004, 138.

<sup>41</sup> Al referendum partecipò l'88% degli elettori ed il 74% di essi votò per l'indipendenza. Secondo I. Jeffries, *The Countries of the Former Soviet Union at the Turn of the Twenty-first Century. The Baltic and the European States in Transition*, London-New York, 2004, 182, il sostegno dei non-Lettoni fu determinante per l'esito della consultazione; D.J. Galbreath, *Nation Building and Minority Politics in Post-Socialist States. Interests, Influence and Identities in Estonia and Latvia*, Stuttgart, 2005, 173, indica nel 26% la percentuale dei Russofoni che supportò l'indipendenza.

<sup>42</sup> Sulle politiche linguistiche avviate dopo l'indipendenza, D. Henning, *Die Sprachenpolitik und die Gewährleistung des Bildungswesens nationaler Minderheiten in Lettland*, in B. Meissner, D.A. Loeber, C. Hasselblatt (Hg.), *Der Aufbau einer freiheitlich-demokratischen Ordnung*, cit., 263 ss., O. Nørgaard (ed Altri), *The Baltic States*, cit., 179-180, B. Tsilevich, *Development of the Language Legislation in the Baltic States*, in *J. on Multicultural Societies*, vol. 3, n. 2, 2001, 137 ss., I. Driviete, *Language Policy and Protection of the State Language in Latvia*, paper presentato al «World Congress on Language Policies», Barcelona, 16-20 d'abril 2002, 1-5, G. Poggeschi, *La politica linguistica a Letonia*, in *Noves SL, Revista de sociolingüística*, Autunno 2004, e N. Muižnieks, *Government Policy*, cit., 17 ss.

<sup>43</sup> Sulla funzionalità della legislazione in tema di cittadinanza al rafforzamento dell'identità nazionale nel contesto baltico cfr. L. Barrington, *The Domestic and International Consequences of Citizenship in the Soviet Successor States*, in *Europe-Asia Studies*, n. 5, 1995, 742. Sulla nozione di «cittadinanza lettone», altresì, K. Krūma, *EU citizenship, Nationality and Migrant Status. An Ongoing Challenge*, Leiden-Boston, 2014, 325 ss.

riconoscerne ogni legittimità, mentre altri, ancora, non presero posizione<sup>44</sup>. La questione della relativa natura assunse, al momento della ritrovata indipendenza, un'assoluta centralità. A fronte dell'alternativa tra la qualificazione della Repubblica come Stato successore dell'URSS, sostenuta da parte russa<sup>45</sup>, e l'affermazione del principio di continuità – in base al quale, posta l'illegittimità dell'occupazione sovietica, la Lettonia non avrebbe mai perso, almeno *de jure*, la propria sovranità e, dunque, la propria soggettività internazionale –, nella *Dichiarazione d'indipendenza* del 4 maggio 1990 si optò per la seconda soluzione<sup>46</sup>.

Questa scelta si rifletté, inevitabilmente, sull'individuazione di chi dovesse essere considerato appartenente al popolo della Lettonia come ricostituito Stato sovrano. I relativi componenti, infatti, non potevano che identificarsi negli originari cittadini del Paese o nei relativi discendenti, di nazionalità lettone o, comunque, appartenenti a minoranze autoctone già integrate nel periodo interbellico<sup>47</sup>. Tutti gli altri residenti, giunti nel Paese a seguito dell'occupazione sovietica, non potevano, almeno in linea di principio, considerarsi cittadini, giacché la loro presenza aveva come presupposto un atto di occupazione considerato illegittimo<sup>48</sup>.

Sul piano legislativo, il Parlamento transitorio, eletto nel 1990, dichiarò di non avere la legittimazione necessaria per intervenire sul tema e, in omaggio al principio di continuità, formalizzato dalla *Risoluzione sul ripristino dei diritti dei cittadini della Repubblica di Lettonia e sui principi fondamentali in tema di naturalizzazione* del 15 ottobre 1991, ribadì la persistente efficacia dell'originaria

<sup>44</sup> Sull'atteggiamento della Comunità internazionale rispetto all'occupazione sovietica delle Repubbliche baltiche cfr. R. Yakemtchouk, *Les Républiques baltes en droit international. Eché d'une annexion opérée en violation du droit des gens*, in *Ann. fr. de droit int.*, 1991, 267-272, Y. Ronen, *Status of Settlers implanted by illegal territorial Regimes*, in *The British Year Book of International Law 2008*, Oxford, 2009, 209-210, e, diffusamente, J. Hiden, V. Made, D.J. Smith (Eds.), *The Baltic Question during the Cold War*, London-New York, 2008.

<sup>45</sup> La Federazione russa, come Stato successore dell'URSS, sostenne che l'annessione della Lettonia del 1940 avvenne in conformità al diritto internazionale, donde l'indipendenza conseguita nel 1991 si sarebbe dovuta qualificare a tutti gli effetti come una secessione, con tutti gli obblighi a ciò connessi: sull'atteggiamento tenuto da parte russa, P. Van Elsuwege, *From Soviet Republics to EU Member States*, cit., 63 ss.

<sup>46</sup> Sugli argomenti addotti a sostegno della tesi della continuità, I. Ziemele, *State Continuity and Nationality: The Baltic States and Russia. Past, Present and Future as Defined by International Law*, Leiden-Boston, 2005, 130-133, e, ancora, P. Van Elsuwege, *op. ult. cit.*, 60 ss.

<sup>47</sup> Per distinguere gli appartenenti a minoranze già insediate nel territorio lettone prima del 1940 e gli appartenenti a gruppi di più recente immigrazione, R. Karklins, *Minority issues in Latvia*, in B. Meissner, D.A. Loeber, C. Hasselblatt (Hg.), *Der Aufbau einer freiheitlich-demokratischen Ordnung*, cit., 157-160, ha proposto la distinzione tra “vecchie” e “nuove” minoranze, sottolineando la condizione di favore riservata alle prime, non solo in ordine all'immediato accesso alla cittadinanza lettone per i relativi componenti, ma anche al trattamento promozionale loro riservato sul piano della tutela linguistica e culturale.

<sup>48</sup> Sebbene da parte di alcuni, muovendo dall'identificazione dei Russofoni con gli occupanti, ne fu proposta l'espulsione di massa (analogamente a quanto accadde alle comunità tedesche dell'Europa orientale dopo la II guerra mondiale), nel dibattito politico prevalse la consapevolezza dell'irrealizzabilità di questa soluzione: sulle diverse posizioni espresse al momento dell'indipendenza sulla futura condizione giuridica dei Russofoni, L. Mälksoo, *Illegal Annexion and State Continuity*, cit., 223-225; sull'incompatibilità con il dettato dell'art. 4 della CEDU dell'eventuale espulsione degli immigrati sovietici, P. Van Elsuwege, *From Soviet Republics to EU Member States*, cit., 34-36.

«Legge sulla cittadinanza» del 1919 (come modificata nel 1927 e nel 1938), l'automatico riconoscimento dello *status civitatis* (in verità, almeno *de jure*, mai venuto meno) a chi ne fosse già stato titolare (ed ai relativi discendenti) e, al contempo, le restrizioni nell'accesso a questo diritto per tutti coloro che fossero giunti nella Repubblica dopo il 17 giugno 1940<sup>49</sup>.

Rispetto al periodo interbellico, a cui risaliva l'adozione della Legge, questa scelta determinò una situazione d'estrema incertezza per i non-Lettoni giunti nella Repubblica in epoca sovietica, pari a circa settecentoquarantamila persone. Nonostante la formale possibilità di naturalizzazione, già prevista dal testo del 1919, quest'ultima era infatti subordinata a condizioni molto stringenti<sup>50</sup>: non solo la residenza ininterrotta da almeno sedici anni, ma anche la prova di conoscere la Costituzione, la storia e l'inno nazionale, l'obbligo di rendere un giuramento di fedeltà ed il superamento di una prova di conoscenza della lingua lettone<sup>51</sup>.

La soddisfazione dei requisiti linguistici – assai importante giacché la Repubblica, come detto, individuò prontamente nell'elemento linguistico uno dei fondamenti della propria ritrovata sovranità – costituì da subito l'adempimento più oneroso. In epoca sovietica, infatti, benché l'idioma autoctono non fosse stato oggetto di diretta discriminazione, la lingua d'uso corrente era il russo<sup>52</sup>, circostanza questa che aveva reso superfluo agli immigrati da altre parti dell'URSS l'apprendimento di un idioma inutilizzato al di fuori dei ristretti confini del Paese baltico. A partire dal 1991, tuttavia, questa mancanza, strumentalizzata da parte lettone, si frappose all'accesso alla cittadinanza della maggior parte dei nuovi richiedenti, che si trovarono nella condizione di non essere più cittadini sovietici ma, al contempo, neppure cittadini lettoni<sup>53</sup>.

Questa situazione, nei primi anni successivi all'indipendenza, ebbe un effetto moltiplicatore sulla deteriorizzazione della condizione della minoranza russofona, incapace di reagire in modo efficace alle politiche nazionalistiche del nuovo corso<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Una scelta analoga fu compiuta dall'Estonia, mentre la Lituania optò per una soluzione inclusiva, garantendo la cittadinanza a tutti i residenti di lungo periodo, indipendentemente dalla nazionalità e dall'appartenenza linguistica. Su questa diversità di approccio, attribuita alla minore consistenza numerica degli appartenenti alla minoranza russofona rispetto a Lettonia ed Estonia, cfr. P. Van Elsuwege, *Russian-speaking minorities in Estonia and Latvia: Problems of integration at the threshold of the European Union*, ECMI Working Paper 20, Flensburg, 2004, 3-4.

<sup>50</sup> Su questi requisiti, D. Lentz, H. Müller, *Die rechtliche Stellung*, cit., 158 ss.

<sup>51</sup> In termini critici sul rigore di questi criteri si espresse, nel proprio Rapporto del 1991, la Delegazione della Commissione di Venezia: cfr. M. Roth, *Der Einfluss des Europarats auf die demokratische und menschenrechtliche Transformation der baltischen Staaten*, Frankfurt am Main, 2004, 209-210.

<sup>52</sup> Secondo L. Mälksoo, *Illegal Annexion and State Continuity*, cit., 221, nel 1991, solo il 21,1% dei Russi residenti conosceva il lettone; sul tema, altresì, L.A. Grenoble, *Language Policy in the Soviet Union*, New York, 2003, 99 ss.

<sup>53</sup> Questa situazione fu aggravata dall'attecchimento del Dipartimento per la Cittadinanza e l'Immigrazione, creato nel 1992, che negò la registrazione di molti richiedenti in ragione di pregressi rapporti intrattenuti dagli stessi con l'Esercito russo: cfr. N. Muižnieks, *Government Policy*, cit., 15-16; sulle prassi restrittive adottate nell'attività di registrazione dei residenti cfr. altresì O. Nørgaard (ed Altri), *The Baltic States*, cit., 191 ss.

<sup>54</sup> Su questo profilo, D.J. Galbreath, *Nation Building and Minority Politics*, cit., 104-108.

La maggioranza dei relativi componenti, in quanto non-cittadini<sup>55</sup>, non poté esercitare alcun diritto elettorale<sup>56</sup>, il che permise l'approvazione di leggi escludenti (a cominciare dal piano linguistico) per chi non fosse di nazionalità lettone.

Da una prospettiva più generale, questo approccio, in negativo, conferma l'assunto iniziale circa la funzionalità dell'intervento sullo *status civitatis* rispetto all'esito del processo di *State-building*. E gli effetti negativi della scelta compiuta nel 1991 sono tanto più evidenti ove si considerino quelli di segno opposto conseguenti all'atteggiamento inclusivo tenuto dalla Repubblica dopo la "prima" indipendenza.

Diversamente da quanto accaduto negli Anni Venti, l'iniziale legislazione di epoca post-sovietica mirò, ispirandosi ad una visione ormai recessiva, almeno alla fine del XX secolo, ad un obiettivo diverso rispetto alla coesione sociale: ridefinire un'identità nazionale lettone, fondante la legittimazione del ricostituito ordinamento statale, percorrendo un processo di *Nation-building* (piuttosto che uno di *State-building*) analogo a quello compiuto dagli Stati nazionali nel corso del XIX secolo<sup>57</sup>. Efficacemente, per questo modello politico è stata utilizzata l'espressione «democrazia etnica», che individua in un gruppo dominante il fondamento dello Stato, precludendo agli appartenenti alle minoranze, nonostante il riconoscimento di alcuni diritti, la possibilità, anche in futuro, di raggiungere una condizione di piena eguaglianza<sup>58</sup>.

Questo atteggiamento, tuttavia, nell'ambito di una società divenuta irrimediabilmente composita, evidenziò presto gravi limiti. Se, infatti, la scelta escludente in tema di cittadinanza appariva, nell'immediatezza della riconquistata

<sup>55</sup> La stessa titolarità della cittadinanza lettone non era di per sé sufficiente al godimento dei diritti politici, il cui esercizio era subordinato alla soddisfazione di ulteriori accertamenti linguistici. Talvolta, infatti, nei primi anni successivi alla riconquistata indipendenza, le Commissioni elettorali disposero l'esclusione dalle liste dei candidati di cittadini ritenuti in difetto di un'adeguata conoscenza della lingua ufficiale, determinando violazioni che in alcuni casi giunsero all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo (v., sul punto, *infra*, nota 84).

<sup>56</sup> Criticamente sulla preclusione della rappresentanza democratica dei Russofoni nei Paesi baltici, F. de Varennes, *Non-citizens and Minorities in Estonia and their Economic and Social Opportunities*, in S. Trifunowska (Ed.), *Minorities in Europe. Croatia, Estonia and Slovakia*, The Hague, 1999, 123 ss., P. Van Elsuwege, *Russian-speaking minorities*, cit., 3. F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 130-131, ricordano come tale preclusione abbia ostacolato un'adeguata rappresentanza politica dei Russofoni non solo a livello parlamentare, ma anche nei Comuni ove gli stessi rappresentano oltre la metà degli abitanti.

<sup>57</sup> Per una contestualizzazione storica dei concetti di *State-building* e *Nation-building* cfr. E. Milano, *Formazione dello Stato e processi di State-building nel diritto internazionale. Kosovo 1999-2013*, Napoli, 2013, 79-80.

<sup>58</sup> Sul concetto di «democrazia etnica» cfr. G. Smith, *Ethnic Democracy Thesis and the Citizenship Question in Estonia and Latvia*, in *Nationalities Papers*, vol. 24, n. 2, 1996, 199 ss., V. Pettai, *Emerging Ethnic Democracy in Estonia and Latvia*, in M. Opalski (Ed.), *Managing Diversity in Plural Societies: Minorities, Migration and Nation-Building in Post-Communist Europe*, Ottawa, 1998, 15 ss.; da ultimo, I. Ijabs, *After the Referendum: Militant Democracy and Nation-Building in Latvia*, in *East European Politics, Societies and Cultures*, vol. 30, n. 2, 2016, 290 ss., secondo il quale, «in Latvia, the initial exclusion of the Soviet-era immigrants from the Latvian *demos* was seen as a precondition for democracy, and a particular type of nation-building, centred on the ethnic Latvian nation, as a necessary limitation of democracy for the sake of democracy itself» (p. 291).

indipendenza, uno strumento indispensabile per consolidare questo risultato, le trasformazioni sociali e nazionali intervenute in epoca sovietica ed il mutamento radicale dell'approccio alle questioni minoritarie maturato nel diritto internazionale ne rendevano i presupposti estremamente precari, sollecitando rapide modifiche.

### **3. L'influsso della condizionalità europea sul tema della cittadinanza: la «Legge sulla cittadinanza» del 1994 e la «Legge sullo *status* degli ex cittadini sovietici privi della cittadinanza lettone o di quella di altro Stato» del 1995 quali soluzioni di compromesso**

L'accoglimento del principio di continuità fu condiviso dalla CEE e dai Paesi alla stessa aderenti, che, nel 1991, riconobbero prontamente l'avvenuta riconquista della sovranità da parte delle Repubbliche baltiche e, dunque, implicitamente, anche le relative conseguenze escludenti in tema di cittadinanza.

La mancanza di adeguate garanzie per i non-cittadini non fu oggetto di doglianza neppure rispetto alle garanzie di fonte internazionale. Nonostante l'esistenza di più previsioni sul diritto d'accesso allo *status civitatis* (tra le quali l'art. 15 della «Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo», l'art. 24, c. 3, della «Convenzione internazionale sui diritti civili e politici» e, più di recente, l'art. 4 della «Convenzione europea sulla nazionalità», adottata dal Consiglio d'Europa nel 1997), le stesse, pur rilevanti dal punto di vista dichiarativo, restano a tutt'oggi opinabili dalla prospettiva sostanziale<sup>59</sup> e tali furono da subito considerate anche rispetto all'atteggiamento escludente della legislazione lettone<sup>60</sup>. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, indirettamente, avallò la scelta compiuta dalla Lettonia, negando l'esistenza di un diritto alla cittadinanza per i residenti immigrati in epoca sovietica<sup>61</sup>, diritto, quello dell'accesso ad una cittadinanza, neppure espressamente formalizzato dalla CEDU<sup>62</sup>.

D'altro canto, sin dal momento della riconquistata indipendenza, il tema della condizione giuridica della comunità russofona suscitò l'attenzione delle organizzazioni a vario titolo investite della questione<sup>63</sup> e, da subito, costituì uno dei temi centrali con i quali la Lettonia fu chiamata a confrontarsi per legittimarsi

---

<sup>59</sup> Da ultimo, C. Casiello, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 354-357.

<sup>60</sup> P. Van Elsuwege, *From Soviet Republics to EU Member States*, cit., 75-77.

<sup>61</sup> V.: ECHR, *Fedorova and Others v. Latvia*, 69405/01, 9.10.2003; ECHR, *Sisojeva v. Latvia*, 60654/00, 15.1.2007.

<sup>62</sup> Su questo silenzio cfr. E.A. Ferioli, *La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la cittadinanza statale: le vie di una "interferenza" in progressiva espansione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 61-64, la quale indaga altresì gli angusti spazi dischiusi dagli artt. 8 e 14 CEDU, indirettamente suscettibili di avere qualche impatto sulle fonti e sui procedimenti interni in tema di accesso alla cittadinanza (spec., con riguardo alla Lettonia, pp. 68-69, 74).

<sup>63</sup> Sulla centralità della condizione della comunità russofona nell'azione degli attori internazionali cfr. D. Rupp, *Die russländische Föderation und die russischsprachige Minderheit in Lettland*, Stuttgart, 2007, 70-72.

quale Paese democratico e perseguire con decisione l'obiettivo di affrancarsi dall'esperienza sovietica<sup>64</sup>.

Il Consiglio d'Europa, in particolare, a cui la Lettonia presentò domanda d'adesione già il 13 settembre 1991, qualificò subito la mancanza di una legge sulla cittadinanza che tenesse conto della condizione dei non-cittadini un ostacolo al perfezionamento del procedimento d'adesione<sup>65</sup>. Altrettanto incisiva, da subito, fu l'azione dell'OSCE, che, per tramite dell'Alto Commissario per le minoranze nazionali (HCNM) Max van der Stoep, già nel 1993 avviò un'intensa azione di monitoraggio e raccomandazione sulla condizione degli esclusi dallo *status civitatis*, auspicando l'adozione di una legge che superasse l'incertezza in cui gli stessi si erano venuti a trovare<sup>66</sup>.

Nonostante le crescenti pressioni internazionali, il dibattito parlamentare sulla nuova Legge in tema di cittadinanza, che prese faticosamente avvio soltanto nel 1993, fu comunque condizionato dalle pressioni nazionalistiche. Il testo inizialmente presentato prevedeva, infatti, che i non-cittadini nati in Lettonia (circa duecentomila) potessero richiedere la cittadinanza soltanto a partire dal 1996, mentre la naturalizzazione degli immigrati d'epoca sovietica (oltre cinquecentomila) veniva vincolata ad un sistema di quote annue molto restrittivo, limitato a duemila richieste. Al termine dell'esame, la *Saiema*, il 21 giugno 1994, approvò a larga maggioranza (sessantasei voti favorevoli e solo undici contrari) il testo nella sua formulazione iniziale. Soltanto le critiche avanzate dall'OSCE e, soprattutto, dal Consiglio d'Europa – che giunse a subordinare l'ingresso della Lettonia nel Consiglio al superamento di questo sistema – si frapposero al perfezionamento dell'*iter legis*, spingendo il Presidente della Repubblica a richiedere un nuovo esame parlamentare, che si concluse il successivo 22 luglio con la definitiva approvazione della «Legge sulla cittadinanza»<sup>67</sup>, almeno in parte conformatasi a quanto suggerito dalle organizzazioni internazionali<sup>68</sup>.

In linea di continuità con quello del 1919, il testo, pur “ammorbido” rispetto al progetto iniziale, ribadì il principio dello *jus sanguinis* ed escluse dalla cittadinanza i residenti di più recente immigrazione. Rispetto alla naturalizzazione, le novità erano più articolate. Accanto all'introduzione di alcuni

<sup>64</sup> Sulla dirompenza della spinta all'inclusione nell'Europa occidentale, A. Kasekamp, *Baltic States and the EU: A rocky road from “outside” towards the “core”*, in AA.VV., *The Baltic States in the EU: yesterday, today and tomorrow*, *Studies & Reports* (Notre Europe-Jacques Delors Institute), July 2013, 18 ss.

<sup>65</sup> V. Council of Europe Parliamentary Assembly, *Information Report on the Elections in Latvia (5 and 6 June 1993)*, 10.12.1993, Doc. 6908. Sulle pressioni esercitate dal Consiglio d'Europa al fine del superamento delle criticità relative alla condizione dei non-cittadini, H.M. Morris, *EU Enlargement and Latvian Citizenship Policy*, in *J. on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, n. 1, 2003, 5-7, D.J. Galbreath, *Nation Building and Minority Politics*, cit., 273 ss., e M. Roth, *Der Einfluss des Europarats*, cit., 78.

<sup>66</sup> Sull'azione dell'OSCE in Lettonia cfr. H.M. Morris, *EU Enlargement*, cit., 7 ss., e D.J. Galbreath, *Nation Building and Minority Politics*, cit., 235 ss.

<sup>67</sup> Sull'*iter* d'approvazione della Legge, O. Nørgaard (ed Altri), *The Baltic States*, cit., 194, K. Behlke, *Das Minderheitenrecht der Republik Lettland*, cit., 31, e D. Rupp, *Die russländische Föderation*, cit., 76-78.

<sup>68</sup> Sull'incidenza delle pressioni internazionali sull'*iter legis* cfr. L. Barrington, *The Domestic and International Consequences*, cit., 754.

requisiti soggettivi – quali l'assenza di condanne a pene detentive superiori ad un anno, di collegamenti con il KGB od organizzazioni similari o, ancora, di espressioni di sostegno a posizioni totalitarie di stampo fascista, comunista o sciovinista (art. 11) –, l'art. 14 sostituì l'iniziale sistema delle quote con un complesso meccanismo di esame periodico delle domande<sup>69</sup>, comunque limitativo della libertà di scelta del singolo in ordine alla propria naturalizzazione. Detto articolo, soprattutto, subordinò l'esito positivo del procedimento ad una scrupolosa verifica della conoscenza, tra l'altro, della lingua e della cultura lettoni, al giuramento di fedeltà alla Repubblica ed alla disponibilità di mezzi di sostentamento, condizioni queste ultime nel loro complesso talmente restrittive da indurre alcuni ad individuare la vera finalità di questa disciplina non tanto nella naturalizzazione dei non-cittadini quanto nell'induzione degli stessi ad emigrare<sup>70</sup>.

Nonostante i limiti di queste disposizioni, dal «sapore etnico»<sup>71</sup>, e le critiche avanzate da parte russa, le Istituzioni sovranazionali presero atto che le scelte compiute costituivano il migliore compromesso possibile, tenuto altresì conto della contestuale presentazione di altri progetti di stampo ancora più nazionalistico che, per quanto respinti, raccolsero comunque un discreto consenso parlamentare<sup>72</sup>.

Le successive pressioni internazionali a favore di un atteggiamento più inclusivo nell'accesso alla cittadinanza<sup>73</sup> diedero comunque impulso ad ulteriori interventi<sup>74</sup>.

Alcuni emendamenti approvati nel 1995, in particolare, semplificarono l'accesso allo *status civitatis*, tra l'altro, per coloro che avessero esaurito un ciclo scolastico nel Paese impartito in lingua lettone, eliminando i test linguistici. Altri emendamenti, approvati nel 1998<sup>75</sup>, stabilirono poi il definitivo superamento delle

---

<sup>69</sup> Il meccanismo, disciplinato dall'art. 14 della Legge, prevedeva che nella presentazione delle domande di naturalizzazione si desse prevalenza ai richiedenti più giovani nati in Lettonia, rinviando in questo modo di alcuni anni la possibilità di presentare la propria richiesta per le persone più mature e nate all'estero.

<sup>70</sup> P. Järve, *Language Battles in the Baltic States: 1989 to 2002*, in F. Daftary, F. Grin (Eds.), *Nation-Building, Ethnicity and Language Politics in Transition Countries*, Budapest, 2003, 83.

<sup>71</sup> G. Poggeschi, *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Roma, 2010, 108.

<sup>72</sup> O. Norgaard (ed Altri), *The Baltic States*, cit., 193, ricorda la Proposta di legge, di pochi mesi successiva, tesa ad impedire la naturalizzazione di coloro che fossero giunti in Lettonia tra il 17 giugno 1940 e l'1 luglio 1992, così precludendone *de facto* l'accesso alla cittadinanza.

<sup>73</sup> V., tra gli altri documenti, OSCE (HCNM), 14.3.1996, *Letter to the Latvian Minister for Foreign Affairs Mr. V. Birkavs (Reference No. 516/96/L)*, recante rilievi critici sull'eccessiva onerosità dell'accesso all'esame per la naturalizzazione e l'eccessiva difficoltà delle prove, e OSCE (HCNM), 23.5.1997, *Letter to the Latvian Minister for Foreign Affairs Mr. V. Birkavs (Reference No. 376/97/L)*, recante l'invito alla Lettonia a garantire l'accesso alla cittadinanza ai bambini apolidi.

<sup>74</sup> Sull'incidenza delle pressioni esercitate dal Consiglio d'Europa sull'approvazione delle modifiche alla Legge del 1994 cfr. M. Roth, *Der Einfluss des Europarats*, cit., 256.

<sup>75</sup> La Legge recante gli emendamenti al testo del 1994 fu approvata il 22 giugno 1998. Il successivo 3 ottobre, contestualmente alle elezioni politiche, il testo fu oggetto di un referendum (ai sensi dell'art. 72 Cost.), al quale parteciparono circa 2/3 degli elettori: solo il 46% votò però a favore dell'abrogazione, donde la sopravvivenza degli emendamenti sottoposti allo scrutinio degli elettori (su questo referendum, E. Somer, *Direct Democracy in the Baltic States. Institutions, Procedures and Practice in Estonia, Latvia and Lithuania*, Frankfurt am Main, 2015, 89).

quote, semplificarono il processo di naturalizzazione<sup>76</sup> e, soprattutto, con l'inserimento dell'art. 3, c. 1, introdussero una misura ispirata allo *jus soli*: dando seguito a quanto auspicato dall'Alto Commissario per le minoranze nazionali già a partire dal 1993<sup>77</sup>, si riconobbe ai minori nati in Lettonia dopo il 21 agosto 1991 ed ivi residenti permanenti, figli di apolidi o non-cittadini, il diritto di accedere, nel rispetto di determinate condizioni, alla cittadinanza del Paese natio<sup>78</sup>.

Per regolare la condizione giuridica dei soggetti stabilmente residenti nel Paese ma esclusi dalla cittadinanza, definiti «*nepilsoņi*»<sup>79</sup>, la *Saiema*, poco dopo l'adozione della nuova «Legge sulla cittadinanza», approvò, il 25 aprile 1995, la «Legge sullo *status* degli ex cittadini sovietici privi della cittadinanza lettone o di quella di altro Stato». Essa riconobbe agli appartenenti a questa categoria (purché giunti nel Paese prima dell'1 luglio 1992) ed ai relativi discendenti alcuni diritti, quali il rilascio di uno speciale passaporto (così formalizzando un vincolo di appartenenza allo Stato ed il diritto di rientrarvi), la protezione diplomatica e consolare<sup>80</sup>, il godimento dei diritti sanciti da Accordi internazionali ratificati dalla Lettonia così come quello di accedere all'istruzione ed all'assistenza sanitaria e previdenziale.

La Legge, tuttavia, esclude per i non-cittadini la titolarità dei diritti politici, l'accesso ai pubblici impieghi e, ancora, sottopose a restrizioni l'acquisto di proprietà private, con ciò sollevando rilievi critici non solo a livello internazionale<sup>81</sup>, ma anche nel dibattito scientifico<sup>82</sup>. La stessa Corte costituzionale (*Satversmes tiesa*) riconobbe come l'introduzione dello *status* di non-cittadino costituisse un compromesso politico tale da generare una categoria sconosciuta al diritto internazionale e giunse a dichiarare l'incostituzionalità di alcune norme della cit. «Legge sullo *status* degli ex cittadini sovietici» (v. sent. 7-3-2005, caso n. 2004-15-0106). L'intervento ablativo, in particolare, coinvolse le norme che disponevano l'automatica perdita del particolare *status* per coloro che avessero ottenuto un permesso di soggiorno permanente da parte di uno Stato ex sovietico, e ciò in ragione della violazione, tra l'altro, dell'art. 98 Cost., che assicura a

<sup>76</sup> A tal fine, a partire dal 1998, furono resi disponibili ai candidati i contenuti delle prove, fu ridotto il numero delle domande e furono predisposte particolari modalità d'esame per i naturalizzandi ultrasessantacinquenni: su queste misure di semplificazione, nel dettaglio, M. ROTH, *Der Einfluss des Europarats*, cit., 216.

<sup>77</sup> V. *supra*, nel testo, e nota 66.

<sup>78</sup> L'accesso alla cittadinanza fu subordinato alla presentazione, tra il sedicesimo ed il diciottesimo anno di età, di un'apposita domanda da parte dell'interessato e della prova di conoscenza della lingua lettone, da dimostrare o documentando la frequenza di un ciclo scolastico o il superamento di un esame semplificato di lingua e storia lettoni.

<sup>79</sup> Su questa nozione, in generale, K. Krūma, *EU citizenship, Nationality and Migrant Status*, cit., 361 ss.

<sup>80</sup> Sulla protezione assicurata all'estero ai non-cittadini cfr. I. Ziemele, *State Continuity and Nationality*, cit., 164-166.

<sup>81</sup> V., in particolare, ECMI, *Report on Latvia*, Strasbourg, 13.3.1999, Par. 20, ove si ritiene ingiustificata e discriminatoria la preclusione per i non-cittadini di accedere a determinate professioni ed uffici pubblici.

<sup>82</sup> Sul tema, diffusamente, I. Ziemele, *State Continuity and Nationality*, cit., 160-164.

chiunque sia titolare di un passaporto lettone non solo il diritto di essere protetto dal proprio Stato, ma anche quello di tornare liberamente in Lettonia<sup>83</sup>.

Nonostante l'avvio, dalla fine degli Anni Novanta, di interventi legislativi ispirati da un atteggiamento maggiormente inclusivo<sup>84</sup>– in modo coerente con l'avvenuta inclusione nella Costituzione di un catalogo di diritti e, tra questi, l'art. 114, recante il diritto per le persone appartenenti ad una minoranza di preservare e sviluppare la propria lingua e la propria identità culturale ed etnica<sup>85</sup>–, l'ambiguità dello *status* riconosciuto ai non-cittadini e la persistente precarietà delle condizioni in cui gli stessi venivano a trovarsi non placarono il timore di un'imprevedibile esplosione della tensione sociale. Proprio questo timore, del resto, acuito dalla contezza delle drammatiche conseguenze di un conflitto interetnico rese attuali dagli eventi della contestuale disgregazione jugoslava, aveva indotto l'OCSE ad avviare un attento monitoraggio della situazione nelle Repubbliche Baltiche<sup>86</sup>.

Rispetto al rapporto tra accesso alla cittadinanza delle minoranze e processo di *State-building*, gli interventi legislativi degli Anni Novanta evidenziarono, rispetto al periodo immediatamente successivo alla riconquistata indipendenza, la lenta acquisizione di consapevolezza da parte del legislatore lettone dell'importanza di misure di segno inclusivo. Trattavasi, indubbiamente, di un

---

<sup>83</sup> La scelta compiuta dal legislatore lettone con le norme censurate – considerato che il nucleo essenziale della cittadinanza deve individuarsi proprio nel divieto per lo Stato di allontanare un cittadino impedendogli il reingresso (G.U. Rescigno, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 41) – conferma quanto ancora fosse radicato l'atteggiamento di sospetto nei confronti di chi, benché naturalizzato, avesse origine non lettone. Sulla decisione cfr. K. Krūma, *Country Report: Latvia (Revised and updated February 2013)*, EUDO Citizenship Observatory, 2013, 9, A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di "giustizia post-autoritaria"*, Milano, 2012, 356, e, da una diversa prospettiva, O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, Milano, 2010, 242-243, che la considera quale esempio di interpretazione "sincronizzante", da parte di un giudice costituzionale, del dettato costituzionale (in questo caso l'art. 98 Cost. Lettonia) e delle disposizioni della CEDU in tema di libera circolazione e divieto di espulsione dei cittadini (artt. 2 e 3 del IV Protocollo ad essa aggiunto) come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

<sup>84</sup> Tra questi, rileva ricordare, incidentalmente rispetto al tema della cittadinanza, la modifica della legislazione elettorale con riferimento alla titolarità di adeguate competenze linguistiche nella lingua ufficiale. Sul tema esercitò un notevole influsso la decisione ECHR, *Podkolzina v. Latvia*, 46726/99, 9.4.2002, la quale affermò l'illegittimità dell'esclusione dalla candidatura alle elezioni politiche di una cittadina lettone che, pur avendo conseguito le certificazioni linguistiche richieste, era poi stata cancellata dalle liste elettorali in ragione di un'asserita insufficienza di queste competenze sulla base di una successiva valutazione dell'Ispettorato linguistico (cfr. F. Hoffmeister, *Comment to Podkolzina v. Latvia*, in *Am. J. Int'l L.*, n. 3, 2003, 664 ss.; rispetto alla giurisprudenza interna e della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla subordinazione dei diritti elettorali dei cittadini alla conoscenza della lingua lettone cfr. altresì G. Poggeschi, *Language Rights and Duties in Domestic and European Courts*, in *J. Eur. Integration*, vol. 25, n. 3, 2003, 211-214). In coerenza con questa decisione (e con le contestuali pressioni dell'OSCE), nel maggio 2002, fu eliminata dalle condizioni richieste per la presentazione delle candidature la dimostrazione della soddisfazione di determinati requisiti linguistici, in questo modo facilitando la partecipazione alla vita politica anche dei cittadini lettoni russofoni.

<sup>85</sup> Cfr., sul punto, A. Kučs, *Protection of Fundamental Rights*, cit., 59-60.

<sup>86</sup> Cfr. R. Zaagman, *Conflict Prevention in the Baltic States: The OCSE High Commissioner on National Minorities in Estonia, Latvia and Lithuania*, ECMI Monograph 1, Flensburg, 1999, 15 ss.

risultato apprezzabile, dal quale, tuttavia, piuttosto che un'autentica interiorizzazione del valore dell'inclusione sociale, traspariva l'obiettivo di conseguire la piena legittimazione internazionale come Paese democratico e, soprattutto, di coronare un definitivo percorso di "occidentalizzazione". Dietro a scelte apparentemente inclusive (o, quanto meno, compromissorie), dunque, ardeva l'obiettivo – di stampo nazionalistico – di emancipare la Repubblica da ogni legame col passato e di prendere le distanze da un "vicino" ancora percepito come ingombrante, e ciò anche se il "prezzo" da pagare era qualche concessione a chi del recente passato continuava ad essere con la sua stessa presenza una scomoda memoria.

#### **4. L'ingresso della Lettonia nella UE ed i suoi riflessi sull'iniziale atteggiamento escludente del legislatore lettone: verso un approccio civico al tema dello *status civitatis*?**

A fronte del richiamato sostanziale riconoscimento del principio di continuità, la condizione delle minoranze (e, in particolare, di quella russofona, soprattutto nell'ottica di mantenimento di buone relazioni con la Potenza russa) ispirò, sin dal momento della ritrovata indipendenza, l'azione della CEE. Già nel giugno del 1991, in occasione del Consiglio europeo di Lussemburgo, si individuò nella tutela dei diritti (anche) delle minoranze la condizione necessaria per l'avvio di futuri accordi di collaborazione con le Repubbliche baltiche, impegno che fu poi formalizzato l'anno successivo dall'«Accordo sul commercio e sulla cooperazione» (TCA) tra la Comunità e la Lettonia<sup>87</sup>.

L'impulso più importante alla promozione della condizione delle minoranze fu però assicurato dalla scelta, proclamata nelle Conclusioni del Consiglio europeo di Copenaghen del giugno 1993, di subordinare l'avvio delle trattative per l'ingresso di nuovi Paesi alla soddisfazione di determinati criteri politici ed economici, tra i quali la promozione delle minoranze. Il tema fu dunque centrale, anche nel caso della Lettonia, nel corso delle trattative, ispirate dai requisiti dell'«Agenda 2000», presentata dalla Commissione già nel luglio 1997. Proprio le pressioni delle Istituzioni europee per la semplificazione dei procedimenti di naturalizzazione contribuirono, contestualmente a quelle delle altre organizzazioni sovranazionali, alle richiamate modifiche del 1998 alla «Legge sulla cittadinanza»<sup>88</sup>. Fallito poi il tentativo di rientrare tra il primo gruppo di Paesi con

<sup>87</sup> Sull'inclusione nell'Accordo di un espresso riferimento ai diritti umani e, tra questi, quelli in tema di minoranze, cfr. E. Tucny, *L'élargissement de l'Union européenne aux Pays d'Europe centrale et orientale. La conditionalité politique*, Paris, 2000, 104-105, secondo cui la scelta in esame sarebbe stata compiuta proprio in ragione dell'urgenza di tutelare la minoranza russofona della Lettonia. In senso difforme cfr., però, P. Van Elsuwege, *Russian-speaking minorities*, cit., 6-7, secondo il quale, pur assumendo questa clausola rilevanza con riferimento al contesto baltico, contenuti di analogo tenore vennero inclusi anche in accordi di eguale tenore sottoscritti con altri Paesi terzi.

<sup>88</sup> Su questo influsso cfr. H.M. Morris, *EU Enlargement*, cit., 18 ss., e D.J. Galbreath, *Nation Building and Minority Politics*, cit., 177, che ricorda la tesi espressa dal Ministro degli Esteri Valdis Birkavš sulla funzionalità della riforma ad evitare la creazione di due comunità statali sul territorio lettone e a dare avvio alle trattative di adesione alla UE.

i quali perfezionare le trattative, anche per l'ancora insufficiente conformità agli standard europei della condizione riservata ai non-cittadini<sup>89</sup>, la Lettonia adottò, nel 2001, il *Programma sull'integrazione della società in Lettonia* – recante misure per l'integrazione sociale dei Russofoni, soprattutto attraverso l'acquisizione della lingua ufficiale<sup>90</sup>–, il cui seguito contribuì in modo determinante all'ingresso nella UE a far data dall'1 maggio 2004<sup>91</sup>.

Nonostante l'importanza del contributo della *EU conditionality* alla realizzazione di politiche inclusive in tema di cittadinanza sia oggi condiviso, negli ultimi anni si è comunque dibattuto sull'intensità di questa incidenza. A fronte di chi ha enfatizzato questo nesso eziologico<sup>92</sup>, da parte di altri è stato affermato come il monitoraggio della UE sul raggiungimento dei criteri di Copenaghen sia stato a volte superficiale, limitato all'accertamento della formale adozione di misure per il conseguimento di determinati obiettivi senza tuttavia una più attenta verifica della loro effettività<sup>93</sup>.

L'adesione alla UE della Lettonia ha poi attenuato la pressione esercitata sul Paese<sup>94</sup>. Da ciò è disceso non solo un minore impegno finanziario e politico a favore dell'integrazione dei non-Lettoni<sup>95</sup>, ma anche, sul piano della cittadinanza, l'ulteriore contrazione del numero delle naturalizzazioni<sup>96</sup>, tanto che, a fine 2012, i non-cittadini costituivano ancora il 14% della popolazione della Repubblica<sup>97</sup>.

---

<sup>89</sup> Sull'incidenza negativa di questo limite, M. Kneuer, *Die baltischen Staaten und ihr Weg in die EU*, in M. Knodt, S. Urdze (Hrsg.), *Die politischen Systeme*, cit., 122-123.

<sup>90</sup> Sul cit. *Programma*, K. Krūma, *Latvian Integration Policy: Lost in Translation*, in R. Van Oers, E. Ersbøll, D. Kostakopoulou (Eds.), *A Re-definition of Belonging? Language and Integration Tests in Europe*, Leiden-Boston, 2010, 248-249.

<sup>91</sup> Sulle tappe del processo d'integrazione nella UE, M. van den Broek (ed Altri), *Latvia and the European Union*, Amsterdam, 2012, 107 ss.; sul percorso costituzionale di adesione, altresì, A. Di Gregorio, *Riforme costituzionali e integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, 2085-2086.

<sup>92</sup> N. Gelazis, *The European Union and the Statelessness Problem in the Baltic States*, in *Eur. J. of Migration and Law*, vol. 6, n. 3, 2004, 238-240.

<sup>93</sup> G. Sasse, *EU conditionality and Minority Rights: Translating the Copenaghen Criterion into Policy*, EUI Working Papers RSCAS, n. 2005/16, 8-9. Secondo J. Hughes, 'Exit' in *Deeply Divided Societies: Regimes of Discrimination in Estonia and Latvia and the Potential for Russophone Migration*, in *J. of Common Market Studies*, vol. 43, n. 4, 2005, 746, «The EU Regular 'Progress' Reports reflected a kind of cat-and-mouse battle between the Estonian and Latvian governments, on the one hand, who were determined to minimise concessions on their nationalizing projects, and the Commission, on the other hand, which wanted the modifications set out by the OSCE Missions and HCNM».

<sup>94</sup> Su questa conseguenza, già H.M. Morris, *EU Enlargement*, cit., 32, ed A. Lottmann, *No Direction Home: Nationalism and Statelessness in the Baltics*, in *Texas Int'l L.J.*, n. 43, 2008, 520-521.

<sup>95</sup> C.-Y. Matthes, *Latvia*, in G. Heydemann, K. Vodička (Eds.), *From Eastern Bloc to European Union. Comparative Processes of Transformation since 1990*, New York-Oxford, 2017, 48.

<sup>96</sup> Su questo rilievo, poco dopo l'ingresso della Lettonia nella UE, P. Van Elsuwege, *The Impact of EU Enlargement on the Triangular Relationship between the EU, Russia and Baltic States*, paper presentato al Convegno «European Union Enlargement of 2004 and beyond: Responding to the Political, Legal and Socio-Economic Challenges», University of Latvia, Riga, 20-22 Aprile 2006, 3; sui dati delle naturalizzazioni v. anche, *infra*, nota 124.

<sup>97</sup> Sul processo di naturalizzazione nel periodo 1995-2012, K. Krūma, *Country Report*, cit., 22-24.

Soprattutto, sul piano dei diritti, gli strumenti preposti da parte dell'ordinamento europeo per la relativa tutela non hanno dato seguito alle aspettative iniziali. In risposta alle petizioni presentate al Parlamento europeo da Russofoni che lamentavano la discriminatoria esclusione dalla cittadinanza<sup>98</sup>, l'organo elettivo ha infatti costantemente riconosciuto la propria incompetenza: rientrando la disciplina *de qua* nella competenza degli Stati membri, il relativo carattere restrittivo nell'accesso allo *status civitatis* è stato considerato inidoneo a porsi in contrasto con il diritto comunitario<sup>99</sup>. Se, poi, l'estensione della cittadinanza europea ha ulteriormente inciso sulla condizione dei non-cittadini – in termini a volte favorevoli<sup>100</sup>, ma, a volte, anche differenzianti la relativa condizione rispetto a quella dei cittadini lettoni<sup>101</sup> –, ciò ha altresì dato seguito ad alcune contraddizioni: tra queste, la possibilità per un cittadino UE da poco residente in Lettonia di esercitare i propri diritti elettorali (per le elezioni amministrative e quelle europee), a fronte della ferma preclusione di un'analogha possibilità per soggetti nati e cresciuti nel Paese ed ivi a loro volta stabilmente residenti ma, appunto, in quanto privi del pieno *status* di cittadini, esclusi dai diritti elettorali<sup>102</sup>.

Dopo il 2004, dunque, contrariamente alle attese iniziali, la questione dell'accesso alla cittadinanza è rimasta aperta, spingendo alcuni, ancora di recente, a ritenere la relativa disciplina finanche più discriminatoria di quella in materia linguistica<sup>103</sup>. La persistenza del problema resta condizionata, più che dall'attenuazione delle pressioni internazionali, dall'insuperato timore, per lo meno di una parte della società, che la sola presenza di non-Lettoni possa di per sé ancora costituire una minaccia alla ritrovata indipendenza, e ciò nonostante le

---

<sup>98</sup> Tra le altre, v. Parlamento europeo (Commissione per le petizioni), Petizione n. 342/2005, risposta del 3.3.2006.

<sup>99</sup> Sulle petizioni proposte dai Russofoni cfr. E.A. Ferioli, *La cittadinanza "oltre" lo Stato. Interferenze internazionali e sovranazionali nell'acquisto e conservazione della cittadinanza statale*, in *Rivista Aic*, n. 1, 2017, 19-20, nota 59, che ricorda come nelle risposte si dia atto della possibilità, per coloro che ritengono violati i propri diritti fondamentali, di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo una volta esperite le vie di ricorso interne.

<sup>100</sup> F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 130, ricordano l'equiparazione, da parte della UE, dei non-cittadini residenti permanenti di Lettonia ed Estonia ai cittadini UE ai fini della libertà di circolazione, a cui ha fatto seguito, nei due Paesi, il drastico calo del numero di domande per l'accesso alla cittadinanza.

<sup>101</sup> F. Forni, *Cittadinanza dell'Unione europea e condizione delle minoranze negli Stati membri*, in *Il Diritto dell'UE*, n. 4, 2010, 857 ss., ricorda, in particolare, la questione della protezione diplomatica. Nonostante l'ordinamento lettone, ai fini della protezione all'estero, equipari ai cittadini i non-cittadini titolari di passaporto, per questi ultimi tale diritto opera solo nei Paesi in cui sia presente la rete diplomatica e consolare lettone; altrove, invece, mentre i cittadini lettoni possono godere, ai sensi dell'art. 23 TFUE, della tutela accordata ai cittadini UE da parte di un altro Stato membro, i cit. «nepilsoni» potrebbero non ricevere un analogo trattamento, per lo meno ove il suddetto Stato eccepisse un formale rifiuto di assistenza nei confronti di chi, (anche) formalmente, resta un non-cittadino.

<sup>102</sup> Su questo rilievo, G.F. Passanante, *Lettonia, approvata la nuova legge sulla cittadinanza*, in *Europae. Rivista di affari europei*, 23.5.2013.

<sup>103</sup> G. Poggeschi, *I diritti linguistici*, cit., 108.

profonde trasformazioni socio-culturali che da quel momento hanno interessato anche la comunità russofona<sup>104</sup>.

Negli ultimi anni ha poi assunto un'inedita centralità il rischio del c.d. “declino etnico”, determinato dal più basso tasso di natalità d'Europa e dalla costante emigrazione di lavoratori verso altri Paesi della UE<sup>105</sup>, fenomeni che potrebbero ulteriormente incidere sul calo della popolazione residente, oggi di poco superiore ai due milioni di persone, e favorire, nei prossimi decenni, nuovi flussi immigratori da est, addirittura maggiori di quanto avvenuto in epoca sovietica<sup>106</sup>.

Il concorso di questi due timori – uno profondamente radicato nell'opinione pubblica lettone, l'altro di più recente emersione – hanno influenzato il dibattito sulle modifiche alla legislazione vigente<sup>107</sup>, animato dall'esigenza di contemperare pressioni formalmente inconciliabili, quali la definitiva integrazione dei Russofoni, da un lato, e, dall'altro, la valorizzazione dell'elemento etnico quale condizione per l'accesso alla cittadinanza<sup>108</sup>. Le ambiguità di questo confronto traspaiono chiaramente dalle posizioni assunte dalle diverse forze politiche nel momento della presentazione, nel 2010, del progetto di modifica della «Legge sulla cittadinanza»<sup>109</sup>. A fronte di movimenti dichiaratamente contrari ad ogni riforma inclusiva, quali il «*Zaļo un Zemnieku savienība*» («Unione dei Verdi e degli Agricoltori») <sup>110</sup> e, soprattutto, la «*Nacionālā apvienība 'Visu Latvijai' - 'Tēvzemej un Brīvībai'*» («Alleanza nazionale 'Tutto per la Lettonia'-'Patria e Libertà'») <sup>111</sup>, i

---

<sup>104</sup> Sottolinea l'incidenza di queste trasformazioni sociali O. Nørgaard (ed Altri), *The Baltic States*, cit., 204-205.

<sup>105</sup> Sul costante saldo migratorio negativo, I. Mežs, D. Akule, V. Polatside, *Migration and the Labour Markets in the European Union (2000-2009)*, Part. 1: Latvia, 2010, 179.

<sup>106</sup> I Lettoni “etnici” non raggiungono il 60% della popolazione e costituiscono una minoranza nei principali centri urbani, donde la fondatezza del timore che la componente nazionale lettone possa diventare una minoranza nel Paese.

<sup>107</sup> Sui contenuti del dibattito, già K. Krūma, *Checks and balances in Latvian nationality policies: National agendas and international frameworks*, in R. Bauböck, B. Perchinig, W. Sievers (Eds.), *Citizenship Policies in the New Europe*, Amsterdam, 2009, 80-82.

<sup>108</sup> La ricerca di un punto di equilibrio tra questi due obiettivi ben traspare dalle *Linee guida sull'identità nazionale, la società civile e le politiche d'integrazione 2012-2018*, Riga, 2012, 19.

<sup>109</sup> Sulle diverse posizioni assunte dai partiti politici lettone sui temi della coesistenza dei gruppi nazionali e dell'accesso alla cittadinanza cfr. T. Bogushevitch, A. Dimitrovs, *Elections in Latvia: status quo for minorities remains?*, in *J. of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 9, n. 1, 2010, 73-81.

<sup>110</sup> Il Partito aveva ottenuto, nelle elezioni del 2010, il 19,68% dei suffragi, corrispondenti a 22 dei 100 seggi della *Saiema*. Pur senza proporre alcuna azione programmatica nei confronti dei non-Lettoni, i relativi esponenti avevano indicato tra i propri obiettivi quello di «sradicare le conseguenze dell'occupazione sovietica».

<sup>111</sup> Il Partito – che aveva ottenuto, nel 2010, il 7,67% dei suffragi, corrispondenti ad 8 seggi – aveva concentrato il proprio programma sull'affermazione della lingua e dell'identità lettone, impegnandosi a riconoscere il diritto di ogni individuo di nazionalità lettone di accedere alla cittadinanza lettone e, al contempo, ad introdurre forti restrizioni alle naturalizzazioni e sanzioni nei confronti dei nuovi cittadini «rei di slealtà». Nel programma elettorale e, in particolare, nella Sezione «*Latviska Latvija*» («Lettonia lettone»), il Partito proponeva politiche per il rientro dei Lettoni “etnici” dall'estero, per l'allontanamento dei non-Lettoni «sleali» e l'incoraggiamento del rimpatrio dei Russofoni; altre proposte riguardavano il

principali partiti rappresentati nella *Saiema* hanno assunto posizioni meno radicali, cercando un difficile compromesso: ora minimizzando l'attualità della questione relativa ai Russofoni, ma, al contempo, auspicando la facilitazione nell'accesso alla cittadinanza dei Lettoni "etnici", come proposto da «*Vienotība*» («Unità»)<sup>112</sup>; ora suggerendo l'estensione dello *status civitatis* sulla base della residenza, ma in termini contestualmente funzionali alla trasmissione dell'identità lettone, come proposto da alcune forze centriste e progressiste, quali il «*Politisko partiju apvienība 'Saskaņas Centrs'*» («Concordia di Centro»)<sup>113</sup> ed il «*Partiju apvienība 'Par Labu Latviju'*» («Alleanza politica 'Per una buona Lettonia'»)<sup>114</sup>. Minoritarie, invece, sono rimaste le posizioni più inclusive, apertamente favorevoli all'estensione della cittadinanza sulla base dello *jus soli*, a prescindere da ogni altra condizione di natura etnica o linguistica, sostenute principalmente da forze extraparlamentari<sup>115</sup>.

È in questo contesto politico che deve inquadrarsi l'adozione, il 9 maggio 2013, delle «Modifiche» alla «Legge sulla cittadinanza» del 1994.

Questo intervento, ad una prima lettura<sup>116</sup>, costituisce una tappa essenziale nel processo di "normalizzazione" della delicata questione relativa all'accesso allo *status civitatis* e, rispetto alla prospettiva d'indagine iniziale, sembra confermare, ad oltre venti anni dalla riconquistata indipendenza, l'interiorizzazione del ruolo delle minoranze e dell'importanza dell'accesso dei relativi componenti alla condizione di cittadini per il buon esito del processo di *State-building*.

---

contrasto all'emigrazione e l'integrazione dei non-Lettoni in una società etnicamente lettone, da realizzare attraverso una vera e propria azione di "lettonizzazione".

<sup>112</sup> Il Partito aveva ottenuto, nel 2010, il 31,21% dei suffragi, corrispondenti a 33 seggi. I relativi esponenti, pur ribadendo la necessità di valorizzare la lingua e la cultura lettone, avevano riconosciuto il ruolo delle minoranze presenti nella Repubblica, individuate quali fattore di «arricchimento» dello «spazio culturale lettone», formalizzando altresì un'apertura nei confronti di chiunque manifestasse la volontà di integrarsi nella società lettone. Sul piano dell'accesso alla cittadinanza, tuttavia, il Partito aveva ribadito una posizione di sostanziale chiusura: stante l'asserita relativa semplicità dei procedimenti di naturalizzazione, si negava infatti ogni necessità di emendare la legislazione vigente a favore dei residenti non-lettoni "etnici", ribadendo, però, al contempo, il diritto per ogni Lettone "etnico", altrove emigrato e, comunque, privo dello *status*, di accedere alla cittadinanza nazionale, anche ammettendo il mantenimento della doppia cittadinanza per i soggetti già cittadini di altri Stati della UE o appartenenti alla NATO.

<sup>113</sup> Il Partito – che aveva ottenuto, nel 2010, il 26,03% dei suffragi, corrispondenti a 29 seggi – aveva individuato nell'armonia e nella fiducia interetnica uno dei principali obiettivi. Pur qualificando come responsabilità di tutti i residenti la conservazione e la trasmissione della lingua lettone, infatti, nel relativo programma si definiva come «valore» la presenza di chi, pur non-lettone, fosse nato o cresciuto nel Paese in epoca sovietica e si esplicitava come obiettivo non solo l'estensione del diritto di voto ad ogni residente permanente, ma anche quello dell'accesso automatico alla cittadinanza di ogni persona nata in Lettonia.

<sup>114</sup> Il Partito – che aveva ottenuto, nel 2010, il 7,65% dei suffragi, corrispondenti a 8 seggi –, muovendo dalla pragmatica esigenza di assicurare la continuità del popolo lettone, proponeva, in applicazione dello *jus soli*, il riconoscimento automatico della cittadinanza ad ogni non-cittadino nato nel Paese.

<sup>115</sup> Non riuscirono a far eleggere deputati né la lista «*Par cilvēka tiesībām vienotā Latvijā*» («Per i diritti umani in una Lettonia unita»), né la lista «*Ražots Latvijā*» («Made in Lettonia»), né il «*Pedeja partija*» («Ultimo Partito»), tutti proponenti un progetto inclusivo, volto a superare l'esclusione su base etnica ed a consolidare la coesione sociale.

<sup>116</sup> Per una più approfondita lettura v., peraltro, *infra*, Par. successivo.

Le «Modifiche», innanzi tutto, hanno stabilito il diritto all'acquisto della cittadinanza lettone, indipendentemente dal luogo di nascita, per il minore di cui almeno un genitore sia cittadino lettone (nuovo art. 2, c. 1, p.to 2) e, intervenendo sull'art. 3, p.to 1, hanno previsto il conseguimento automatico della cittadinanza a favore dei minori nati in Lettonia dopo il 21 agosto 1991 da apolidi o non-cittadini residenti permanenti, ammettendo che la richiesta di registrazione come cittadino possa essere presentata anche da un solo genitore o direttamente dall'interessato, se di età compresa tra i 15 ed i 18 anni, qualora dimostri la conoscenza della lingua ufficiale. Il testo, inoltre, ha provveduto alla semplificazione del procedimento di naturalizzazione (ad esempio, in base al novellato art. 21, esonerando del tutto dai test linguistici quanti abbiano conseguito determinati titoli scolastici), il che potrebbe favorire sia coloro che in passato non erano stati in grado di superare le prove d'esame sia coloro che, per le oggettive difficoltà delle stesse, si erano *tout court* astenuti dal parteciparvi<sup>117</sup>.

Con riferimento al mantenimento dell'identità lettone, invece, il legislatore è intervenuto attraverso un'inedita disciplina della doppia cittadinanza.

Questa eventualità, inizialmente, fu esclusa dalla cit. *Risoluzione* del 15 ottobre 1991 e, poi, dalla «Legge sulla cittadinanza» del 1994, che, all'art. 9, c. 1, conteneva un formale divieto in tal senso per gli individui già titolari di passaporto lettone.

Questa opzione di fondo, inizialmente coerente con l'obiettivo di consolidare la sopraggiunta sovranità statale, ma anche con l'affermazione di un vincolo *jure sanguinis* tra gli appartenenti alla Nazione lettone e la Repubblica di Lettonia, non impediva, però, in assoluto, la titolarità della doppia cittadinanza. Non senza qualche ambiguità, infatti, benché l'art. 24, c. 1, p.to 1, affermasse la revoca della cittadinanza da parte dell'Autorità giudiziaria per coloro che avessero acquistato quella di un altro Stato senza rinunciare a quella lettone, l'art. 9, c. 2, della «Legge sulla cittadinanza» già disponeva che qualora altri Stati avessero considerato come propri cittadini individui di cittadinanza lettone, costoro dovessero comunque considerarsi, nei propri rapporti con le Autorità statali, come titolari della sola cittadinanza lettone, ammettendo dunque, in astratto, la titolarità di un altro *status civitatis*<sup>118</sup>.

La doppia cittadinanza, inoltre, fu ammessa incidentalmente dalla I Disposizione transitoria della Legge del 1994 per i cittadini lettoni (ed i loro discendenti) che nel periodo tra il 17 giugno 1940 ed il 4 maggio 1990 avessero lasciato il Paese (come rifugiati, per sottrarsi alle persecuzioni dei regimi di occupazione tedesco e sovietico, o come deportati) senza possibilità di farvi ritorno ed avessero nel frattempo ottenuto la naturalizzazione da parte di uno Stato terzo.

---

<sup>117</sup> Come rilevato da I. Ijabs, *After the Referendum*, cit., 308, a fronte di un atteggiamento inclusivo nei confronti dei nati in Lettonia da non-cittadini, le «Modifiche» hanno introdotto una disciplina meno favorevole per la naturalizzazione degli adulti, sia limitando la tutela giurisdizionale in caso di diniego della domanda, sia negandone la possibilità di accoglimento per coloro che, «con il loro comportamento o con le loro azioni, abbiano arrecato pericolo alla sicurezza dello Stato e della società, all'ordine costituzionale, all'indipendenza ed all'integrità territoriale dello Stato [...]» (art. 11, c. 1, p.to 1).

<sup>118</sup> Cfr. I. Ziemele, *State Continuity and Nationality*, cit., 155 e 166.

Costoro, entro il 1 luglio 1995, furono legittimati ad iscriversi nel Registro dei cittadini senza dover rinunciare al proprio *status* nei confronti del Paese d'emigrazione, ma soltanto una piccola parte degli aventi diritto (poco più di trentamila individui) riuscì nel relativo esercizio<sup>119</sup>.

Rispetto a questo *status*, la riforma del 2013, accogliendo le pressioni esercitate dalle influenti associazioni della “diaspora”, ne ha ampliato i potenziali titolari. Il nuovo art. 2, c. 1, p.to 3, della Legge, innanzi tutto, ha riconosciuto il diritto di cittadinanza ad ogni lettone stabilmente residente all'estero il quale documenti che un proprio ascendente abbia vissuto nel territorio dell'attuale Lettonia tra il 1881 e il 1940 e dimostri la conoscenza della lingua lettone. Un analogo diritto è stato poi accordato agli esiliati ed ai deportati (ed ai loro discendenti) durante il periodo di occupazione tedesco e sovietico, qualora costoro non abbiano ancora fatto ritorno in Lettonia come residenti permanenti (art. 8, c. 1). In entrambi i casi, all'interessato è stato riconosciuto il diritto di accedere alla cittadinanza lettone senza dovere rinunciare a quella del Paese d'emigrazione nel frattempo acquisita (v. art. 8, c. 3, e 9, c. 3). Le «Modifiche» hanno inoltre ammesso l'accesso alla doppia cittadinanza degli emigrati all'estero di epoca più recente. Il nuovo art. 9, c. 1, ha infatti stabilito che possano mantenere la cittadinanza d'origine i Lettoni che abbiano acquisito quella di uno Stato membro della UE, dell'EFTA, della NATO, o quella brasiliana, australiana o neozelandese o, ancora, quella di un Paese con il quale la Lettonia abbia concluso un accordo internazionale.

Diverso, invece, è stato l'atteggiamento tenuto nei confronti di altri Paesi, tra i quali la Russia<sup>120</sup>. Le «Modifiche», innanzi tutto, hanno espressamente escluso la possibilità di conseguire un'altra cittadinanza per i naturalizzati (art. 9, c. 4), precludendo dunque ai Russofoni divenuti cittadini lettoni il mantenimento o il riacquisto della cittadinanza russa. Quest'ultima possibilità, peraltro, è stata preclusa anche a chi sia già cittadino lettone dalla nascita e, dunque, ai Russofoni già cittadini *de jure* (perché discendenti di soggetti già tali prima dell'occupazione sovietica), ai discendenti di naturalizzati e, finanche, ai Lettoni “etnici” eventualmente trasferitisi in Paesi non considerati dall'art. 9, c. 1, tra i quali non vi è – ovviamente – alcuna Repubblica ex sovietica. Formalmente giustificata

---

<sup>119</sup> Questa disposizione sollevò riserve sul piano della legittimità, in ragione dell'asserita lesione del principio di continuità accolto dalla Costituzione e dalla *Dichiarazione d'indipendenza*. Investita della questione, la Corte costituzionale aveva peraltro escluso il fondamento di ogni censura, riconoscendo, da un lato, la possibilità di ammettere la doppia cittadinanza per gli individui emigrati durante l'occupazione e, dall'altro, la legittimità dell'obbligo di registrazione e della fissazione di un termine per il mantenimento (anche) del proprio *status* d'origine (sent. 13-5-2010, caso n. 2009-94-01). Nella stessa decisione, tuttavia, il Giudice di costituzionalità aveva altresì sottolineato la natura politica di ogni scelta in materia, rimettendo al legislatore ogni valutazione sull'ammissibilità della doppia cittadinanza e sull'introduzione di un termine entro il quale gli aventi diritto avrebbero potuto chiedere la registrazione come cittadini lettoni. Cenni sulla decisione in K. Krūma, *Country Report*, cit., 11-12.

<sup>120</sup> Sui timori derivanti dall'eventuale accesso alla doppia cittadinanza da parte di cittadini lettoni russofoni, potenzialmente suscettibile di ricadute conflittuali nei rapporti bilaterali con la Russia, già P.J. Spiro, *Dual Citizenship as Human Right*, in *Int. J. Constitutional Law*, n. 8, 2010, 111 ss., Par. 2.1.

dall'esigenza di privilegiare i rapporti con Paesi alleati sul piano politico e militare, questa scelta ha sollevato riserve in punto di legittimità<sup>121</sup> e, certamente, non contribuisce all'instaurazione di migliori relazioni diplomatiche con i Paesi di provenienza degli immigrati giunti in Lettonia dopo il 1940.

### **5. Accesso alla cittadinanza degli appartenenti a minoranze e sostegno della coesione sociale in Lettonia: spunti conclusivi**

Nonostante l'indubbio contributo della *EU conditionality* alla realizzazione di un rapido processo di trasformazione democratica del Paese, alla piena coesione sociale si frappongono talune criticità, legate alla ancora insufficiente interiorizzazione delle minoranze quali componenti strutturali della società lettone.

Questa tensione, di recente emersa anche su altre questioni – quali la qualificazione costituzionale del russo come seconda lingua ufficiale<sup>122</sup> o, ancora, la riscrittura del Preambolo della Costituzione del 1922<sup>123</sup> –, è ben dimostrata dalla legislazione sulla cittadinanza. Essa, sin dal momento della riconquistata indipendenza, è stata in costante tensione tra slanci inclusivi – variamente dettati, come si è visto, dalle pressioni internazionali – e involuzioni nazionalistiche, perseguite attraverso il costante tentativo di ostacolare ogni processo riformatore, attraverso ora lo strumento legislativo (numerose sono state, nel corso degli anni, le proposte tese a reintrodurre la rigida applicazione dello *jus sanguinis*) ora il consolidamento di prassi incidenti in modo variamente restrittivo sulla naturalizzazione.

Anche l'ultimo intervento normativo, quello del 2013, conferma appieno questa tensione. A fronte di misure eterogenee e di un'apparente finalità inclusiva perseguita intervenendo sul procedimento di naturalizzazione<sup>124</sup>, il principale

<sup>121</sup> Criticamente su questa scelta, M. Elósegui Itxaso, *La legislación sobre la adquisición de la nacionalidad en Letonia: evolución y última reformas*, in *Rev. vasca adm. públ.*, n. 106, 2016, 53.

<sup>122</sup> Sul tema, il 18 febbraio 2012, si è tenuto un apposito referendum, con il quale circa il 75% dei votanti (pari ad oltre il 71% degli elettori) si è espresso negativamente sull'introduzione in Costituzione del russo come seconda lingua ufficiale (su questo voto cfr. I. Druviete, U. Ozolins, *The Latvian referendum on Russian as a second state language, February 2012*, in *Language Problems & Language Planning*, vol. 40, n. 2, 2016, 121 ss.). Nonostante l'esito scontato della consultazione (anche in ragione dell'ancora elevato numero di Russofoni privi, in quanto non cittadini, del diritto di voto), la stessa ha rinfocolato lo scontro politico, alimentando una tensione sul tema dell'identità che, ritenuta da più parti sopita, evidentemente tale ancora non è.

<sup>123</sup> La *Saiema*, il 19 giugno 2014, ha approvato il nuovo Preambolo della Costituzione, che individua il fondamento dello «Stato di Lettonia» nella «ferma volontà della Nazione lettone di avere un proprio Stato» e nel «suo inalienabile diritto all'auto-determinazione, per garantire l'esistenza e lo sviluppo della Nazione lettone, della sua lingua e della sua cultura attraverso i secoli, per assicurare la libertà e promuovere il benessere del Popolo di Lettonia e di ogni individuo». Sul testo, che si conforma ai parametri della «democrazia etnica», M. Elósegui Itxaso, *La legislación sobre la adquisición de la nacionalidad en Letonia*, cit., 57-58, ed I. Ijabs, *After the Referendum*, cit., 299-302.

<sup>124</sup> Si è sopra ricordato, tuttavia, come, a fronte della semplificazione dell'accesso alla cittadinanza per i nati in Lettonia, per il procedimento di naturalizzazione degli adulti siano state introdotte misure ambigue, quali l'esclusione di nuove categorie di soggetti,

obiettivo del legislatore, che traspare anche sul piano terminologico<sup>125</sup>, sembra essere stato la tutela dell'identità lettone in senso etnico, da realizzare attraverso la promozione dei rapporti con la Nazione d'appartenenza degli emigrati, come detto, sia riconoscendo agli espatriati dell'epoca bellica e sovietica il diritto di iscriversi nel Registro dei cittadini sia legittimando i nuovi emigrati ad acquistare la cittadinanza dell'attuale Paese di residenza senza perdere quella d'origine. E se la formalizzazione del diritto allo *status civitatis* nei confronti dei primi assume un significato soprattutto emotivo<sup>126</sup>, nei confronti dei secondi assolve invece ad una finalità strategica, ovvero a favorire un flusso migratorio "di ritorno", utile alle esigenze dell'economia lettone ed al contenimento, per la relativa soddisfazione, dell'arrivo di immigrati stranieri<sup>127</sup>.

Da una prospettiva in parte nuova, dunque, anche le cit. «Modifiche» confermano il permanente atteggiamento nazionalistico del legislatore lettone, che, pur intervenendo sullo *jus soli*, ma sempre in termini cauti, continua ad ispirare le proprie scelte alla massima valorizzazione dello *jus sanguinis*<sup>128</sup>. Questo approccio, forse comprensibile al momento dell'indipendenza, ha nel tempo evidenziato i suoi riflessi problematici e, sul piano giuridico, comincia a mostrare tutte le sue criticità. Se il principio di continuità ha un suo indubbio fondamento, la sua *vis* normativa è infatti destinata ad attenuarsi in ragione del decorso del tempo. Da un lato, la salda appartenenza della Lettonia alla UE (oltre che alla NATO) rende difficilmente sostenibile ogni atteggiamento discriminatorio fondato sul "pericolo" russo<sup>129</sup>; dall'altro, le seconde e terze generazioni di Russofoni, nati e cresciuti in Lettonia dopo la disgregazione sovietica ed ormai parte integrante della società lettone<sup>130</sup>, costituiscono la conseguenza di una

---

l'attenuazione delle garanzie giurisdizionali (v., *supra*, nota 117) o, ancora, l'esclusione dell'accesso alla doppia cittadinanza per i naturalizzati (v., *supra*, Par. 4). Non sorprende, dunque, come nell'ultimo periodo, il numero delle naturalizzazioni, rispetto al 2013, sia costantemente calato, attestandosi in ciascuno degli anni successivi al di sotto delle mille unità (v. i dati del Ministero dell'Interno lettone alla pagina <http://www.pmlp.gov.lv/en/home/statistics/naturalization.html>).

<sup>125</sup> Nel testo, per la prima volta, si utilizza l'espressione «*valsts nācija*», «Stato nazionale» (v. art. 1, c. 1, p. to 2, e 2, c. 1, p. to 3, lett. c), evidenziando dunque il ruolo della Nazione lettone quale fondamento dello Stato: sul significato di questo riferimento nella nuova disciplina sulla cittadinanza cfr. I. Ijabs, *After the Referendum*, cit., 307-308.

<sup>126</sup> Secondo M.D. Moritz, *The Value of your Ancestors: Gaining "Back-Door" Access to the European Union through Birthright Citizenship*, in *Duke J. Comp. & Int'l L.*, n. 26, 2015, 259, peraltro, le centinaia di richieste avanzate da discendenti di emigrati lettoni già nell'immediatezza delle «Modifiche» sarebbero state animate dal fine di beneficiare della libertà di movimento conseguente alla titolarità della cittadinanza di un Paese della UE.

<sup>127</sup> Come ricorda L. Panzeri, *Lettonia. Prime note sulle novità legislative in tema di cittadinanza*, in *DPCE online*, n. 3, 2013, 10, rispetto a questo obiettivo, l'efficacia di queste misure resta condizionata da alcune variabili, quale l'improbabile rientro di chi ha trovato altrove migliori condizioni di vita, la cui incertezza ha spinto taluno a suggerire interventi di altra natura, tra i quali misure sociali e fiscali a sostegno della natalità, finora mancate o inadeguate.

<sup>128</sup> Su questa "strategia etnica", J. Dobson, *Ethnic Discrimination in Latvia*, in C.C. O' Reilly (Ed.), *Language, Ethnicity and the State*, vol. 2, *Minority Languages in Eastern Europe post-1989*, Basingstoke-New York, 2001, 177-181.

<sup>129</sup> N. Gelazis, *The European Union and the Statelessness Problem*, cit., 242.

<sup>130</sup> Il processo d'integrazione sociale dei Russofoni, pur evidenziando alcune criticità, si è consolidato nel tempo, determinando l'insussistenza di rilevanti differenze socio-economiche

parentesi storica che, per quanto dolorosa, è incancellabile ma definitivamente consegnata al passato<sup>131</sup>. Il decorso del tempo permette dunque di richiamare anche per le minoranze russofone gli stessi argomenti che, in molti Paesi europei tenuti a confrontarsi con i flussi migratori, sono stati invocati a sostegno di scelte politiche di segno inclusivo, fondate sul rilievo per cui l'appartenenza non si possa più basare su vincoli soltanto nazionali o di carattere storico. Del resto, anche ove si volesse insistere sull'argomento storico – cioè l'esistenza di un legame territoriale risalente quale condizione per il riconoscimento di determinati diritti per le minoranze, a cominciare da quello alla cittadinanza<sup>132</sup>–, questo presupposto, a prescindere dalla sua intrinseca relatività<sup>133</sup>, è destinato a consolidarsi nel caso dei Russofoni, le cui nuove generazioni sono ormai del tutto emancipate da ogni legame col passato sovietico<sup>134</sup>.

Nonostante l'approccio intimamente conservatore che contraddistingue il legislatore lettone, l'esame che precede, nel suo complesso, conferma comunque la correttezza dell'assunto iniziale circa la funzionalità dell'accesso alla cittadinanza degli appartenenti delle minoranze alla piena coesione sociale. Le diverse fasi storiche dell'esperienza statale della Lettonia dimostrano, infatti, da un lato, come l'inclusione civica delle minoranze, favorendo la soddisfazione delle relative aspettative, possa rafforzarne il senso di appartenenza allo Stato e, dall'altro, per contro, come scelte di segno opposto possano ostacolare gravemente il processo di *State-building*.

Il caso della Lettonia, tuttavia, rende altresì evidente il rilievo sociologico per il quale al conseguimento dello *status* di cittadino non sempre faccia necessariamente seguito l'effettiva integrazione nella società di chi sia titolare di

---

tra gli appartenenti alle diverse comunità nazionali: cfr., su questa evoluzione, A. Aasland, *Citizenship status and social exclusion in Estonia and Latvia*, in *J. of Baltic Studies*, vol. 33, 2002, 57 ss., e, di recente, J. Rozenvalds, *Sustainable Nation and Integration of Society*, in B. Bela (Ed.), *Latvia. Human Development Report 2012-2013. Sustainable Nation*, Riga, 2014, 55 ss.

<sup>131</sup> Secondo F. Forni, *Cittadinanza dell'Unione europea*, cit., 854, «rappresenta un'illusione ritenere che una fase storica, anche se dolorosa per una nazione ed il suo popolo, possa scomparire come se essa non fosse mai avvenuta».

<sup>132</sup> Sulla mancanza di uno stabile legame con una porzione precisa di territorio e sull'incertezza delle prospettive di consolidamento di questo rapporto quali elementi caratterizzanti le “nuove” minoranze rispetto a quelle storiche cfr. G. de Vergottini, *Verso una nuova definizione del concetto di minoranza*, in *Reg. e gov. loc.*, 1995, 11.

<sup>133</sup> Come sostenuto da M. Cosulich, *Lingue straniere e lingue minoritarie nell'ordinamento repubblicano*, in *Quad. reg.*, 2012, 136, risulta «decisamente arduo individuare qualcosa di veramente originario *in temporalibus*». E. Cocco, *Ripensare l'autoctonia: l'Adriatico, i Balcani e l'identità di frontiera*, in G. Agresti, F. Rosati (a cura di), *Le droits linguistiques en Europe et ailleurs. Atti delle prime giornate dei Diritti linguistici*, Roma, 2008, 130-133, ha invece ricordato come l'autoctonia non esisterebbe in sé, giacché non ci sarebbe nulla di culturalmente originario o nativo.

<sup>134</sup> Cfr. già K. Mattusch, *Multiple Identitäten als Voraussetzung und Chance zur Integration ethnischer Minderheiten in Estland und Lettland*, in K.S. Rehberg (Hrsg.), *Differenz und Integration: die Zukunft moderner Gesellschaften. Verhandlungen des 28. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie*, Opladen, 1997, 383 ss.; sul tema, altresì, B. Zepa, I. Šūpule, *Ethnopolitical Tensions in Latvia: Factors Facilitating and Impeding Ethnic Accord*, in N. Muižnieks (Ed.), *Latvian-Russian Relations*, cit., 33 ss., e S. Osipova, *Geschichte, Rechtsgeschichte und nationale Identität in Lettland im 20. Und 21. Jahrhundert*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 2013, 454 ss.

questa condizione giuridica<sup>135</sup>, la quale si fonda (anche) su altri presupposti, di ordine non giuridico, non ancora compiutamente realizzatisi<sup>136</sup>. L'estensione della cittadinanza statale, finora condizionata da pressioni esterne ed animata non già da finalità inclusive ma dall'obiettivo di emanciparsi dal recente passato, pur costituendo un obiettivo importante<sup>137</sup>, non può dunque considerarsi una condizione di per sé sufficiente per evitare il perpetuarsi di derive polarizzanti<sup>138</sup>, essendo invece necessaria la maturazione di un atteggiamento autenticamente inclusivo da parte della maggioranza.

A tal fine, occorrono un impegno politico ed un investimento culturale di ampio respiro, che muovano non tanto dall'interrogarsi sul *chi sia* il cittadino quanto sul contenuto e la funzione di questo *status*<sup>139</sup>, soprattutto dalla prospettiva della tutela dei diritti umani. Ciò implica, oltre all'interiorizzazione dell'irreversibilità dei trascorsi storici, il rafforzamento di un coraggioso processo conciliativo che, già auspicato al momento della "seconda" indipendenza<sup>140</sup>, potrebbe favorire la continuità dell'"identità lettone", da intendere però secondo un'accezione non più etnica, ma civica ed inclusiva.

<sup>135</sup> E. Gargiulo, G. Tintori, *L'utilità di un approccio interdisciplinare allo studio della cittadinanza*, in *Mat. storia cult. giur.*, 2015, 503 ss., ricordano che «[1]a marginalità intesa in senso sociologico [...] costituisce una condizione differente rispetto alla marginalità intesa in senso giuridico: si può essere socialmente emarginati senza essere formalmente esclusi, e viceversa».

<sup>136</sup> Questa affermazione trova conferma nel senso di non-appartenenza espresso da molti Russofoni ed aggravato proprio dall'enfasi posta sull'assimilazione degli elementi identitari lettoni (lingua e cultura) quale condizione per l'accesso alla cittadinanza: cfr. N. Muižnieks, J. Rozenvalds, I. Birka, *Ethnicity and Social Cohesion in the Post-Soviet Baltic States*, in *Patterns of Prejudice*, vol. 47, 2013, 288 ss. Sul tema cfr. altresì K. Duvold, S. Berglund, *Democracy between Ethnos and Demos: Territorial Identification and Political Support in the Baltic States*, in *East European Politics, Societies and Cultures*, vol. 28, n. 2, 2014, 341 ss., secondo i quali «[e]ven Russian-speakers who hold [...] Latvian citizenship tend *not* to identify with the country of which they are citizens» (p. 361).

<sup>137</sup> ... che, nel contesto baltico, resta un obiettivo imprescindibile, come sottolineato da M. Stoiber, S. Urdze, *Beteiligungformen ethnischer Minderheiten und demokratische Qualität in den baltischen Staaten*, in M. Knodt, S. Urdze (Hrsg.), *Die politischen Systeme*, cit., 178-181.

<sup>138</sup> Sulla c.d. "polarizzazione di gruppo" quale «pericolo che le cerchia chiuse e impermeabili al diverso debordino verso l'estremismo, il conflitto e l'ostilità preconcepita», P. Veronesi, *Diritti costituzionali e multiculturalismo*, in *Dir. e soc.*, 2012, 28.

<sup>139</sup> Sull'esigenza d'interrogarsi, piuttosto che sul «chi sia» il cittadino, su quale sia la «funzione» della cittadinanza, E. Grosso, *Una cittadinanza funzionale. Ma a cosa? Considerazioni sull'acquisto della cittadinanza iure soli, a partire da una suggestione di Patricia Mindus*, in *Mat. storia cult. giur.*, 2015, 477-483.

<sup>140</sup> W.R. Brubaker, *Citizenship Struggles*, cit., 289; questo auspicio è stato ripreso, negli anni successivi, anche da R.M. Kalvaitis, *Citizenship and national Identity in the Baltic States*, in *Boston University Int'l L.J.*, n. 16, 1998, 270-271, secondo la quale «[t]he local Balts and Russian-speakers must realize that they have been bound together by fate, and recognize the concerns of the other "side" [...]» (p. 271).

## Il volto del regionalismo espresso nel Capitolo VIII della Carta delle Nazioni Unite secondo la prassi della UE

di Emanuela Pistoia

**Abstract:** *UN Charter Chapter VIII regionalism in the practice of the EU* – Given that the EU regularly contributes to international peace and security as a regional organization within the meaning of Chapter VIII of the United Nations Charter, the essay investigates in what manner it implements Articles 52, 53 and 54. The relevant practice shows that peaceful activities are usually coherent with the strategy carved by the UN Security Council, in accordance with three different patterns featuring a growing coordination between the EU and the UN: parallel alignment, coordination proper, invitation. Armed activities are usually authorized by the UN Security Council in accordance with Article 53, yet they turn out to better follow the alternative “utilization pattern” laid down therein. The inherent out-of-area character of EU actions aimed at protecting international peace and security is coherent with Chapter VIII but makes the role of the Union quite peculiar in legal terms.

**Keywords:** Chapter VIII of the United Nations Charter; Role of the European Union in the maintenance of international peace and security; Regional organizations; Peaceful activities; Armed operations.

107

---

### 1. L'Unione europea nel quadro del Capitolo VIII: una valutazione consolidata

Dalla sua istituzione a oggi, attraverso mutamenti del quadro giuridico dei Trattati che hanno eguali in pochi settori, la Politica estera e di sicurezza ha portato l'Unione europea a impegnarsi in una serie impressionante di missioni civili e militari in zone del mondo molto diverse tra loro sotto tutti i profili, oltre che ad attivarsi con strumenti diplomatici in modo altrettanto intenso. In questo contesto sarebbe veramente arduo negare che l'Unione sia oggi un attore fondamentale della sicurezza internazionale, nonostante la nota e persistente ritrosia degli Stati membri riguardo alla possibilità di sviluppare una politica *comune*. Del resto, la suddetta ritrosia non può impedire che le minacce alla sicurezza degli Stati europei siano in larga parte *comuni*, per l'appunto. Così, prendendo le mosse dallo sviluppo, negli ultimi anni, di minacce particolarmente gravi e senz'altro rilevanti per tutti gli Stati membri, nonché dalla c.d. *Brexit*, con le sue potenzialità destabilizzatrici anche dei rapporti politici esterni, l'Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza, Federica Mogherini, ha ritenuto prioritario elaborare un nuovo documento strategico dell'Unione, in sostituzione della “Strategia di sicurezza europea” del 2003. Il nuovo documento doveva esprimere una visione ampia sullo stato della sicurezza internazionale

dell'Unione e dei suoi Stati membri e delineare l'approccio delle istituzioni comuni alle relative problematiche. Intitolata "Visione condivisa, azione comune: un'Europa più forte", la nuova Strategia globale è stata resa nota a giugno 2016. A dispetto delle reticenze statali, il suo valore sta nella duplice circostanza che nessuno dei paesi membri dispone da solo delle risorse necessarie ad affrontare rischi dell'entità delineata e che gli Stati terzi, in particolar modo i partner commerciali dell'Unione, si aspettano da essa un ruolo di primo piano anche nella gestione della sicurezza internazionale.

Mentre l'Unione si affaccia anche nel settore della sicurezza internazionale a un futuro denso di sfide, sembra opportuno recuperare le immutate categorie tecniche desumibili dalla Carta delle Nazioni unite per riproporre e aggiornare la riflessione sull'inquadramento dell'Unione e delle sue attività in questo contesto. Una riflessione del genere non può che prendere le mosse dalla consolidata qualificazione dell'Unione quale organizzazione regionale ai sensi del Capitolo VIII della Carta. Tale qualificazione a sua volta si giustifica alla luce della nozione di organizzazione regionale prevalsa dopo la fine della guerra fredda, che è ampia e prescinde da elementi geografici<sup>1</sup>. Proprio per essere consolidata, la qualificazione dell'UE in tal senso può costituire il presupposto, non già l'oggetto, della riflessione da intraprendere, la quale potrà così senz'altro incentrarsi sulle eventuali specificità con cui l'Unione interpreta un ruolo comune in principio inquadrabile nel sistema Nazioni unite.

Una prima collocazione dell'allora Comunità europea (CE) nel Capitolo VIII risale all'*Agenda for Peace* del 1992, il ben noto rapporto del Segretario generale ONU Boutros-Ghali sul più efficace ruolo che le Nazioni unite si preparavano a svolgere finita la guerra fredda<sup>2</sup>. Tra i casi di «complementary efforts» tra ONU ed entità regionali che esemplificativamente sono nominati in quel documento nella parte dedicata alla cooperazione *ex* Capitolo VIII, vi è l'attività svolta dalla CE «in dealing with the crisis in the Balkans and neighbouring areas»<sup>3</sup>. Questo esplicito riferimento si accompagnava a

<sup>1</sup> Su tale nozione ampia si vedano, tra gli altri, U. Villani, *Il ruolo delle organizzazioni regionali per il mantenimento della pace nel sistema dell'ONU*, in *La Comunità internazionale*, 1998, 430 ss.; Id., *Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix*, in *Recueil des Cours*, tome 190, 2001, 271 ss; A. Abass, *Regional Organisations and the Development of Collective Security*, Oxford-Portland, 2004, 24-26; A. Tanzi, *Il ruolo delle organizzazioni regionali nel dibattito alle Nazioni unite*, in *Le organizzazioni regionali e il mantenimento della pace nella prassi di fine XX secolo*, a cura di F. Lattanzi e M. Spinedi, Napoli, 2004, 9-15; E. Kodjo (con H. Gherari), *Article 52*, in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, sous la direction de J.-P. Cot, A. Pellet, Paris, 2005<sup>3</sup>, 1371-1385; L. Boisson de Chazournes, *Les relations entre organisations régionales et organisations universelles*, in *Recueil des Cours*, tome 347, 2010, 102 ss; B. Conforti, C. Focarelli, *Le Nazioni Unite*, IX ed., Padova, 2012, 352; S. Marchisio, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni unite*, Bologna 2012<sup>2</sup>, 265; G. Cellamare, *Le attività di mantenimento della pace nei rapporti tra Nazioni unite e organizzazioni regionali (I parte)*, in *La Comunità internazionale*, 2013, 58-64.

<sup>2</sup> *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping*, UN Doc. A/47/277-S/24111, 17 June 1992.

<sup>3</sup> *An Agenda for Peace*, cit., par. 62. Per un'accurata valutazione della considerazione della CE nel quadro del Capitolo VIII ad opera dell'*Agenda for Peace*, alla luce della genesi delle sue disposizioni in materia, v. F. Martines, *Il ruolo dell'Unione europea nel mantenimento della pace e*

considerazioni sulla flessibilità della nozione di organizzazione regionale, in controtendenza rispetto alle numerosi voci che nella dottrina anteriore al 1991 avevano invece individuato precisi requisiti sul punto: tra le tipologie esemplificative di siffatta flessibilità l'*Agenda for Peace* citava «organizations for general regional development or for cooperation on a particular economic topic or function»<sup>4</sup>. All'epoca, infatti, il Trattato di Maastricht non era ancora entrato in vigore e l'integrazione europea faceva capo a comunità economiche prive di competenze statutarie nelle attività rientranti *ratione materiae* nel Capitolo VIII<sup>5</sup>. Quanto ad atti più recenti ma parimenti aventi respiro generale, va ricordata la menzione dedicata all'Unione europea nella risoluzione dell'Assemblea generale su *2005 World Summit Outcome*, per l'appunto nella parte relativa al contributo alla pace e alla sicurezza delle organizzazioni regionali, secondo il Capitolo VIII<sup>6</sup>.

In effetti, secondo l'art. 3 del Trattato sull'Unione europea (d'ora innanzi «TUE») quale modificato con la riforma di Lisbona del 2007, in termini generali l'Unione «si prefigge di promuovere la pace» (par. 1) e, nello specifico ambito delle sue relazioni esterne, di contribuire «alla pace, alla sicurezza, ... e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto della Carta delle Nazioni unite» (par. 5). Queste disposizioni trovano un riscontro preciso in ambedue i documenti strategici successivamente posti alla base della Politica estera e di sicurezza comune: la Strategia di sicurezza europea del 2003 e la Strategia globale *Visione condivisa, azione comune: un'Europa più forte*, di giugno 2016. La Strategia del 2003 fissava l'obiettivo strategico di contribuire ad affermare «(u)n ordine internazionale basato su un multilateralismo efficace», impegnando l'Unione a condurre le sue relazioni internazionali secondo la Carta delle Nazioni unite, specificamente secondo il principio della responsabilità principale del Consiglio di sicurezza nel mantenimento della pace<sup>7</sup>. In termini più pratici, il documento suddetto impegnava l'Unione a sostenere l'ONU, «che fornisce risposte alle minacce alla pace e alla sicurezza internazionali»<sup>8</sup>. La Strategia globale pubblicata nel 2016 è più sintetica ma forse più efficace: indica il multilateralismo, con «al centro le Nazioni unite», quale regola principale dell'ordine mondiale che l'Unione promuove<sup>9</sup>.

---

suo coordinamento con le Nazioni unite e la UEO, in *Le organizzazioni regionali e il mantenimento della pace nella prassi di fine XX secolo*, cit., 379 (nota 7).

<sup>4</sup> Par. 61.

<sup>5</sup> Si noti, peraltro, che i principali contributi apportati dalla CE alla soluzione pacifica del conflitto nella *ex*-Iugoslavia (la mediazione relativa alla firma dell'Accordo di Brioni del 7 luglio 1991, il quale affidava il controllo del cessate il fuoco alla *European Community Monitoring Mission* istituita a strettissimo giro, e la convocazione della Conferenza di pace nel settembre 1991, che fallì) sono in verità riconducibili ai suoi Stati membri operanti nel quadro della Cooperazione politica europea: sul punto F. Martines, *op. cit.*, 384-385.

<sup>6</sup> UN Doc. A/RES/60/1 del 24 ottobre 2005, par. 93(a).

<sup>7</sup> *A Secure Europe in a Better World. European Security Strategy*, pubblicata in italiano (con il titolo *Un'Europa sicura in un mondo migliore*) in *Bollettino UE* 12/2003, 12 dicembre 2003, 10.

<sup>8</sup> *Ivi*, 12.

<sup>9</sup> *Una strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea*, doc. del Consiglio dell'Unione europea n. 10715/16, Bruxelles, 28 giugno 2016, 13.

Se dunque dell'inquadramento dell'Unione nel Capitolo VIII va semplicemente preso atto, a questo riguardo la stessa presenta alcune peculiarità che di certo non sono proprie di molte altre organizzazioni. Di esse è bene tenere conto per poter verificare in sede conclusiva se il *modus operandi* dell'Unione in quest'ambito ne risenta, ed eventualmente in quale modo. La specificità resa evidente già dalle righe che precedono è la proiezione esclusivamente esterna del ruolo dell'Unione nel quadro del Capitolo VIII. Grazie infatti al metodo funzionalista che ha ispirato e tuttora anima il processo di integrazione europea, lo strumento con cui l'Unione persegue il mantenimento della pace *tra i suoi Stati membri* è l'instaurazione di rapporti economici, e via via anche di altra natura, talmente stretti da rendere poco conveniente e poco probabile il deterioramento delle loro relazioni: nulla di più aderente agli scopi delle Nazioni unite, ma certamente i rapporti in questione non sono oggetto della componente regionalista del sistema di sicurezza collettivo onusiano. Le attività dell'UE riconducibili a quest'ultimo rientrano interamente nella Politica estera e di sicurezza comune, che include la politica di difesa nel cui quadro si rende possibile l'invio di missioni militari: vale a dire, riguardano i soli rapporti tra l'Unione e gli Stati terzi. Non che ciò di per sé possa precludere l'inquadramento di tali attività nel Capitolo VIII della Carta<sup>10</sup>: con specifico riguardo a quelle implicanti l'uso della forza i dubbi sono esclusi, oltre che dall'interpretazione affermata in ambito ONU e ormai prevalente in letteratura<sup>11</sup>, anche dall'applicazione del *Capitolo VII* diffusasi dopo la fine della guerra fredda, in particolare dal fatto che le attività militari ivi previste sono autorizzate dal Consiglio di sicurezza, alla stessa stregua di quanto dispone l'art. 53, a beneficio di Stati anche operanti a mezzo di raggruppamenti regionali. Limitare le norme del Capitolo VIII alle attività svolte dalle entità regionali nell'ambito della loro base sociale significa dunque escludere dai maggiori vincoli di cui all'art. 54 proprio le più delicate tra le attività in questione<sup>12</sup>. Resta il fatto che, rispetto al *modus operandi* di altre entità regionali, questa dell'UE rappresenta una specificità; pertanto, essa va tenuta in conto nella valutazione del regionalismo di

<sup>10</sup> In verità, prima della svolta degli anni '90, la questione dell'inquadrabilità nel Capitolo VIII di entità regionali la cui attività era rivolta verso Stati terzi (ovvero della riconducibilità delle attività suddette rispettivamente all'art. 52 o all'art. 53) ha notoriamente diviso la dottrina. Non di rado il dibattito sul punto è stato monopolizzato dalla natura delle alleanze difensive, così da incentrarsi sui rapporti tra art. 51 e art. 53.

<sup>11</sup> Così, per tutti, G. Cellamare, *Le attività di mantenimento della pace, I parte*, cit., 63.

<sup>12</sup> Questo argomento ovviamente fonda la propria solidità sull'assunto che l'obbligo di informativa del Consiglio di sicurezza si applichi alle sole attività inquadrabili nel Capitolo VIII. Per la tesi secondo cui esso si applica anche alle operazioni (coercitive) autorizzate sulla base del Capitolo VII, G. Cellamare, *Le attività di mantenimento della pace nei rapporti tra Nazioni unite e organizzazioni regionali (II parte)*, in *La Comunità internazionale*, 2013, 243. È interessante notare che spesso il Consiglio di sicurezza riceve informative riguardo a queste ultime attività: Id., *Le attività di mantenimento della pace, I parte*, cit., 56. Del resto, in dottrina si è affermato l'orientamento per cui, allorché il Consiglio autorizzi, facendo riferimento al Capitolo VII e non al Capitolo VIII, operazioni militari ad opera di Stati attivatisi nel quadro di organizzazioni regionali, il Capitolo VIII può comunque essere la loro cornice giuridica (per l'impostazione contraria v. invece B. Conforti, C. Focarelli, *op. cit.*, 349). Adottando questo orientamento, l'informativa resa al Consiglio di sicurezza si giustifica senz'altro sulla base dell'art. 54.

cui l'Unione si fa attrice e interprete. Si aggiunga che gli stessi rapporti esterni dell'UE hanno in verità uno sviluppo assai più ampio e variegato dell'ambito di applicazione del Capitolo VIII. Sarebbe riduttivo e fuorviante giustificare l'intera proiezione esterna dell'Unione con lo scopo di stabilire e rafforzare relazioni pacifiche dei suoi membri con gli Stati terzi; è un fatto, però, che anche all'esterno l'Unione segue la logica dello sviluppo e del consolidamento della cooperazione economica e in altri settori per dare solide basi alle relazioni amichevoli tra gli Stati coinvolti e scongiurare i pericoli alla sicurezza dei propri membri<sup>13</sup>. Nella proiezione esterna l'Unione persegue inoltre valori che in ultima analisi attengono a una nozione ampia di pace e sicurezza internazionale e sono dunque omogenei e strumentali a quelli sottesi al sistema di sicurezza collettivo: si tratta dei valori enunciati nell'art. 2 del TUE. A ragione è stato notato che è soprattutto nei rapporti esterni esulanti dalla PESC che siffatti valori riescono a trovare affermazione: si pensi, sotto il profilo degli strumenti utilizzati, alla condizionalità<sup>14</sup>.

Tanto precisato, oggetto di questo scritto sono le sole attività rientranti *ratione materiae* nel Capitolo VIII, cioè a dire quelle direttamente ed espressamente volte alla soluzione pacifica delle controversie locali e quelle di natura coercitiva atte ad affrontare situazioni che si prestino ad un'azione regionale. Dopo una breve disamina di alcuni aspetti istituzionali necessari, sul piano metodologico, per impostare correttamente l'indagine, e, sotto il profilo dei contenuti, per completarla adeguatamente, l'analisi sarà condotta seguendo lo schema del Capitolo VIII: si tratterà cioè prima delle attività pacifiche e successivamente di quelle coercitive, esaminando per ciascuna tipologia i modi con cui l'UE si è rapportata con il sistema Nazioni unite.

## **2. L'Unione europea e le Nazioni unite: il quadro più ampio e la messa in opera del modello del coordinamento permanente.**

L'esame dell'Unione europea e delle sue attività alla luce del Capitolo VIII non può non fare i conti con una qualità dell'Unione che certamente non è propria di nessun'altra organizzazione: il fatto che essa sotto molti aspetti realizzi l'integrazione tra i suoi Stati membri e non sia semplicemente uno strumento per la loro cooperazione. Sotto il profilo organizzativo e, di conseguenza, della qualificazione secondo le forme giuridiche internazionali, l'Unione si colloca cioè agli antipodi rispetto ai *regional arrangements* pure compresi nell'ambito di applicazione del Capitolo VIII. Se però di questi si discute la qualificazione a norma dell'art. 52, par. 1, della Carta, essendoci divergenze circa la necessità del loro carattere non occasionale<sup>15</sup>, va registrato come un dibattito intorno alle

---

<sup>13</sup> N. Tocci, *Comparing the EU's Role in Neighbouring Conflicts*, in *Developments in EU External Relations Law*, ed. by M. Cremona, Oxford, 2008, spec. 218-220.

<sup>14</sup> Su questi aspetti cfr. da ultimo G. Fiengo, *Brevi note sulle "missioni" dell'Unione europea per la gestione di crisi internazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, 556-557.

<sup>15</sup> Per la tesi secondo cui, per poter rientrare nell'ambito di applicazione del Capitolo VIII, un accordo internazionale debba avere una certa durata, cioè a dire il sodalizio tra Stati di cui è espressione deve avere un certo grado di stabilità e non essere estemporaneo, Corte

caratteristiche delle *organizzazioni* regionali previste nella stessa disposizione sia assente. Nondimeno, il fatto che le attività dell'Unione finalizzate al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale siano espressione della *politica estera e di difesa* comune genera un certo disagio: sembra infatti che politicamente l'Unione possa tendere a proporsi come declinazione di un paradigma statale, piuttosto che come un'organizzazione internazionale<sup>16</sup>. Si tratta di una tendenza che si giova di precisi strumenti giuridici: gli Stati membri hanno l'obbligo di coordinarsi tra loro nelle organizzazioni di cui facciano parte e in questi ambiti devono difendere le posizioni dell'Unione (art. 34, par. 1, del TUE); gli Stati UE che sono anche membri del Consiglio di sicurezza devono concertarsi, tenere informati gli altri Stati membri e l'Alto rappresentante nonché difendere le posizioni e gli interessi dell'Unione (art. 34, par. 2); qualora l'Unione abbia definito una propria posizione riguardo ad una questione all'ordine del giorno del Consiglio di sicurezza, l'Alto rappresentante è invitato a presentare tale posizione in seno al Consiglio (art. 34, par. 2, ult. comma del TUE, unitamente agli articoli 31 e 32 della Carta e della *Rule 39* del regolamento di procedura del Consiglio). Argomento di vivace discussione *de jure condito* e *de jure condendo* sono proprio le modalità con cui l'Unione potrebbe «speak with one voice» alle Nazioni unite: tra esse spicca la previsione di un seggio dell'Unione al Consiglio di sicurezza, mentre in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona (in particolare l'eliminazione del ruolo della presidenza del Consiglio a rotazione nella rappresentanza esterna dell'UE) quelle attinenti alla partecipazione dell'Unione ai lavori dell'Assemblea generale sono state aggiornate<sup>17</sup>.

---

internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, sentenza del 26 novembre 1984, par. 107, dove si opta per *non* considerare il processo di Contadora alla stregua di un accordo regionale *ex* Capitolo VIII. Nello stesso senso, in letteratura, P. Vellas, *Le régionalisme international et l'Organisation des Nations Unies*, Parigi, 1948, 50; A. Gioia, *The United Nations and Regional Organizations in the Maintenance of Peace and Security*, in *The OSCE in the Maintenance of Peace and Security*, edited by M. Bothe, N. Ronzitti, A. Rosas, Den Haag-London-Boston, 1997, 199; S. Marchisio, *op. cit.*, 284; U. Villani, *Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales*, *cit.*, 295-297. Com'è noto, un orientamento diverso è stato espresso in *An agenda for peace*, dove si è incluso tra le unioni regionali che nella prassi hanno dato un contributo al mantenimento della pace nel quadro del Capitolo VIII il gruppo di *Friends of the Secretary-General* costituitosi nella crisi di El Salvador. Sul punto v. E. Kodjo (con H. Gherari), *op. cit.*, 1383, secondo cui la posizione presa dalla Corte di giustizia nel 1984 è il segno di un'epoca in cui la prassi offriva pochissimi esempi di accordi e organizzazioni regionali; A. Tanzi, *op. cit.*, 11, che sottolinea come la tendenza post-guerra fredda a «porre sullo stesso piano aggregazioni spontanee di Stati e organizzazioni regionali» «viene a stemperare l'esigenza di una definizione di organizzazione regionale».

<sup>16</sup> Su alcuni profili giuridici della vita di relazioni internazionali dell'Unione, legati dalla sua particolare natura, v. J. Wouters, J. Odermatt, Th. Ramopoulos, *The EU in the World of International Organizations: Diplomatic Aspirations, Legal Hurdles and Political Realities*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper no. 121, 2013.

<sup>17</sup> V. J. Wouters, J. Odermatt, Th. Ramopoulos, *The status of the European Union at the United Nations General Assembly*, in *The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Mareceau*, edited by I. Govaere, E. Lannon, P. Van Elsuwege, S. Adam, Leiden-Boston, 2014, 211-223.

Ebbene, in esito ad una valutazione giuridica le perplessità suddette vanno senz'altro superate. Nessuna delle disposizioni richiamate è incompatibile con il Capitolo VIII della Carta, il quale peraltro non esclude dal suo ambito alcun tipo di organizzazione. In termini generali, si può dunque ritenere che l'UE non potrebbe più trovare inquadramento nel Capitolo VIII solo dal momento in cui dovesse cessare di essere un'organizzazione internazionale in virtù di una evoluzione in Stato federale<sup>18</sup>. Neppure un'eventuale attribuzione di un seggio nel Consiglio di sicurezza<sup>19</sup> potrebbe escludere l'Unione dal Capitolo VIII, a meno di norme che esplicitamente dispongano in tal senso: se infatti non ci si è curati di estromettere da questa parte della Carta gli accordi e le organizzazioni i cui componenti fossero membri del Consiglio, né di vietare che potessero essere eletti in quest'organo Stati partecipanti a siffatti accordi o organizzazioni – e del resto non si vede perché, nell'economia della Carta, si sarebbe dovuto provvedere in tal senso –, non c'è motivo di arrivare ad analoga conclusione per l'Unione che dovesse beneficiare di un seggio al Consiglio. Questione ben diversa, e ancor più evidentemente priva di rilievo per la questione sollevata, è che l'Unione detenga lo *status* di osservatore permanente all'Assemblea generale: circostanza, questa, in essere fin dal 1974 e oggetto di «aggiornamento» con risoluzione A/RES/65/276 del 10 maggio 2011<sup>20</sup>. Peraltro, tale *status* è riconosciuto a tutte le organizzazioni regionali capaci di operare nella cornice del Capitolo VIII; alcune di queste sono anche dotate, così come l'UE, di una rappresentanza permanente a New York<sup>21</sup>. Dato che il recente «aggiornamento» è stato dovuto a modifiche nei Trattati istitutivi dell'Unione che esprimono un ulteriore approfondimento dell'integrazione tra gli Stati membri e del suo grado di istituzionalizzazione, è interessante considerarne brevemente l'impatto per la questione in esame. Ebbene, pare rilevante sottolineare da un lato che l'ostilità da molti dimostrata nei suoi riguardi sia stata dovuta non alla particolare natura dell'Unione ma alla sua percezione come un blocco di Stati potenti<sup>22</sup>, e dall'altro

<sup>18</sup> Sull'irrelevanza di una serie di caratteri spiccatamente «integrazionisti» dell'Unione europea ai fini della sua persistente natura di organizzazione internazionale cfr. G. Palmisano, *Spunti internazionalistici di riflessione sul Trattato "costituzionale" e sulla natura dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 2004, fasc. 3. Sulla questione della perdurante natura di organizzazione internazionale propria dell'Unione v. da ultimo P. Fois, *L'Unione europea è ancora un'organizzazione internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 371-393.

<sup>19</sup> Ciò potrebbe avvenire con modalità diverse, che sono sintetizzate e discusse in C. Contartese, *An EU Seat at the Security Council: Reflections on Formal and Informal Models of EU Participation at the United Nations*, in *La Comunità internazionale*, 2013, 136 ss.

<sup>20</sup> Lo *status* di osservatore permanente è stato attribuito all'allora Comunità economica europea dalla risoluzione dell'Assemblea generale n. 3208 (XXIX) dell'11 ottobre 1974.

<sup>21</sup> Ci si riferisce all'Unione africana, alla Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale (ECOWAS), alla Lega araba e all'Organizzazione per la cooperazione islamica (già Conferenza islamica).

<sup>22</sup> Si noti, tuttavia, che il rigetto della bozza di risoluzione presentata in una precedente sessione dell'AG è stato dovuto anche al fatto di dotare l'Unione di diritti di partecipazione troppo simili a quelli di uno Stato, così da minare la natura dell'Assemblea generale; invece, la risoluzione finalmente adottata non solleva queste perplessità (sebbene al prezzo di far sospettare di non costituire uno strumento adeguato alla luce delle novità istituzionali di Lisbona): E. Brewer, *The Participation of the European Union in the Work of the United Nations*.

che la risoluzione A/RES/65/276, nel fissare le condizioni in presenza delle quali altre organizzazioni potrebbero accedere ad analoghe modalità partecipative, ha rinunciato a domandare un livello di integrazione, nella gestione della rappresentanza esterna, analogo a quello dell'Unione (come invece si faceva nella bozza originariamente sottoposta da quest'ultima all'Assemblea generale), limitandosi a chiedere che i loro «member States have agreed arrangements that allow that organization's representatives to speak on behalf of the organization and its member States» (par. 3)<sup>23</sup>.

D'altro canto, proprio l'elevato grado di istituzionalizzazione dell'Unione e il fatto che essa sia dotata di strumenti giuridici e pratici preordinati a farne un interlocutore dell'ONU ne rafforzano le potenzialità e il ruolo alla stregua del Capitolo VIII. Infatti, come meglio emergerà dall'analisi successiva, un elemento preminente del Capitolo VIII, che peraltro nella prassi si è rivelato assai debole, è l'obbligo degli Stati parti di un accordo o organizzazione regionale di tenere informato il Consiglio delle azioni ideate ovvero attuate in vista del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (art. 54)<sup>24</sup>. Tale obbligo è funzionale a ricondurre l'azione regionale nell'alveo del sistema di sicurezza collettivo, essendo anzi l'unico strumento atto ad assolvere detta funzione in caso di attività pacifiche; per le attività coercitive, esso completa le decisioni del Consiglio di utilizzare ovvero di autorizzare l'azione regionale poiché rende possibile quel controllo politico sulla stessa che, al di là della necessità di assicurare una coerenza giuridica con gli articoli 2, par. 4 e 51 della Carta (cui provvede l'art. 53, par. 1), costituisce la ragion d'essere del Capitolo VIII<sup>25</sup>. Ebbene, la determinazione dell'Unione di giocare un solido ruolo da attore della sicurezza internazionale<sup>26</sup>, unitamente al mero fatto di giovare di una rappresentanza permanente presso la sede delle Nazioni unite, consente un coordinamento con l'Organizzazione universale che ha rilievo anche ai sensi dell'art. 54. Particolarmente significativa appare l'adozione, nel 2003, della *Joint Declaration on EU-UN Co-operation in Crisis Management* e, nel 2007, del *Joint Statement* sullo stesso argomento<sup>27</sup>. Con la *Declaration* si è infatti stabilito di

---

*Evolving to Reflect the New Realities of International Organizations*, in *International Organizations Law Review*, 2012, rispettivamente, 188 e 214-215.

<sup>23</sup> Sui due aspetti cfr. J. Wouters, J. Odermatt, Th. Ramopoulos, *op. cit.*, rispettivamente 222 e 217-218.

<sup>24</sup> W. Hummer, M. Schweitzer, *Article 54*, in *The Charter of the United Nations*, cit., 893.

<sup>25</sup> Ci sembra insomma che in fin dei conti l'art. 54 svolga la stessa funzione sia che l'entità regionale sia impegnata in attività pacifiche nel quadro dell'art. 52, sia che intraprenda azioni coercitive sulla base dell'art. 53. Così in particolare J.M. Yepes, *Les accords régionaux et le droit international*, in *Recueil des Cours*, 1947-II, 281. Nel senso invece di modulare la funzione di questa disposizione a seconda della natura dell'attività svolta a livello regionale, M. Gueyou, *Article 54*, in *La Charte des Nations Unies*, cit., 1339-1440.

<sup>26</sup> «Security provider» è l'appellativo riservato all'Unione nello *Statement on behalf of the EU and its Member States by Mr. Nick Westcott, Managing Director for Africa, European External Action Service, at the Security Council Open Debate on "Maintenance of international peace and security: Regional organizations and contemporary challenges of global security"* del 18 agosto 2015 (disponibile su <http://eu-un.europa.eu>).

<sup>27</sup> Ambedue i documenti sono reperibili su [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu). Su di essi si veda, tra gli altri, E. Baroncini, S. Cafaro, C. Novi, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, Torino,

istituire un meccanismo di consultazione permanente avente carattere operativo, volto a individuare mezzi e modalità per rafforzare il coordinamento e la collaborazione reciproci nella pianificazione delle missioni, nell'addestramento del personale civile e militare da utilizzare nel loro ambito, la comunicazione e lo scambio sistematico delle rispettive migliori pratiche. Lo *Statement* del 2007, adottato per migliorare ancora la collaborazione sviluppata nel quadro della *Declaration* proprio «in Africa, the Balkans and the Middle East» (par. 3), ha messo in campo le seguenti ulteriori misure: lo sviluppo di un dialogo politico regolare e di alto livello «on broader aspect of crisis management»; lo scambio regolare di vedute tra alti funzionari del Segretariato ONU e il Comitato politico e di sicurezza dell'Unione; riunioni continue dello *EU-UN Steering Committee*, anche con riferimento a crisi specifiche ove necessario; la considerazione di un ulteriore rafforzamento della cooperazione tramite misure indicate in modo non esaustivo; l'istituzione di meccanismi specifici di coordinamento e collaborazione per situazioni di crisi in cui UE e ONU siano parimenti impegnate; lo svolgimento sistematico di esercitazioni congiunte in chiave di *lessons learnt* a valle di esperienze di collaborazione operativa. Significativo è anche lo *EU Programme for the Prevention of Violent Conflicts*, adottato a Goteborg nel 2001, nella misura in cui individua, tra gli strumenti atti a rafforzare la cooperazione con l'ONU, lo scambio di informazioni con il sistema Nazioni unite. Ci sembra che, grazie a tali contenuti della collaborazione tra UE ed ONU, l'art. 54 trovi attuazione in modo pregnante e anche aggiornato alla mancata attuazione del meccanismo previsto negli articoli 43 ss., che ha notoriamente lasciato il Consiglio di sicurezza privo di capacità operative. Sotto il primo profilo, è interessante che l'UE si sia messa nelle condizioni di operare sistematicamente in sintonia con l'ONU. Sotto il secondo profilo, dai documenti evocati emerge l'intensità della collaborazione riguardo alle missioni operative, della quale probabilmente non vi sarebbe necessità ove il Consiglio avesse a disposizione capacità proprie.

### **3. I «mezzi pacifici» nello strumentario dell'Unione.**

In termini generali, l'Unione europea si presta ad operare nel quadro dell'art. 52. Per vero, nel TUE manca qualsiasi riferimento a mezzi pacifici di soluzione delle controversie tra Stati terzi che l'Unione potrebbe mettere in campo. I riferimenti ad attività pacifiche, e quindi da collocare nell'orbita dell'art. 52, par. 2 piuttosto che dell'art. 53, sono limitati a capacità operative, cioè a dire allo svolgimento di missioni civili o militari: con la finalità di «garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale» (art. 42, par. 1), l'Unione può spaziare dalle «azioni congiunte in materia di disarmo» alle «missioni umanitarie e di soccorso», alle «missioni di consulenza e assistenza in materia militare», alle «missioni di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace» (art. 43, par. 1).

La prassi è molto ricca e qui ci si limiterà a fare esempi relativi alle funzioni e alle missioni più significative<sup>28</sup>.

Per il numero, che è tale da rivelare lo sviluppo di un importante *know-how* dell'Unione in materia, si segnalano le missioni civili aventi ad oggetto il *capacity building* della polizia locale con il fine vuoi di costruire o ricostruire *ex novo* il corpo di polizia, vuoi di trasmettergli le metodologie necessarie ad affrontare specifiche situazioni di difficoltà, come il controllo del territorio in situazioni particolarmente instabili, ovvero caratterizzate da tensioni etniche o ancora da una presenza massiccia di gruppi criminali organizzati. Ben due (di cui la prima attiva e la seconda in quiescenza) sono presenti nei territori palestinesi: si tratta rispettivamente di *EUPOL COPPS*<sup>29</sup>, con il mandato di assistere la polizia civile palestinese nel suo programma di sviluppo, fornendo anche consulenza su elementi di giustizia penale collegati alla polizia, e di *EU BAM Rafah* (*European Union Border Assistance Mission for the Rafah Crossing Point*), istituita per garantire, con la propria presenza di parte terza, l'apertura dello strategico valico di Rafah che l'Autorità palestinese doveva controllare dopo il disimpegno unilaterale di Israele da Gaza<sup>30</sup>. In questo secondo caso, ai compiti di assistenza in senso stretto si sono sommati compiti di monitoraggio, essendo la missione preordinata anche a verificare e valutare l'operato della polizia palestinese in attuazione degli accordi conclusi dalle parti sul punto. In Bosnia Erzegovina è stata inviata la *EUPM* (*European Union Police Mission*)<sup>31</sup>, con l'incarico di «stabilire dispositivi di polizia sostenibili sotto l'autorità della Bosnia-Erzegovina conformemente alle migliori pratiche europee ed internazionali», in linea con quanto disposto negli accordi di Dayton. La *EUPM* ha infatti proseguito l'attività della forza di polizia internazionale delle Nazioni Unite (IPTF) prevista in quella sede. Nel continente africano, le missioni civili di *capacity building* relative al settore della sicurezza sono strategiche e numerose. Ricordiamo qui, in relazione alla situazione nella Repubblica democratica del Congo, *EUPOL Kinshasa*, istituita con azione comune 2004/847/PESC<sup>32</sup> con funzioni di controllo, guida e consulenza nella creazione e nella fase di avviamento dell'unità integrata di polizia necessaria per la transizione democratica del Paese, cui nel 2007 è succeduta *EUPOL RD Congo*<sup>33</sup>, incaricata a sua volta di fornire consulenza e assistenza direttamente alle autorità congolese per la riforma e la

<sup>28</sup> Per una sistematizzazione in chiave giuridica delle missioni attuate dall'Unione v. F. Naert, *Legal Aspects of EU Military Operations*, in *Journal of International Peacekeeping*, 218 ss; S. Gradilone, *Le missioni di gestione delle crisi*, in *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, a cura di A. Lang, P. Mariani, Torino, 2014, 184 ss.

<sup>29</sup> Istituita con azione comune 2005/797/PESC del Consiglio del 14 novembre 2005, in GU L 300 del 17 novembre 2005.

<sup>30</sup> Azione comune 2005/889/PESC del Consiglio del 12 dicembre 2005, in GU L 327 del 14 dicembre 2005.

<sup>31</sup> Azione comune del Consiglio 2002/210/PESC dell'11 marzo 2002, in GU L 70 del 13 marzo 2002.

<sup>32</sup> GU L 367 del 14 dicembre 2004.

<sup>33</sup> Azione comune 2007/405/PESC del Consiglio del 12 giugno 2007, in GU L 151 del 13 giugno 2007.

ristrutturazione della polizia nazionale, anche nella direzione di migliorare l'interazione tra polizia e sistema giudiziario penale. Alla riforma del settore della sicurezza della Repubblica democratica del Congo ha contribuito anche la missione *EUSEC RD Congo*, istituita nel 2005 con funzioni di consulenza e assistenza<sup>34</sup>. Un ulteriore esempio è *EUCAP Sahel Niger*, istituita con decisione 2012/392/PESC<sup>35</sup> con l'incarico di sostenere lo sviluppo di capacità degli operatori della sicurezza nigerini di combattere il terrorismo e la criminalità organizzata.

Sempre nel settore civile, la prassi comprende anche missioni di monitoraggio e missioni di rafforzamento dello stato di diritto. Tra le prime si ricorda la *ECMM/EUMM*, operativa nella *ex*-Iugoslavia tra il 1991 e il 2007<sup>36</sup>. Tra le seconde spicca *EULEX Kosovo*, la più ampia missione civile mai organizzata dall'Unione, a mezzo della quale l'UE partecipa ad un processo di amministrazione transitoria internazionale di territori<sup>37</sup>.

Vi sono poi le missioni di *capacity building* nel settore militare, tra cui *EUTM Mali (European Union Training Mission – Mali)*<sup>38</sup>. A questa missione sono stati affidati compiti di addestramento, formazione e supporto logistico alle Forze armate governative dello Stato del Mali, per consentire loro di condurre operazioni militari volte a ripristinare l'integrità territoriale maliana e ridurre la minaccia rappresentata dai gruppi terroristici.

Non sono mancate missioni volte allo sviluppo di capacità marittime: il riferimento è a *EUCAP Nestor*, pensata per assistere lo sviluppo nel Corno d'Africa e negli Stati dell'Oceano Indiano occidentale di capacità di sicurezza marittima, compreso il contrasto alla pirateria, e della *governance* marittima<sup>39</sup>. In particolare, il *capacity building* della missione riguarda l'organizzazione delle agenzie per la sicurezza marittima che svolgono la funzione di guardia costiera, nonché la gestione della sicurezza marittima sotto i profili gestionale, giuridico e operativo.

La prassi comprende infine, tra le missioni militari di carattere pacifico, anche operazioni di *peace-keeping* classico, cioè a dire preordinate a compiti di

---

<sup>34</sup> Azione comune 2005/355/PESC del Consiglio del 2 maggio 2005, in GU L 112 del 3 maggio 2005.

<sup>35</sup> GU L 187 del 17 luglio 2012.

<sup>36</sup> La *European Community Monitoring Mission* fu oggetto di un accordo internazionale in forma semplificata stipulato il 13 luglio 1991 e faceva dunque capo alla Cooperazione politica europea: sul punto F. Martines, *op. cit.*, 385. La denominazione fu cambiata in *European Union Monitoring Mission* con azione comune 2000/811/PESC del Consiglio del 22 dicembre 2000, in GU L 328 del 23 dicembre 2000, la quale ha anche provveduto a collocare opportunamente la missione nella nuova struttura istituzionale della PESC.

<sup>37</sup> Azione comune 2008/124/PESC del Consiglio del 4 febbraio 2008, in GU L 42 del 16 febbraio 2008. Sulle responsabilità dell'UE in Kosovo con particolare riferimento al mandato di *EULEX* si veda I. Ingravallo, *Kosovo after the ICJ Advisory Opinion: Towards a European Perspective?*, in *International Community Law Review*, 2012, 219 ss.

<sup>38</sup> Decisione 2013/34/PESC del Consiglio del 17 gennaio 2013, in GU L 14 del 18 gennaio 2013.

<sup>39</sup> Decisione 2012/389/PESC del Consiglio del 16 luglio 2012, in GU L 187 del 17 luglio 2012.

osservazione ed interposizione in assenza di ostilità tra le parti. Un esempio è la missione *Concordia*, che ha operato nel 2003 in Macedonia<sup>40</sup>.

Oltre alle capacità operative, il TUE nomina anche strumenti tramite i quali l'Unione può occuparsi direttamente di mediazione, conciliazioni, inchieste, ovvero facilitare la creazione di meccanismi siffatti o eventualmente di altro genere, per la soluzione pacifica di controversie e situazioni pertinenti alle sue relazioni esterne: ciò in considerazione della finalità di queste ultime, di cui si è detto. Il riferimento è al «dialogo politico con i terzi», che a norma dell'art. 27, par. 2 del TUE, l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (d'ora innanzi «AR») conduce a nome dell'Unione, nonché ai rappresentanti speciali (d'ora innanzi «RS» o «RSUE») «con un mandato per problemi politici specifici», che secondo l'art. 33 del TUE possono essere nominati dal Consiglio su proposta dell'AR per operare sotto la sua autorità.

In termini generali, negli ultimi quindici anni l'UE ha fatto grossi sforzi per migliorare sotto il profilo tecnico le proprie capacità di mediazione e dialogo. Ne danno atto, tra l'altro, i rapporti periodici presentati per monitorare l'attuazione del Programma di Goteborg «for the Prevention of Violent Conflicts», già menzionato.

Nella prassi, l'Unione ha fatto un uso piuttosto esteso dei RS, uso che è cominciato anche prima di disporre al riguardo di un'apposita base giuridica (cosa avvenuta con il Trattato di Amsterdam)<sup>41</sup>. I primi RS dell'UE sono per l'appunto stati nominati in assenza di previsioni specifiche nel TUE. Quanto alla prassi successiva al Trattato di Amsterdam, si segnalano i RS per la Bosnia Erzegovina (funzione che fino al settembre 2011 era cumulata nella stessa persona fisica con quella di Alto Rappresentante per la Bosnia Erzegovina, secondo la nota prassi del *double-hatting*), per il Kosovo, per il Processo di Pace in Medio Oriente, per il Corno d'Africa e per il Sahel. In passato, ma sempre successivamente all'inserimento di un'apposita base giuridica nel TUE, sono stati attivi anche RS per la Macedonia, per la Regione dei Grandi Laghi africani e per il Sudan.

I RS assolvono a molti compiti, tra i quali spicca la funzione di rappresentanza dell'UE nell'area di interesse e quella di valorizzarne il ruolo nel processo di soluzione delle crisi in cui sono operativi grazie alla loro presenza *in loco*: in altre parole, alla stessa formazione e, più estesamente, all'attuazione e al miglioramento della politica estera e di sicurezza comune nel contesto specifico<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Azione comune 2003/92/PESC del Consiglio del 27 gennaio 2003, in GU L 34 dell'11 febbraio 2003.

<sup>41</sup> A seguito del Trattato di Amsterdam, la base giuridica per l'istituzione dei RS era costituita dall'art. J.8, par. 5 del TUE, oggi corrispondente (con modifiche) all'art. 33. Sui RS dell'UE v. G. Grevi, *Pioneering foreign policy: the EU Special Representatives, Chaillot Paper n. 106*, 1 October 2007; C. Adebahr, *Learning and Change in European Foreign Policy. The Case of the EU Special Representatives*, Baden-Baden, 2009; M. Recanati, *I Rappresentanti speciali dell'Unione europea*, in *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, cit., 51 ss.

<sup>42</sup> A questa seconda funzione, per così dire «interna» all'UE, vanno ascritti diversi compiti. Quelli più squisitamente politici consistono, nella *nuance* minima, nel far acquisire visibilità all'Unione nei confronti delle parti locali (a titolo di esempio cfr. il mandato del RS per il

Più tecnici, seppure non privi di valore politico, sono i compiti di operare da canale di trasmissione delle informazioni al Consiglio e all'AR e quello di supporto ad altri strumenti dell'UE in campo nonché di loro coordinamento, se plurimi<sup>43</sup>. Preme però sottolineare che ai RS sono stati affidati anche compiti pertinenti all'art. 52 della Carta ONU, di diretta facilitazione della soluzione dei conflitti e della stabilizzazione delle aree in cui hanno operato.

Tra i mandati più limpidamente rientranti, *ratione materiae*, nell'ambito di applicazione dell'art. 52 vi è quello del RS in Medio Oriente. Nella decisione del 15 aprile 2015, nel quadro dell'obiettivo politico dell'Unione di perseguire attivamente, tra l'altro come membro del «Quartetto», «opportune iniziative internazionali per dare nuovo impulso ai negoziati», al RS sono attribuiti vari compiti riconducibili ai buoni uffici, alla mediazione e addirittura alla conciliazione<sup>44</sup>. Tra questi il più significativo pare quello di «fornire un sostegno attivo e contribuire ai negoziati di pace tra le parti, tra l'altro presentando proposte a nome dell'Unione nel contesto di tali negoziati» (art. 3, par. 1, lett. d).

Limitandoci per il resto a degli esempi, pertinenti all'art. 52 sono anche alcuni dei compiti affidati al RS per il Corno d'Africa, riguardo al quale l'Unione si prefigge gli obiettivi della pacifica coesistenza tra il Sudan e il Sud Sudan «come due Stati vitali e prosperi con strutture politiche solide e responsabili»; della risoluzione degli attuali conflitti; e dell'evitare nuovi e potenziali conflitti tra i paesi della regione o all'interno degli stessi<sup>45</sup>. Su questo sfondo, il mandato del RS comprende compiti quali «avviare un dialogo tra tutti i soggetti

---

Corno d'Africa: decisione (PESC) 2015/440 del Consiglio del 16 marzo 2015, in GU L 72 del 17 marzo 2015, art. 3, par. 1, lett. b)), arrivando nelle *nuances* più intense fino al contributo all'individuazione degli strumenti e dei termini di soluzione utilizzabili grazie al fatto di trovarsi nelle condizioni di poter identificare in tempo reale i punti critici e gli interlocutori appropriati (si veda ad esempio il compito del RS per il Medio Oriente di «formulare proposte relative alle possibilità d'intervento dell'Unione nel processo di pace e al modo migliore di condurre le iniziative dell'Unione e gli sforzi da essa attualmente svolti nel quadro del processo di pace, come il contributo dell'Unione alle riforme palestinesi, inclusi gli aspetti politici dei pertinenti progetti di sviluppo dell'Unione»: decisione (PESC) 2015/599, del Consiglio del 15 aprile 2015, in GU L 99 del 16 aprile 2015, art. 3, par. 1, lett. k)).

<sup>43</sup> Particolarmente importante il ruolo svolto in tal senso dall'Alto Rappresentante in Bosnia Erzegovina nel 2004, nella cornice nella cornice del documento *Bosnia and Herzegovina/A Comprehensive Policy* adottato dal Consiglio europeo il 17/18 giugno 2004. In concreto, il contributo del RS nell'assolvimento di tali fondamentali compiti di coordinamento dell'attività dell'UE nel Paese fu decisivo nel 2005, quando sorsero tensioni tra l'EUFOR (v. infra, par. 5) e la EUPM sugli strumenti e le modalità da usare nel contrasto alla criminalità organizzata – punto chiave, questo, per la costruzione di una pace durevole nella regione. Tanto la EUFOR quanto la EUPM avevano infatti competenze in materia, il cui esercizio si sovrapponeva con il rischio che le due missioni diventassero antagoniste. Il RS si è adoperato fino ad addivenire a un documento, *General Guidelines for Increasing Cooperation between EUPM/EUFOR and EUSR*, e all'istituzione di un gruppo di lavoro comprendente i due capi-missione e una delegazione della Commissione, nel cui ambito fu individuata la soluzione. V. G. Grevi, *op. cit.*, 87-88.

<sup>44</sup> L'obiettivo politico citato è indicato nell'art. 2, par. 4 della decisione (PESC) 2015/599, cit. I compiti del RS riferibili all'art. 52 della Carta sono, oltre a quello di cui si dirà immediatamente nel testo, quelli elencati nell'art. 3, par. 1, lett. a), b), c), g) ultima parte, nonché, indirettamente, il compito enunciato nella lett. m) della stessa disposizione.

<sup>45</sup> Decisione (PESC) 2015/440, cit., art. 2, par. 2, lett. b) e c).

interessati nella regione»; circa la Somalia, «contribuire attivamente alle azioni e alle iniziative volte all'ulteriore stabilizzazione [del paese] e alla definizione dei piani post-transizione» ad esso relativi; circa il Sudan e il Sud Sudan, oltre a contribuire all'attuazione degli accordi di Addis Abeba, adoperarsi per la «risoluzione delle questioni in sospeso successive all'accordo globale di pace, incluse Abyei, soluzioni politiche per i conflitti in corso, segnatamente nel Darfur, negli Stati del Kordofan meridionale e del Nilo azzurro, la costruzione istituzionale nel Sud Sudan e la riconciliazione nazionale»<sup>46</sup>. Nello specifico, merita ricordare il ruolo di facilitatore svolto dal RSUE in merito all'accordo di Karthoum sulle acque del Nilo concluso nel marzo 2015 tra Egitto, Sudan ed Etiopia, la quale dal 2013 costruisce sul Nilo Azzurro quella che diverrà la più grande diga dell'Africa<sup>47</sup>. Quanto al RSUE nel Sahel, istituito nel 2013, il suo ruolo è apprezzabile alla luce dell'art. 52 della Carta con riferimento al compito di contribuire alla riconciliazione nazionale e allo *state-building* nel Mali<sup>48</sup>. Anche il RSUE in Bosnia Erzegovina ha avuto il mandato di contribuire allo *institution and capacity building*, attività cui ha dato fondamentale assistenza in un momento molto delicato: deciso l'accentramento delle forze di polizia a livello federale come strumento per superare le divisioni etniche derivanti dalla loro organizzazione al livello delle entità federate dello Stato bosniaco, le autorità della Republika Srpska attuarono una resistenza fortissima. Toccò allora al RS – che fino ad allora aveva esercitato il proprio ruolo nell'*EUPM* in modo molto discreto, affrontando essenzialmente questioni tecniche – esercitare una forte pressione politica per sbloccare l'opposizione della componente serbo-bosniaca e individuare strumenti di dialogo che permisero di superare l'*impasse*<sup>49</sup>.

Per completare infine il quadro dei RSUE nei Balcani, quello attualmente operante in Kosovo ha il compito di offrire il sostegno dell'Unione al processo politico e di «fornire assistenza nell'attuazione del dialogo Belgrado-Pristina facilitato dall'Unione»<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> *Ivi*, art. 3, par. 1, lett. a), e), f). Ad eccezione dei compiti specifici relativi alla situazione in Sudan, un mandato in parte identico, in parte analogo era già attribuito al RSUE per il Corno d'Africa nella decisione 2011/819/PESC del Consiglio dell'8 dicembre 2011, in GU L 327 del 9 dicembre 2011, art. 3, par. 1, lett. a) ed e).

<sup>47</sup> Si veda nelle cronache [www.africaeaffari.it](http://www.africaeaffari.it) (consultato il 24 marzo 2015); sul punto v. Conclusioni del Consiglio sul piano d'azione regionale dell'UE per il Corno d'Africa 2015-2020, doc. n. 13363/15, 26 ottobre 2015, 14.

<sup>48</sup> Decisione (PESC) 2015/2274 del Consiglio del 7 dicembre 2015, in GU L 322 dell'8 dicembre 2015, art. 3, par. 1, lett. i).

<sup>49</sup> Anche su queste vicende si veda G. Grevi, *op. cit.*, 86.

<sup>50</sup> V. Decisione (PESC) 2015/485 del Consiglio, del 20 marzo 2015, che proroga il mandato del Rappresentante speciale dell'Unione europea per il Kosovo, in GU L 77 del 21 marzo 2015, art. 3, lett. a) ed i).

#### 4. Il modello del coordinamento e della complementarietà nello svolgimento delle attività pacifiche.

Lo svolgimento nel quadro del Capitolo VIII di attività pacifiche è sottoposto a requisiti giuridici particolarmente labili: giustamente è stato rilevato come l'art. 52 sia disposizione a basso livello di prescrittività<sup>51</sup>. Se ne può sintetizzare il contenuto anzitutto, in termini negativi, con l'assenza di un rapporto di subordinazione delle entità regionali rispetto al Consiglio di sicurezza, diversamente da quanto accade per le attività coercitive previste dall'art. 53<sup>52</sup>. In termini positivi, l'art. 52 si ispira a due principi. Uno è la priorità del livello regionale rispetto al Consiglio di sicurezza<sup>53</sup>, la quale è assicurata sia imponendo agli strumenti regionali di attivarsi (par. 2) sia prescrivendo al Consiglio di lasciare esso stesso spazio a questi ultimi; questa seconda modalità a sua volta si realizza tanto se le entità regionali operino di propria iniziativa, quanto allorché il Consiglio stesso deferisca loro una certa situazione (par. 3). Il secondo principio è la perdurante responsabilità del Consiglio, deducibile dal fatto che in qualunque momento questo può decidere di occuparsi di una certa questione, se lo ritenga opportuno, a mezzo dei poteri conferitigli dal Capitolo VI (par. 4), nonché dal flusso di informazioni ad esso dovuto tanto in ordine alle attività progettate quanto a quelle intraprese dalle entità regionali (art. 54). Si tratta di principi *prima facie* in potenziale contraddizione, cosa che è frutto delle contrapposizioni in tema di regionalismo e universalismo evidenziate in sede di lavori preparatori della Carta; in forza di siffatta potenziale contraddizione, l'art. 52 si presta a varie modalità attuative<sup>54</sup>.

Passando ora a verificare se l'interazione UE/ONU nelle varie crisi in cui l'Unione si è adoperata con strumenti riconducibili all'art. 52 risponda o meno al modello sopra delineato, e come interpreti la flessibilità insita in esso, la prassi senza dubbio corrisponde più all'idea della coesistenza ovvero della complementarietà tra le due organizzazioni che a quella di una priorità di cui l'UE si giovi o si faccia carico. È infatti frequente che l'UE metta in campo strumenti pacifici di supporto alla soluzione delle crisi, nonché allo *state-building*, accanto a strumenti delle Nazioni unite, o comunque allorché il Consiglio di sicurezza già si occupi delle crisi in questione esprimendo le proprie valutazioni e indirizzando alle parti almeno raccomandazioni se non misure vincolanti. Per la precisione, in questi casi il rapporto di priorità tra l'entità regionale e quella universale potrebbe pure essere individuato, però esso riguarda non già l'occuparsi della crisi in termini generali ma lo spendersi in ordine per l'appunto

---

<sup>51</sup> L'art. 52 è disposizione addirittura «superflua» per B. Conforti, C. Focarelli, *op. cit.*, 345.

<sup>52</sup> A causa della responsabilità principale nel mantenimento della pace comunque detenuta da Consiglio, sembra invece eccessivo definire il rapporto tra quest'organo e le entità regionali, quale emerge dall'art. 52 della Carta, in termini di «equality». Sulla polarizzazione *equality-art. 52* e *subordination-art. 53* cfr. N.D. White, *The law of international organisations*, Manchester and New York, 1996, 220 e 221.

<sup>53</sup> La priorità del livello regionale è particolarmente valorizzata in W. Hummer, M. Schweitzer, *Article 52*, in *The Charter of the United Nations. A Commentary*, edited by B. Simma, vol. I, Oxford-New York, 2002, 840-841.

<sup>54</sup> Così, soprattutto, E. Kodjo (con H. Gherari), *op. cit.*, 1386-1389.

ad uno strumento specifico. La priorità accordata o riconosciuta all'entità regionale a questo riguardo certamente può essere dovuta a motivi politici, ma spesso è più pragmaticamente originata da esigenze di «divisione del lavoro» o di individuazione del soggetto meglio deputato a farsene carico per disponibilità di risorse finanziarie, umane e/o di *know-how*. Per questo, come già detto, nell'ottica del ruolo giocato nella soluzione di una crisi in termini generali, in casi simili il rapporto tra UE e ONU è meglio descrivibile in chiave di coesistenza e spesso di complementarità.

Volendo poi approfondire i termini di siffatta coesistenza/complementarità, gli elementi caratterizzanti della prassi sembrano essere due.

*In primis*, l'UE opera sempre secondo una propria e ben delineata strategia, che fa emergere sia i suoi interessi specifici nella regione interessata dalla crisi, cui consegue l'individuazione degli strumenti di soluzione ritenuti congrui, sia l'accertamento autonomo della conformità di detti obiettivi e strumenti con i fini e i principi delle Nazioni unite, spesso quali perseguiti in concreto dal Consiglio di sicurezza. Pressoché riguardo a tutte le crisi, in particolar modo se l'UE sia coinvolta o intenda coinvolgersi nella loro gestione con più di uno strumento, il Consiglio europeo è solito adottare un documento che esprime la strategia dell'Unione per la regione di riferimento. Il primo in ordine temporale è stato la *Comprehensive Policy* relativa alla Bosnia-Erzegovina, adottata dal Consiglio europeo nella riunione del 17-18 giugno 2004, ma successivamente tale *modus operandi* è stato replicato fino a cristallizzarsi in un modello. Del resto, già nel Programma di Goteborg «for the Prevention of Violent Conflicts», adottato nel 2001 e periodicamente monitorato nella sua attuazione tramite rapporti della presidenza di turno, l'UE si è impegnata a fissare in modo chiaro le proprie priorità politiche e a migliorare la coerenza delle misure adottate al fine di migliorare la propria capacità preventiva. Va detto che, in concreto, l'adozione e i contenuti dei suddetti documenti strategici risentono delle procedure ancora largamente intergovernative del *decision-making* nella PESC, in particolar modo del fatto che il Consiglio europeo decide all'unanimità. Così, in controtendenza rispetto al modello appena delineato, la decisione di istituire *EUBAM Libia* non si è giovata di un documento strategico di fondo.

Il secondo elemento caratterizzante è la tendenza dell'UE a collocarsi, nonostante l'autonomia appena evidenziata, nell'alveo della strategia di soluzione perseguita dal Consiglio di sicurezza. Uno sforzo di catalogazione induce ad individuare in proposito tre diverse modalità, che riflettono gradi di intensità diversi.

La più blanda e anche la più diffusa, corrispondente a una «convergenza parallela», consiste nell'individuazione e messa in opera di misure specifiche da parte dell'UE in assoluta autonomia, misure che sono però coerenti con la visione del Consiglio. Spesso, ma non necessariamente, siffatta coerenza è esplicitata tramite riferimenti all'azione dell'UE nelle risoluzioni consiliari. Nella prassi, la modalità della convergenza parallela trova riscontro riguardo al conflitto israelo-palestinese. In questo quadro, l'UE è al pari dell'ONU una delle componenti del c.d. Quartetto: gruppo istituito a Madrid nel 2002, in esito all'*escalation* del conflitto, facendo eco alla Conferenza di Madrid del 1991 dai cui seguiti sono

scaturiti fondamentali risultati negoziali, le cui altre componenti sono gli Stati uniti e la Federazione russa. Al RSUE è attribuito il compito di coordinarsi con l'ONU, oltre che con tutte le parti del processo di pace, con gli altri Stati della regione e con gli altri membri del Quartetto, «al fine di cooperare con essi al rafforzamento del processo di pace»<sup>55</sup>. Con la risoluzione 1397 del 12 marzo 2002, il Consiglio di sicurezza ha espresso il proprio incoraggiamento per gli sforzi diplomatici dei membri del Quartetto, tra cui l'Unione. Del resto, tra gli obiettivi politici perseguiti da quest'ultima in quel contesto vi è la soluzione dei due Stati, Israele e Palestina, che convivano pacificamente e in un contesto di relazioni altrettanto pacifiche con i Paesi vicini: soluzione da tempo indicata e sempre mantenuta ferma dal Consiglio di sicurezza<sup>56</sup>. Il RSUE ha compiti specifici in tal senso<sup>57</sup>. Infine, riguardo ad *EU BAM Rafah*, nell'azione comune istitutiva significativamente se ne sottolinea il carattere complementare rispetto alle altre iniziative intraprese a livello internazionale (par. 10). Un esempio relativo alle crisi africane è dato da *EU BAM Libia*, incaricata di dare sostegno alle autorità libiche per sviluppare la capacità di accrescere la sicurezza delle frontiere<sup>58</sup>: con risoluzione 2144 (2012), esprimendo il proprio sostegno all'intenzione del governo libico di rafforzare la sicurezza regionale, il Consiglio di sicurezza ha manifestato appoggio per il rafforzamento del controllo delle frontiere realizzato grazie alla missione UE (allora in fase avanzata di progettazione) su richiesta del governo<sup>59</sup>. Sempre nel contesto delle crisi africane, *EUCAP Sahel Niger* è un esempio di adesione e coerenza di una missione UE con la strategia di soluzione della crisi seguita dal Consiglio di sicurezza in assenza di riferimenti espliciti nelle risoluzioni di quest'ultimo. Infatti, se il Consiglio ha espresso preoccupazione per la crescente mancanza di sicurezza e stabilità nel Sahel, non ultimo a causa della sempre più massiccia presenza di gruppi criminali organizzati e terroristici<sup>60</sup>, come si è detto a *EUCAP Sahel Niger* è stato affidato il compito di fornire consulenza e assistenza nell'attuazione della dimensione di sicurezza della strategia nigerina per la sicurezza e lo sviluppo a livello nazionale, con particolare attenzione alla lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata.

La seconda modalità, definibile come «coordinamento», è quella per cui l'UE, *motu proprio*, aggancia gli strumenti che ha autonomamente scelto di impiegare nella soluzione di una crisi a specifici obiettivi delineati dal Consiglio di sicurezza ovvero, in caso di missioni sul campo, concretamente predisporre il coordinamento operativo tra una missione propria e una inviata dal Consiglio. Come in effetti ciò avvenga dipende in gran misura dagli strumenti interessati.

---

<sup>55</sup> Così la decisione (PESC) 2015/599, cit., art. 3, par. 1, lett. b).

<sup>56</sup> Si veda la decisione (PESC) 2015/599, cit., art. 2, paragrafi 2 e 3.

<sup>57</sup> Ivi, art. 3, par. 1, particolarmente lett. h), i), l).

<sup>58</sup> Istituita con decisione del Consiglio 2013/233/PESC del 22 maggio 2013, in GU L 138 del 24 maggio 2013.

<sup>59</sup> La risoluzione 2144 è del 14 marzo 2014; il brano menzionato si trova nel preambolo. Della richiesta del governo libico dà conto la decisione 2013/233/PESC, par. 2 del preambolo.

<sup>60</sup> Si veda la risoluzione 2071 del 12 ottobre 2012.

Molti esempi si rinvengono a proposito dei RSUE. Si può citare tra gli altri quello per il Corno d’Africa, che ha il mandato di operare in Somalia «in stretto coordinamento» con il Rappresentante speciale dell’ONU (oltre che con gli altri attori regionali presenti *in loco*)<sup>61</sup>; il RSUE è inoltre incaricato di contribuire all’attuazione della politica dell’Unione «in relazione alla risoluzione 1325 (2000) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, anche monitorando e relazionando sugli sviluppi, nonché formulando raccomandazioni a tale riguardo».

Tra gli strumenti operativi, ci riferiamo alla modalità del coordinamento la missione *Concordia* in Macedonia. «Agganciata» all’accordo quadro di Ohrid tra il Presidente della FYROM e quattro parti politiche locali, avente l’obiettivo di consolidare la composizione multi-etnica della società macedone in seguito alle tensioni derivanti dalla situazione nel vicino Kosovo, il Consiglio di sicurezza ne aveva approvato (*endorsed*) l’istituzione con risoluzione n. 1371 del 26 settembre 2001. Quella stessa risoluzione lodava anche gli sforzi dell’Unione, nonché dell’OSCE e della NATO, nello scongiurare un’*escalation* di ostilità inter-etniche nella ex-Iugoslavia e in particolare nell’attuazione dell’accordo quadro, ivi compreso il dispiegamento di una forza di sicurezza (che in un primo momento è stata organizzata dalla NATO). L’azione comune con cui l’UE ha deciso di condurre l’operazione *Concordia* come proseguimento dell’operazione NATO *Allied Harmony* fa appunto riferimento alla risoluzione 1371(2001)<sup>62</sup>.

Ci sembra di dover ascrivere a questa seconda modalità, con cui l’UE si coordina con il Consiglio di sicurezza *di propria iniziativa* in ordine a *obiettivi o strumenti specifici* e spesso *a livello operativo*, anche diverse missioni civili di assistenza alla polizia locale. Sotto questo profilo, ha un rilievo del tutto particolare *EUPM Bosnia*, con cui l’Unione ha garantito la *prosecuzione* delle attività della forza di polizia internazionale delle Nazioni Unite (IPTF) prevista nell’Allegato 11 degli Accordi di Dayton, cioè a dire si è fatta carico di funzioni a tal punto comprese nella strategia di soluzione della crisi perseguita dal Consiglio da essere già state svolte dall’ONU in prima persona. L’azione comune istitutiva dà atto della disponibilità manifestata al riguardo dal Consiglio UE nel febbraio 2002 e della successiva risoluzione 1936, del 5 marzo 2002, con cui il Consiglio di sicurezza ONU ha accolto favorevolmente siffatta disponibilità.

Sebbene non dal momento del suo dispiegamento (2008), va ascritta alla seconda modalità *EULEX Kosovo*, missione incaricata di attività di monitoraggio, tutoraggio e consulenza, e dotata di responsabilità esecutive in campo giurisdizionale: questa opera infatti in coordinamento con la *UNMIK*, cioè a dire l’Amministrazione civile delle Nazioni unite presente in Kosovo sulla base della risoluzione 1244(1999) del Consiglio di sicurezza<sup>63</sup>. In verità, sotto il profilo dei rapporti con il sistema Nazioni unite, la *EULEX Kosovo* costituisce una vicenda del tutto particolare. Al suo dispiegamento si è infatti dato luogo in collegamento

<sup>61</sup> Decisione (PESC) 2015/440, cit., art. 3, par. 1, lett. e). Analogamente disponeva la precedente decisione 2011/819/PESC, cit., art. 3, par. 1, lett. f).

<sup>62</sup> Azione comune 2003/92/PESC, cit., par. 4.

<sup>63</sup> Si veda in proposito l’azione comune 2008/124/PESC del Consiglio del 4 febbraio 2008, in GU L 42 del 16 febbraio 2008, art. 8, par. 9.

con la dichiarazione di indipendenza kosovara, senza un'autorizzazione del Consiglio di sicurezza, che certamente sarebbe stata negata per il veto della Federazione russa, e parimenti senza il consenso del governo della Repubblica federale di Jugoslavia, sovrano territoriale.<sup>64</sup> L'invio della missione ha costituito cioè un azzardo politico e, secondo alcuni, un illecito<sup>65</sup>, deciso in forza dell'idea che sul campo la missione avrebbe sviluppato sinergie e si sarebbe suddivisa il lavoro con la UNMIK<sup>66</sup>: cosa che, dopo tensioni iniziali, è avvenuta.

Secondo la terza modalità – la più intensa – con cui l'UE si colloca nell'alveo della strategia di soluzione di una crisi seguita dal Consiglio di sicurezza, l'Unione attiva uno strumento pacifico, tipicamente l'invio di una missione, su invito del Consiglio: in tal modo sembra materializzarsi lo schema dell'art. 2, par. 3 della Carta<sup>67</sup>. Esempio significativo ne è *EUTM Mali*<sup>68</sup>: la risoluzione 2071(2012) del Consiglio di sicurezza chiedeva (tra gli altri) alle organizzazioni regionali di fornire addestramento militare, opportuno equipaggiamento e altre forme di assistenza allo scopo di contrastare i gruppi terroristici ed estremisti operanti nel Nord del Paese (par. 8), e in particolare all'Unione africana e all'Unione europea di dare «coordinated assistance, expertise, training and capacity-building support to the Armed and Security Forces of Mali» (par. 9). In effetti, dal preambolo della decisione 2013/34/PESC, del 17 gennaio 2013, relativa all'istituzione dell'*EUTM Mali*, risulta come tramite quest'ultima il Consiglio abbia per l'appunto dato seguito alla risoluzione citata. Dell'impegno dell'Unione in tal senso dà conto del resto lo stesso Consiglio di sicurezza nella risoluzione 2085 del 20 dicembre 2012 (par. 8).

Non mancano missioni che si collocano a cavallo tra la seconda e la terza modalità, come *EUPOL Kinshasa*. L'impegno dell'UE a sostenere la creazione di un'unità di polizia integrata nella capitale della RDC onde fornire sicurezza al governo e alle istituzioni di transizione, infatti, è certamente stato sollecitato dal Consiglio di sicurezza in armonia con quanto cristallizzato nella terza modalità: la risoluzione 1493(2003) incoraggiava i donatori per l'appunto a sostenere tale iniziativa, prevedendo anzi che la MONUC dovesse fornire assistenza all'addestramento dell'unità di polizia da questi assicurata, e la risoluzione 1592(2005) invitava i suddetti a continuare a impegnarsi nel fornire l'assistenza

---

<sup>64</sup> Sugli argomenti che precludono di riconoscere nella risoluzione 1244(1999) la base giuridica di *EULEX Kosovo*, A. De Guttry, *The European Union Rule of Law Mission in Kosovo. Remarks on its Legality*, in *Diritto e politiche dell'Unione europea*, 2007, 166-167.

<sup>65</sup> U. Villani, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, 556.

<sup>66</sup> A. De Guttry, *op. cit.*, 169-171.

<sup>67</sup> Rileva, in termini generali, la disponibilità dell'Unione a raccogliere gli inviti e le sollecitazioni del Consiglio di sicurezza, U. Villani, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*, cit., 555.

<sup>68</sup> Curiosamente, la decisione del Consiglio UE sull'istituzione dell'*EUTM Mali* non contiene invece riferimenti a questa risoluzione, che reitera l'invito già espresso nella risoluzione 2071(2012), par. 9, citato nel testo. Sui rapporti tra UE e ONU riguardo a *EUTM Mali* v. G. Cellamare, *Caratteri e funzioni delle attività operative integrate per il Mali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 242-243, dove si sottolinea come il Consiglio di sicurezza non detenga il controllo politico della missione.

necessaria per l'integrazione, l'addestramento e l'equipaggiamento delle forze armate e della polizia nazionale. Al contempo, però, l'istituzione di *EUPOL Kinshasa* ha seguito un modello somigliante alla modalità del coordinamento (la seconda delle tre delineate nella ricostruzione proposta *supra*, in questo paragrafo): secondo quanto precisa il preambolo dell'azione comune 2004/847/PESC, il ruolo dell'UE di prestare assistenza alla creazione di un'unità di polizia integrata è maturato in modo svincolato dalle determinazioni del Consiglio di sicurezza, in seguito alla stipulazione dell'Accordo globale e completo sulla transizione nella RDC del 2002 e del memorandum in materia di sicurezza del 2003; secondo quanto emerge dalla *EU-UN Joint Declaration* del 2003, l'UE ha valutato in modo autonomo anche i compiti effettivi da affidare a *EUPOL Kinshasa*.

Quanto all'art. 54, la prassi sembra coerente con esso riguardo a tutti i casi (e sono praticamente la totalità) in cui, presenti sul territorio tanto una missione o un rappresentante dell'UE e una missione o un rappresentante dell'ONU, questi operino in coordinamento. Riguardo ai RSUE, si può rilevare come essi siano sempre incaricati di curare i rapporti con le Nazioni unite *in loco*. Si pensi, a titolo di esempio, al RSUE per il Corno d'Africa: tra i suoi compiti rientra lavorare a contatto con il Rappresentante speciale del Segretario generale ONU. Riguardo alle missioni civili e militari, gli articoli 1, par. 4, e 7, par. 4, della decisione 2013/34/PESC del Consiglio prescrivono che le attività dell'*EUTM Mali* siano condotte in stretto coordinamento, oltre che con gli altri attori coinvolti nell'assistenza alle Forze armate maliane e all'ECOWAS, con l'ONU (al cui invito, come si ricorderà, l'istituzione della missione UE risponde). Su *EU BAM Rafah* un flusso di informazioni sul suo operato era indirettamente assicurato dal RSUE, il quale è incaricato di assicurare il coordinamento con tutti gli altri attori *in loco*, compreso l'ONU: infatti, il Capo missione di *EU BAM Rafah* doveva fare rapporto al RSUE (art. 9, par. 5, dell'azione comune 2005/889/PESC).

### **5. Le missioni rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 53, par. 1.**

Alle missioni militari di cui l'Unione si può avvalere a norma dell'art. 42 del TUE<sup>69</sup> possono essere affidati compiti soggetti ad autorizzazione del Consiglio di sicurezza dell'ONU sulla base dell'art. 53, par. 1, della Carta. Infatti, tra le funzionalità elencate nell'art. 43 del TUE, hanno una sicura natura coercitiva, con la conseguenza di richiedere senz'altro l'autorizzazione consiliare, le «missioni di unità di combattimento per la gestione delle crisi, comprese le missioni tese al ristabilimento della pace e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti». A seconda delle circostanze, possono avere risvolti coercitivi anche missioni avviate con il consenso del sovrano territoriale e delle eventuali altre parti interessate, sebbene in situazioni di instabilità tale da potersi verificare la condizione di ricorrere alle armi, per legittima difesa ma anche

<sup>69</sup> Gli aspetti istituzionali delle missioni sono da ultimo esaminati da G. Fiengo, *op. cit.*, 558-561.

eventualmente per riuscire ad adempiere al mandato, in particolare ove si concretizzino circostanze quantomeno ambigue nei rapporti con il governo e/o con dette parti; o, ancora, il consenso iniziale e concernente il mandato nel suo complesso potrebbe venire a mancare *in itinere* per azioni specifiche. Tra le missioni di questo genere, per le quali è dunque opportuna l'autorizzazione del Consiglio *ex art. 53* nonostante il consenso del sovrano territoriale e/o degli altri attori locali<sup>70</sup>, vi sono quelle «di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace», ma anche eventualmente quelle di disarmo, pure elencate nell'art. 43, par. 1, del TUE. Dal momento che la gran parte della prassi di cui di seguito ci si occuperà si è sviluppata prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è opportuno specificare che tutte le missioni evocate rientravano nella competenza dell'Unione già prima dell'inserimento nel TUE degli articoli 42 e 43, essendo previste nell'allora art. 17, par 2, del TUE quale formulato dal Trattato di Amsterdam.

Quanto appunto alla prassi, l'Unione europea si è fatta carico di numerose operazioni militari con funzioni semi-coercitive o potenzialmente coercitive nel senso sopra spiegato. Tutte sono state inviate con il consenso del governo locale e delle altre parti coinvolte e a tutte sono stati affidati compiti attinenti alla sicurezza. Così, riguardo all'istituzione della *Interim Emergency Multinational Force*, meglio conosciuta come operazione *Artemis* nella Repubblica democratica del Congo e avviata con decisione 2003/432/PESC del Consiglio, del 12 giugno 2003<sup>71</sup>, hanno prestato il consenso il governo congolese ma anche i governi rwandese e ugandese e, infine le «Ituri parties»<sup>72</sup>. La Forza ha avuto il mandato di contribuire a stabilizzare le condizioni di sicurezza nel Paese e il miglioramento della situazione umanitaria a Bunia, garantendo in particolar modo la protezione dell'aeroporto e delle *internally displaced persons* collocate nei campi e all'occorrenza la sicurezza della popolazione civile, del personale delle Nazioni unite e della presenza umanitaria nella città.

Ancora più ampio il mandato di sicurezza dell'operazione in Bosnia-Erzegovina denominata *Althea*, istituita con azione comune 2004/570/PESC del 12 luglio 2004<sup>73</sup>: secondo l'art. 1, par. 1, di quest'ultima la Forza doveva «contribuire ... a un ambiente sicuro in Bosnia-Erzegovina, necessario per l'esecuzione dei compiti fondamentali» affidati alle istituzioni internazionali presenti *in loco*, in particolare facendosi carico dei compiti specificati negli allegati 1-A e 2 dell'Accordo quadro generale per la pace (GFAP) nel Paese (ruolo che quegli accordi assegnavano alla Forza NATO inizialmente denominata IFOR e in seguito SFOR). La sostituzione dell'UE alla NATO nell'espletamento dei compiti affidati a una forza militare internazionale nei due

---

<sup>70</sup> Così, per tutti, G. Ress, J. Bröhmer, *Article 53*, in *The Charter of the United Nations*, cit., 861; P. Picone, *Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, 72 ss.; G. Cellamare, *Le attività di mantenimento della pace, II parte*, cit., 237-240.

<sup>71</sup> In GU L 147 del 14 giugno 2003.

<sup>72</sup> Di siffatto consenso dà conto il preambolo della risoluzione 1484(2003) del Consiglio di sicurezza, su cui v. *infra*.

<sup>73</sup> In GU L 252 del 28 luglio 2004.

allegati del GFAP è stata approvata dalla Presidenza della Bosnia-Erzegovina « on behalf of Bosnia and Herzegovina, including its constituent entities»: si noti che queste tre parti sono per l'appunto le firmatarie degli allegati suddetti<sup>74</sup>.

Più limitato nel tempo e nella finalità è stato il contributo alla sicurezza per cui si è resa necessaria la EUFOR R.D.Congo, istituita con l'azione comune 2006/319/PESC del 27 aprile 2006<sup>75</sup>. Questa ha infatti operato durante il processo elettorale della primavera 2006, di importanza cruciale per la stabilizzazione del Paese in seguito al referendum sulla bozza di Costituzione pochi mesi prima, in una situazione in cui gli sforzi organizzativi della commissione elettorale locale e della United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo (MONUC) rischiavano seriamente di essere vanificati da incidenti nello svolgimento delle elezioni (presidenziali e parlamentari). Pertanto, con il consenso espresso del governo congolese<sup>76</sup> la Forza militare dell'UE ha ricevuto il mandato di fornire supporto alla MONUC « in case MONUC faces serious difficulties in fulfilling its mandate within its existing capabilities»<sup>77</sup> e, più specificamente, di contribuire alla protezione dei civili sotto minaccia di violenza e alla protezione dell'aeroporto di Kinshasa, nonché di intraprendere operazioni specifiche per mettere al sicuro individui in pericolo, oltre che a proteggere il proprio personale e le proprie installazioni.

Si è occupata del supporto con finalità di sicurezza di una missione Nazioni unite anche la EUFOR Ciad/RCA, istituita il 15 ottobre 2007 con azione comune 2007/677/PESC<sup>78</sup> e dislocata nel gennaio successivo. Questa terza Forza «africana» è stata operativa nelle regioni del Ciad e della Repubblica centrafricana al confine con il Darfur a causa del concreto pericolo che l'instabilità di quest'ultimo si estendesse anche a questi territori, quando invece la sicurezza regionale era ritenuta un elemento fondamentale della stabilizzazione del Darfur. Nel dettaglio, con il consenso delle autorità del Ciad e di quelle centrafricane<sup>79</sup> essa ha contribuito alla protezione dei civili, a facilitare l'assistenza umanitaria e a proteggere il personale delle Nazioni unite, le sue installazioni e il suo equipaggiamento, potendosi giovare di «all necessary measures» per adempiere alle suddette funzioni<sup>80</sup>.

Infine, anche il mandato della notissima operazione *Atalanta* è riconducibile alla necessità di garantire sicurezza *in loco*, sebbene con modalità e in un contesto del tutto peculiari. *Atalanta*, istituita con azione comune 2008/851/PESC del 10

---

<sup>74</sup> La citazione è tratta dal preambolo della risoluzione 1575(2004) del Consiglio di sicurezza, sulla quale v. *infra*.

<sup>75</sup> In GU L 116 del 29 aprile 2006.

<sup>76</sup> Si veda al riguardo il par. 1 della risoluzione 1671(2006) del Consiglio di sicurezza, sulla quale v. *infra*.

<sup>77</sup> Così il par. 8 (a) della risoluzione 1671(2006).

<sup>78</sup> In GU L 279 del 23 ottobre 2007.

<sup>79</sup> Così il preambolo della risoluzione 1778(2007) del Consiglio di sicurezza (sulla quale v. *infra*) e il par. 8 del preambolo dell'azione comune 2007/677/PESC:

<sup>80</sup> Così il par. 6 (a) della risoluzione 1778(2007) del Consiglio di sicurezza.

novembre 2008<sup>81</sup>, è infatti una missione marittima finalizzata alla prevenzione e alla repressione degli atti di pirateria a danno sia del traffico commerciale sia delle navi con carico umanitario, al largo delle coste somale e nel mare territoriale della Somalia. La missione si giova del consenso del *Transitional Federal Government* somalo, il quale ha fatto presente la necessità di assistenza internazionale nell'affrontare la piaga della pirateria attraverso opportuni strumenti di interdizione navale, riguardo ai quali si è dichiarato privo di capacità<sup>82</sup>.

## 6. La sostanziale attuazione del modello indicato negli articoli 53 e 54.

La messa in opera da parte dell'UE di operazioni militari dotate di una limitata possibilità di ricorrere alla forza armata, perché operanti con il consenso delle parti *in loco* ma in contesti non pacificati e qualificati dal Consiglio di sicurezza come «minaccia alla pace», è costantemente avvenuta dietro autorizzazione del Consiglio stesso, cioè a dire secondo lo schema dell'art. 53, par. 1, seconda frase. Così è stato per la *Interim Emergency Multinational Force*, c.d. operazione *Artemis*, nella Repubblica Democratica del Congo, autorizzata con la risoluzione 1484 del 30 maggio 2003 (par. 1); per l'operazione *EUFOR Althea* in Bosnia-Erzegovina, autorizzata con la risoluzione 1575 del 22 novembre 2004 (par. 10); per *EUFOR R.D. Congo*, autorizzata con la risoluzione 1671 del 25 aprile 2006 (par. 2); per *EUFOR Ciad/RCA*, autorizzata con risoluzione 1778 (2007) del 25 settembre 2007 (par. 6). Di regola le risoluzioni suddette contengono l'ulteriore autorizzazione «to take all necessary measures» a espletare il mandato ricevuto: com'è noto, nel linguaggio del Consiglio di sicurezza questa formula si riferisce all'uso della forza armata. Per quanto a certi dettagli i commentatori hanno per lo più negato rilevanza nella valutazione giuridica, sembra opportuno precisare che le suddette autorizzazioni non sono mai state incardinate nell'art. 53, avendo invece il Consiglio di sicurezza sempre richiamato il Capitolo VII. Né si può ritenere che detto richiamo sia privo di rilievo *ab origine*, cioè in quanto operato non ai fini del fondamento giuridico delle competenze esercitate ma a quelli più specifici dell'accertamento del presupposto dell'attività consiliare, che anche per le autorizzazioni *ex art. 53* deve rientrare nell'art. 39 (il quale è per l'appunto collocato nel Capitolo VII): infatti, di regola il Consiglio precisa di *agire* sulla base di questa parte della Carta. Un'ulteriore precisazione utile riguarda i

---

<sup>81</sup> In GU L 301 del 12 novembre 2008. Con la precedente azione comune 2008/749/PESC del 19 settembre 2008 (in GU L 252 del 20 settembre 2008), il Consiglio dell'Unione aveva avviato un'azione di coordinamento militare nel quadro della risoluzione 1816 del Consiglio di sicurezza ONU (EU NAVCO), con la finalità cioè di apportare un sostegno alle attività degli Stati membri che spiegavano mezzi militari nel teatro delle operazioni al fine di facilitarne la disponibilità e l'azione operativa, segnatamente attraverso la creazione di una cellula di coordinamento a Bruxelles. Secondo il par. 8 dell'azione comune 2008/851/PESC, istitutiva di *Atalanta*, i compiti affidati alla Cellula di coordinamento dovevano oramai essere svolti nel quadro di quest'ultima, con il risultato di chiudere la Cellula.

<sup>82</sup> Così il preambolo della risoluzione 1816(2008) del Consiglio di sicurezza (in due punti diversi), sulla quale v. *infra*.

destinatari delle autorizzazioni, precisazione che sembrerebbe di segno opposto rispetto alla precedente. Infatti, in un vero e proprio crescendo, riguardo all'operazione *Artemis* il Consiglio di sicurezza ha autorizzato l'avvio della missione con formula impersonale<sup>83</sup>, salvo poi rivolgere *agli Stati* l'autorizzazione «to take all necessary measures» (par. 4), ma in ogni caso lasciando l'UE affatto innominata; per *Althea* sono stati autorizzati gli Stati «acting through or in cooperation with the European Union» (par. 10) – salvo poi di nuovo omettere quest'ultima al momento di autorizzare gli stessi Stati «to take all necessary measures» per attuare il mandato (par. 14), per difendere se stessa e «the NATO presence» (par. 15) e per assicurare il rispetto di regole e procedure inerenti al governo e al controllo dello spazio aereo bosniaco (par. 16); per *EUFOR R.D.Congo* è stata autorizzata la stessa Forza sotto tutti i profili (paragrafi 2, 6 e 8); infine, per *EUFOR Ciad/RCA*, rotti gli indugi, è stata l'Unione *ipsa* a ricevere tutte le autorizzazioni di rito (par. 6, lett. a) e b).

Si distacca da quella descritta la prassi relativa ad *Atalanta*, posto che riguardo ai compiti presi in carico da quest'ultima il Consiglio di sicurezza non autorizza ma, rispettivamente, *invita* («calls upon») *gli Stati* ad attivarsi per quanto concerne la protezione delle navi con carichi umanitari (risoluzione 1814(2008), par. 11) e li *sollecita* («urges») in tal senso per gli altri aspetti (risoluzione 1816 (2008), paragrafi 2 e 3). La diversità di approccio si spiega, sul piano giuridico, con il fatto che le operazioni navali in questione sono perfettamente lecite senza necessità di autorizzazione consiliare poiché effettuate vuoi in alto mare, dove si inquadrano nelle norme internazionali sulla repressione della pirateria, vuoi nel mare territoriale somalo, dove si giovano del consenso del governo transitorio. Si tratta di un approccio corrispondente a quello usato circa altre operazioni di interdizione navale finalizzate a reprimere le violazioni delle misure di *embargo*. Quanto all'Unione europea, essa è citata nella risoluzione 1816(2008) sebbene non come destinataria delle sollecitazioni ma come strumento degli Stati per darvi seguito.

La corrispondenza della prassi sviluppata con il modello del Capitolo VIII si riscontra anche con riferimento all'informativa prescritta alle organizzazioni regionali dall'art. 54. Infatti, le risoluzioni contenenti le autorizzazioni non mancano mai di chiedere la presentazione di rapporti sull'espletamento del mandato. Va notato che, per l'appunto, in tutte le risoluzioni il Consiglio «requests» i rapporti, mentre l'art. 54 si riferisce ad un *obbligo* di informativa sulle operazioni intraprese. Lungi dal rappresentare una discrasia rispetto all'art. 54, la terminologia sembra esprimere il coordinamento con questa disposizione: l'*obbligo* di fornire le informazioni è infatti stabilito nella Carta e reiterarlo nelle risoluzioni, con riferimento ad operazioni specifiche, sarebbe ridondante e superfluo; invece in queste ultime, facendo affidamento per l'appunto sull'esistenza di un obbligo ad essere tenuto informato, il Consiglio indica le modalità con cui questo deve essere adempiuto. Così, riguardo alle operazioni *Artemis* ed *EUFOR RDC* il Consiglio chiede rapporti regolari, nel primo caso da

<sup>83</sup> La formula utilizzata è la seguente: il Consiglio « Authorizes the deployment ... of an Interim Emergency Multinational Force in Bunia» (risoluzione 1671 (2006), par. 1).

trasmettere per il tramite del Segretario generale (rispettivamente, risoluzione 1484(2003), par. 9 e risoluzione 1671(2006), par. 15); per *Althea* la richiesta è di rapporti almeno ad intervalli di tre mesi (risoluzione 1575(2004), par. 18); per *EUFOR Ciad/RDC* si prescrive un rapporto a metà mandato e uno al termine (risoluzione 1778(2007), par. 12).

Riassumendo, il quadro generale sopra tracciato restituisce una prassi aderente al modello degli articoli 53 e 54, cioè a dire a quanto il Capitolo VIII dispone riguardo alle operazioni regionali di natura coercitiva. Considerato che tale modello comprende solo due aspetti del rapporto tra Consiglio di sicurezza ed entità regionali, senza estendersi ad altre sfaccettature che pure destano interesse nello studio della dimensione regionale del sistema di sicurezza collettivo, si dovrà ora verificare se la prassi sviluppata dall'UE evidenzia caratteristiche uniformi cui far corrispondere un «regionalismo dell'Unione europea». L'interrogativo cui interessa rispondere riguarda l'approfondimento delle modalità con cui, in caso di operazioni coercitive intraprese nel quadro del Capitolo VIII, il Consiglio di sicurezza esercita la propria responsabilità principale nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale nonché – questione che rappresenta l'altra faccia della medaglia – lo spazio politico che effettivamente gli articoli 53 e 54 lasciano alle entità regionali.

Gli interrogativi suddetti si raccordano in parte con un tema giuridico classico inerente all'art. 53, par. 1, cioè a dire la questione dell'alternativa da questo stabilita tra l'*utilizzazione* dell'entità regionale per azioni coercitive del Consiglio, prevista dalla prima frase, e l'eventualità che l'azione medesima sia dal Consiglio *autorizzata* all'entità regionale, contemplata nella seconda frase. Ambedue le modalità comportano la subordinazione del livello regionale a quello universale, ma mentre nel primo caso l'entità regionale opera come *longa manus* del Consiglio di sicurezza, che prende l'iniziativa e tutto decide, nel secondo è l'entità regionale a gestire la crisi da protagonista, dovendo rimettersi all'autorizzazione consiliare per l'attività che il combinato disposto degli articoli 2, par. 4 e 51 della Carta preclude agli Stati membri<sup>84</sup>.

In effetti, nonostante la terminologia sia quella dell'autorizzazione, la maggior parte della prassi ricordata sembra piuttosto rispondere al modello dell'utilizzazione dell'entità regionale ad opera del Consiglio di sicurezza. L'unico caso sicuramente conforme al modello dell'autorizzazione è quello di *Althea*: l'intenzione dell'Unione di avviare una missione in Bosnia-Erzegovina, comprendente una componente militare, a partire dal dicembre 2004, è stata comunicata alla Presidenza del Consiglio di sicurezza dal Presidente di turno del Consiglio UE<sup>85</sup> all'indomani della riunione con cui il Consiglio atlantico aveva deciso di concludere l'operazione SFOR entro la fine del 2004<sup>86</sup>, la quale a sua volta aveva seguito l'annuncio del Consiglio europeo per cui l'Unione era pronta

---

<sup>84</sup> G. Ress, J. Bröhmer, *op. cit.*, 863-866; R. Kolb, *Article 53*, in *La Charte des Nations Unies*, cit., 1410-1412; U. Villani, *The Security Council's Authorization of Enforcement Action by Regional Organizations*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2002, 537.

<sup>85</sup> Lettera del 29 giugno 2004, U.N. doc. S/2004/522\*/Annex.

<sup>86</sup> Azione comune 2004/570/PESC, par. 7 del preambolo.

ad attivarsi con una missione che avrebbe preso il posto della Forza NATO. A seguito di quella comunicazione, il Consiglio di sicurezza, con la risoluzione 1551 (2004), prendeva nota e “welcome[s] the EU intention” (par. 9), anche in forza del consenso già espresso dalle parti bosniache (par. 7). Solo allora il Consiglio dell’Unione ha deciso formalmente di dare luogo alla missione, il 12 luglio (con la citata azione comune 2004/570/PESC). Infine, l’avvio di *Althea* è stato espressamente autorizzato qualche settimana prima del suo dispiegamento, con la risoluzione 1575 del 22 novembre 2004. Un elemento che completa lo schema dell’azione autorizzata prefigurato nell’art. 53, par. 1, seconda frase, interpretandolo anzi in maniera ancor più fedele rispetto alle mere modalità dell’ideazione, è la circostanza che l’Unione aveva elaborato una politica globale verso la Bosnia Erzegovina, che *Althea* ne era parte integrante<sup>87</sup> e che, contestualmente, il Consiglio ha deciso di attribuire al RSUE in Bosnia Erzegovina il compito di promuovere il coordinamento politico generale dell’UE nel paese<sup>88</sup>. In particolare, l’idea era che *Althea* dovesse «rafforzare l’approccio globale dell’UE nei confronti della Bosnia-Erzegovina e sostenere i progressi verso l’integrazione nell’UE che questo paese compirà grazie ai suoi sforzi, con l’obiettivo a medio termine della firma di un accordo di stabilizzazione e associazione»<sup>89</sup>.

Quanto alla prassi avente rispondenza con lo schema dell’utilizzazione, tale rispondenza è particolarmente pronunciata riguardo all’operazione *Artemis*. Anzitutto, dalla risoluzione 1484 (2003) emerge come il Consiglio di sicurezza avesse saldamente in mano la strategia di soluzione della crisi, in particolare come stesse seguendo l’istituzione in tempi rapidi di un governo di transizione inclusivo, avendo al riguardo già curato l’attivazione di una Forza di *peace-keeping* delle Nazioni unite, la MONUC, con il mandato di facilitare la stabilizzazione a Bunia e a dare supporto al processo politico nella regione dell’Ituri. Soprattutto, inoltre, in tale contesto l’iniziativa di rafforzare la MONUC attraverso l’affiancamento di una forza multinazionale fornita dall’Unione con compiti di sicurezza, per assicurarne il successo in una fase tanto delicata, è venuta dal Segretario generale dell’ONU, sotto la cui direzione era collocata la MONUC<sup>90</sup>, e la decisione del Consiglio UE di avviare l’operazione *ha seguito* la risoluzione autorizzativa del Consiglio di sicurezza invece di precederla. La decisione PESC relativa all’avvio dell’operazione nulla dice del suo mandato, che risulta interamente determinato nella risoluzione 1484(2003) del Consiglio di sicurezza. Infine, nel caso di *Artemis* il rapporto tra la forza di *peace-keeping* ONU e la forza regionale appare di tipo servente (della seconda nei confronti della prima). Volendo riprendere i modelli di cooperazione tra il Consiglio di sicurezza e le entità regionali, tratteggiati nel *Supplement to an Agenda for Peace*, le due Forze

---

<sup>87</sup> Si tratta del documento approvato dal Consiglio europeo il 17-18 giugno 2004, citato *supra*. Sul punto, l’azione comune 2004/570/PESC, par. 6 del preambolo.

<sup>88</sup> Cfr. l’azione comune 2004/569/PESC, pure adottata in data 12 luglio 2004.

<sup>89</sup> Azione comune 2004/570/PESC, par. 10 del preambolo.

<sup>90</sup> Si veda in proposito il preambolo della risoluzione 1484(2003) e la decisione 2003/432/PESC del Consiglio, cit., par. 2 del preambolo.

sembrano costituire un esempio, più che di *co-deployment*, di *operational support*. Infatti, *Artemis* doveva operare *in close coordination* con la MONUC (risoluzione 1484(2003), par. 1) e su base strettamente temporanea, al fine specifico di consentire al Segretario generale di rafforzare la presenza della Forza ONU a Bunia (par. 2).

L'avvio di *EUFOR RD Congo* ha seguito sostanzialmente lo stesso modello: come precisato nell'azione comune 2006/319/PESC, tale avvio è avvenuto dietro invito del Sottosegretario generale dell'ONU per le azioni di mantenimento della pace<sup>91</sup> e il mandato dell'operazione è determinato nella risoluzione 1671 (2006) del Consiglio di sicurezza, cui la predetta azione comune fa rinvio (art. 1, par. 1). La risoluzione consiliare, non già l'azione comune del Consiglio dell'Unione, stabilisce anche la durata dell'operazione (par. 2). Peraltro, anche riguardo a *EUFOR RD Congo*, la collaborazione tra UE e ONU sembra aver assunto le sembianze dell'*operational support* prefigurato nel *Supplement to an Agenda for Peace*.

Il modello è stato ulteriormente replicato per *EUFOR Ciad/RCA*: il 10 agosto 2007 il Segretario generale dell'ONU ha proposto di spiegare nel Ciad orientale e nel nordest della Repubblica centrafricana una presenza pluridimensionale, eventualmente comprensiva di una componente militare dell'UE; a stretto giro il Presidente del Consiglio di sicurezza ha manifestato favore per la proposta; il Consiglio dell'Unione ha approvato il concetto generale di un'eventuale operazione militare dell'Unione nella regione, facendone dare comunicazione al Consiglio di sicurezza; con risoluzione 1778(2007) quest'ultimo ha autorizzato l'operazione e, infine, con azione comune 2007/677/PESC il Consiglio dell'Unione ne ha approvato l'avvio<sup>92</sup>. Tale azione comune non stabilisce essa stessa il mandato dell'operazione militare, ma fa in proposito rinvio alla risoluzione del Consiglio di sicurezza 1778(2007), la quale ne stabilisce anche la durata (par. 6, lett. a)). Come le altre due Forze africane appena viste, anche *EUFOR Ciad/RCA* è stata portata avanti in stretta collaborazione con una Forza di *peace-keeping* delle Nazioni unite: a nostro avviso, secondo le modalità dell'*operational support*.

## **7. L'unilateralismo regionale espresso dall'Unione europea, ovvero il multilateralismo possibile dell'Unione.**

La prassi esaminata dimostra che l'Unione europea, quando riesce ad esprimere una politica estera o di difesa con gli strumenti di natura largamente intergovernativa di cui dispone in questo settore, riesce in effetti a rendersi interprete dello scenario ottimista prefigurato da Boutros-Ghali nell'*Agenda for*

---

<sup>91</sup> Cfr. il par. 4 del preambolo. Nello stesso senso v. il preambolo della risoluzione del Consiglio di sicurezza 1671(2006).

<sup>92</sup> Tutti questi passaggi sono puntualmente riportati nel preambolo dell'azione comune 2007/677/PESC.

*Peace*<sup>93</sup>. Pare utile riportarlo integralmente:

«60. The cold war impaired the proper use of Chapter VIII and indeed, in that era, regional arrangements worked on occasion against resolving disputes in the manner foreseen in the Charter.

65. Today a new sense exists that they have contributions to make. Consultations between the United Nations and regional arrangements or agencies could do much to build international consensus on the nature of a problem and the measures required to address it. Regional organizations participating in complementary efforts with the United Nations in joint undertakings would encourage States outside the region to act supportively. And should the Security Council choose specifically to authorize a regional arrangement or organization to take the lead in addressing a crisis within its region, it could serve to lend the weight of the United Nations to the validity of the regional effort. Carried forward in the spirit of the Charter, and as envisioned in Chapter VIII, the approach outlined here could strengthen a general sense that democratization is being encouraged at all levels in the task of maintaining international peace and security, it being essential to continue to recognize that the primary responsibility will continue to reside in the Security Council».

Le parole di questo documento impongono di dedicare ancora attenzione alla «versione dell'Unione europea», cioè ai modi con cui questa fornisce il proprio contributo alla causa della pace e della sicurezza internazionale nel quadro della Carta, sotto due profili che meritano un chiarimento.

134

Nonostante la grande apertura determinata proprio dall'*Agenda for Peace* a ogni tipologia di accordo o azione regionale possibile, dalle righe riportate affiora l'idea che tale azione debba svolgersi nell'ambito della regione di pertinenza: si individua infatti nella capacità di coinvolgimento di «*States outside the region*» uno degli apporti dell'azione regionale, oltre ad ipotizzare che il Consiglio di sicurezza possa lasciare che un'entità regionale «take the lead in addressing a crisis *within its region*». Dunque, se pure il riferimento alla *regione* non dovesse equivalere alla *base sociale* dell'accordo o organizzazione, e se il termine *regione* neppure dovesse avere un significato geografico, è innegabile che per l'*ex* Segretario generale un'entità regionale non possa prescindere da ... una regione di pertinenza, appunto. Il senso del regionalismo nella Carta ONU diversamente non esisterebbe più<sup>94</sup>: lo spazio riservato alle entità regionali riguarda «such

<sup>93</sup> Merita ricordare che una valutazione positiva sul regionalismo espresso dall'Unione, unica sotto questo profilo tra le molte organizzazioni regionali esistenti, era già stata formulata vent'anni fa da N.D. White, *op. cit.*, 220-221. Secondo l'A., l'Unione si mostrava come l'unica entità regionale pronta a tutelare gli interessi della comunità globale.

<sup>94</sup> Cfr. U. Villani, *Il ruolo delle organizzazioni regionali*, cit., 431-432, dove, pur accettandosi una nozione non geografica dell'aggettivo «regionale», riferito agli accordi/organizzazioni *ex* Capitolo VIII, si ritiene che tali accordi/organizzazioni debbano riguardare una certa area geografica, rispetto alla quale perseguono fini di pace e di sicurezza. Appare rilevante fare qui riferimento anche a W. Hummer, M. Schweitzer, *Article 52*, cit., 822, dove si fanno considerazioni ispirate a un'idea di fondo simile anche se nel dettaglio diverse: infatti, il motivo per cui questi Autori, pur accettando che l'ambito di attività delle entità *ex* Capitolo VIII non debba necessariamente essere una regione geografica, ritengono irrinunciabile un certo grado di prossimità fisica tra gli Stati membri, è che la soluzione opposta condurrebbe il Capitolo VIII «largely to lose its effectiveness».

matters ... as are appropriate for regional actions» (art. 52, par. 1) e, in relazione all'uso di strumenti pacifici, la soluzione di «local disputes» (art. 52, paragrafi 2 e 3)<sup>95</sup>. Inoltre, non si potrebbe comprendere la ragion d'essere del Capitolo VIII a fronte della possibilità, espressamente prevista dall'art. 48, par. 2, che il Consiglio di sicurezza affidi l'attuazione di una misura da lui decisa a un gruppo di Stati membri. Invece, la prassi studiata dimostra, in coerenza del resto con le previsioni del TUE sulla cui base essa si sviluppa, che l'Unione europea opera nel quadro del Capitolo VIII *senza avere una regione di pertinenza*: il che è problema ben diverso dalle questioni, largamente discusse in letteratura e superate a partire dagli anni novanta, del significato del termine «regionale» o della possibilità che un'entità regionale operi nei confronti di uno o più Stati terzi.

L'affermazione suddetta, davvero impegnativa, richiede a sua volta un approfondimento. Infatti, la prassi esaminata dimostra che talvolta l'UE opera precisamente entro una regione di pertinenza, la quale coincide con gli Stati potenzialmente candidati, se non addirittura candidati, all'adesione, e con quelli interessati dalla sua politica di vicinato. Tra l'Unione e questo genere di Stati i rapporti sono molto stretti su tutti i piani: giuridico, finanziario, commerciale e politico. Riguardo ai primi, il rapporto con l'Unione è qualificato dalla loro c.d. «prospettiva europea»<sup>96</sup>; riguardo ai secondi, dal costituire insieme «una zona di prosperità, sicurezza e stabilità», basata sul «riconoscimento di valori reciproci, quali la democrazia, i diritti umani, lo stato di diritto, la buona amministrazione, l'economia di mercato, lo sviluppo sostenibile»<sup>97</sup>. È dunque indubbio che l'Unione, quando si adopera per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale in relazione a questioni insorte tra questi Stati o nell'ambito di uno di essi, opera secondo una logica «locale» omogenea allo spirito del regionalismo di cui il Capitolo VIII è storicamente espressione.

Resta il fatto che l'azione dell'Unione pertinente al Capitolo VIII non è affatto ristretta né agli Stati candidati all'adesione né a quelli del vicinato. Il TUE, si sa, non definisce limiti di sorta, e del resto l'ampliamento dell'orizzonte spaziale è connaturato all'essere, l'azione dell'UE, espressione di una *politica estera e di difesa*. Non solo: il «manifesto strategico» del 2003 (sul cui sfondo si

---

<sup>95</sup> I corsivi delle citazioni sono aggiunti. Il significato dell'espressione «local disputes» è un altro dei punti che ha sempre generato un notevole dibattito tra gli studiosi. Si vedano, esemplificativamente, R. Yakemtchouk, *L'ONU. La sécurité régionale et le problème du régionalisme*, Paris, 1955, 164, per cui con quest'espressione si possono intendere le controversie tra Stato parte dell'accordo/organizzazione e Stato terzo appartenente alla regione, intesa non in senso strettamente geografico; L.M. Goodrich, E. Hambro, A.P. Simons, *The Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, New York-London, 1969, 185, nel senso che per «local disputes» si intende tra Stati parti dell'accordo o membri dell'organizzazione; S. Marchisio, *op. cit.*, che nel modo più generale possibile fa rientrare nell'espressione le controversie comprese nell'ambito di applicazione dell'accordo regionale *de quo*.

<sup>96</sup> U. Villani, *Le responsabilità dell'Unione europea*, cit., 558-561.

<sup>97</sup> U. Villani, *Le responsabilità dell'Unione europea*, cit., 572. Cfr. M. Cremona, *The European Neighbourhood Policy. More than a Partnership?*, in *Developments in EU External Relations Law*, cit., 254 ss.; F. Bindi, I. Angelescu, *The Open Question of an EU Foreign Policy*, in *The Foreign Policy of the European Union. Assessing Europe's Role in the World*, edited by F. Bindi, I. Angelescu, Washington, 2012, 333.

collocano tutte le azioni esaminate) annoverava fra le minacce principali cui la sicurezza dell'UE è sottoposta i conflitti regionali e rinveniva potenziali rischi da quelli in Kashmir, nella Regione africana dei Grandi laghi e nella penisola coreana, affermando in termini generali che le minacce geograficamente distanti possono destare preoccupazione tanto quanto quelle vicine<sup>98</sup>. Quanto al nuovo documento sulla strategia di sicurezza pubblicato nel 2016, in esso si afferma un impegno prioritario dell'Unione nel continente europeo e nelle regioni limitrofe, ma lo si accompagna con la risoluzione di attivarsi senz'altro anche in aree più lontane ove necessario e opportuno<sup>99</sup>. Si può dunque concludere che all'occorrenza il regionalismo espresso dall'Unione snatura la logica sottostante le disposizioni cui pure si conforma e realizza un decentramento funzionale che in nulla si differenzia da eventuali iniziative assunte da terzi sulla base del Capitolo VI ovvero dagli interventi militari autorizzati nel quadro del Capitolo VII. Esso è cioè null'altro che un unilateralismo che riesce però a collocarsi nella cornice giuridica della Carta: infatti, l'Unione europea persegue l'interesse alla *propria* sicurezza, ma lo fa coincidere (anche perché così impone il TUE) con quello della pace e della sicurezza globali.

E però, al fine di risolvere una certa crisi, dal punto di vista tanto degli Stati coinvolti quanto di tutti gli altri membri delle Nazioni unite, l'iniziativa di uno Stato singolo o di un gruppo di Stati estemporaneamente coagulatosi è cosa ben diversa da quella di un'organizzazione regionale pur lontanissima (nel caso delle crisi africane) ed estranea quale l'Unione. In un'organizzazione gli interessi egemoni degli Stati sono per lo più stemperati; essa opera sulla base di norme e con l'ausilio di strumenti più facilmente noti all'esterno e dunque più affidabili, specie se siano già stati utilizzati altrove. Di qui il secondo chiarimento sulla «versione dell'Unione europea» richiesto dalle parole dell'*Agenda for peace*: proprio per essere un'organizzazione regionale, l'Unione può comunque riuscire, diversamente da uno Stato singolo, a rafforzare il «general sense that democratization is being encouraged at all levels in the task of maintaining international peace and security». È anzi interessante notare come la condizione di organizzazione «terza» – di cui peraltro fanno parte alcuni Stati «forti» sulla scena internazionale, tra i quali due membri permanenti del Consiglio di sicurezza, ma anche molti altri «minori» – possa fare dell'Unione un convincente «grado intermedio» rispetto all'organizzazione universale senza le complicazioni politiche talvolta collegate al ruolo di un'organizzazione «locale»: tra le difficoltà storiche del regionalismo onusiano vi è stato il timore degli Stati coinvolti nelle crisi che l'organizzazione regionale pertinente operasse come strumento di interessi egemoni di potenze locali<sup>100</sup>.

L'ultima notazione riguarda il ruolo del livello universale (cioè delle Nazioni unite) specie con riferimento all'uso di strumenti pacifici a livello regionale. Per quanto l'art. 52 delinea in proposito un modello di rapporti molto

<sup>98</sup> *A Secure Europe in a Better World*, cit., 4 e 6 rispettivamente.

<sup>99</sup> *Una strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea*, cit., soprattutto a 14 e 24.

<sup>100</sup> Sul punto A. Tanzi, *op. cit.*, 5 ss.

debole, si è visto come questo corrisponda a una priorità del livello regionale, che all'occorrenza può essere ribaltata a favore del livello universale. Si è anche visto come la prassi dell'Unione sia nel senso del coordinamento e della complementarità tra ONU ed entità regionale. Com'è ampiamente noto, il modello del coordinamento e della collaborazione tra Nazioni unite e organizzazioni regionali tende ad essere generale. Mentre le disposizioni della Carta sono il prodotto dell'antagonismo tra *regionalists* e *globalists*, i quali miravano ad *emarginare*, rispettivamente, il livello universale e quello regionale<sup>101</sup>, già l'*Agenda for peace* si riferiva a *sinergie* tra Nazioni unite e organizzazioni regionali. Successivamente, sotto l'impulso del Segretariato, la prassi si è orientata in tal senso. Tra gli elementi più significativi ricordiamo qui la risoluzione dell'Assemblea generale A/RES/49/57, del 17 febbraio 1995, su «Declaration on the Enhancement of Cooperation between the United Nations and Regional Arrangements or Agencies in the Maintenance of International Peace and Security» e, riguardo all'unica organizzazione regionale che in tempi recenti si è resa molto attiva secondo modalità più classiche dell'Unione europea, cioè a dire l'Unione africana, la risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 2033 del 12 gennaio 2012.

Ebbene, ci sembra che, riguardo all'Unione europea, con riferimento alle attività pacifiche il modello emerso dalla prassi si giustifichi anche sulla base di considerazioni giuridiche. Infatti, le organizzazioni che operano «fuori area», come l'Unione europea, e quelle che invece si occupano di situazioni o controversie tra i propri Stati membri, rispetto all'art. 52, par. 2 si trovano in una condizione diversa. L'art. 52, par. 2, *impone* di prendere iniziative a livello regionale ai «Members of the United Nations *entering into* such agreements or *constituting* such agencies»<sup>102</sup>: tale limitazione soggettiva riflette evidentemente l'idea che gli accordi/organizzazioni regionali debbano occuparsi di controversie e questioni sviluppatesi tra o nell'ambito dei propri membri, giacché solo ove impegnati a conseguire una soluzione pacifica siano tanto gli Stati direttamente coinvolti nella situazione o controversia quanto quelli partecipanti allo strumento atto a risolverla o a porvi rimedio l'obbligo suddetto potrà avere una certa efficacia. Per l'appunto, a causa della formulazione dell'art. 52, par. 2, questa condizione «ideale» si verifica allorché «Members of the United Nations *entering into* such agreements or *constituting* such agencies» siano tanto gli uni quanto gli altri. Beninteso, tecnicamente nulla nella disposizione citata preclude agli Stati partecipanti a un'entità regionale di dare séguito all'obbligo suddetto riguardo a questioni relative a Stati terzi: anzi, secondo la sua formulazione letterale l'obbligo che essa stabilisce si applica senza limitazioni soggettive di sorta<sup>103</sup>. Resta il fatto che le organizzazioni operanti «fuori area» sono intrinsecamente escluse dalla suddetta situazione ideale, poiché si giovano della priorità stabilita

<sup>101</sup> Sul punto v. per tutti A. Abass, *op. cit.*, 28-29.

<sup>102</sup> Corsivi aggiunti.

<sup>103</sup> La formulazione della norma riflette tuttavia come storicamente sia nata avendo a mente che accordi e organizzazioni regionali si occupassero di controversie *tra* Stati membri: così A. Abass, *op. cit.*, 31.

dall'art. 52 solo in forza dell'impegno *unilaterale* dei propri membri, oltre che di eventuali iniziative del Consiglio di sicurezza. Di qui la conclusione per cui, nel caso di controversie o situazioni «fuori area», la priorità del livello regionale è, per così dire, intrinsecamente «dimezzata». Ne deriva un ruolo spesso decisivo del livello universale: la collocazione, nella strategia di soluzione della crisi perseguita dal Consiglio, di uno strumento regionale «estraneo» lo rende accettabile, se non desiderabile, dagli Stati terzi. In altre parole, diversamente e più che altre entità regionali l'UE ha *bisogno* del Consiglio di sicurezza per poter svolgere il proprio ruolo di attore della sicurezza internazionale. Ciò, ovviamente, è tanto più vero quanto più l'azione dell'Unione si diriga verso Paesi che neppure fanno parte del vicinato.

# La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali

di Naiara Posenato

**Abstract:** *Inter-American Court case law about indigenous and tribal rights to live and to property* – This article analyses the Inter-American Court of Human Rights case law concerning the rights of indigenous and tribal groups, with special reference to the right to live and to the right to property. The investigation presents, firstly, the new Inter-American specific instrument of protection, the *Inter-American Declaration of the Rights of Indigenous Peoples* and, secondly, the particularities of the legal subject interpretation. An important regional trend in is that interpreter have to take into consideration the cultural situation as well as the indigenous groups vulnerability when reading the rights established in international instruments. In this interpretative framework, the Inter-American Court of Human Rights creates an often innovative protective system concerning, among others, the right to live and the right to property, which key decisions are subject to examination.

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; *Inter-American Declaration of the Rights of Indigenous Peoples*; *pro homine*; right to live; right to property.

139

---

## 1. Premessa

Per il sistema inter-americano di protezione dei diritti umani, istituito sotto gli auspici dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS), i diritti dei popoli indigeni e tribali sono materia di particolare interesse. Ciò si deve, innanzitutto, all'importante numero di popolazioni nel continente<sup>1</sup>, ma anche al fatto che, nonostante i diritti di questi popoli trovino formale riconoscimento in numerosi ordinamenti della regione – sia a livello di legislazione ordinaria che costituzionale, in quest'ultimo ambito soprattutto a partire dagli anni ottanta del

---

<sup>1</sup> Che ammonterebbero, secondo i dati ufficiali, ad oltre 800, per circa 44 milioni di persone: «México y el Perú son los países de mayor población indígena en la región, con casi 17 millones y 7 millones, respectivamente. Le siguen Bolivia (Estado Plurinacional de) y Guatemala, con cifras que rondan los 6 millones; Chile y Colombia, que superan el millón y medio; la Argentina, el Brasil y el Ecuador, con alrededor de 1 millón de personas cada uno; la República Bolivariana de Venezuela con poco más de 700.000; Honduras y Nicaragua, con más de medio millón, y Panamá con alrededor de 400.000. De los países que han incluido en sus censos la categoría de población indígena, los que presentan cifras más bajas son Costa Rica y el Paraguay, con poco más de 100.000, y el Uruguay con casi 80.000. Es de esperar que esas cifras experimenten cambios en algunos países que aún no han levantado sus censos». Così CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Naciones Unidas – Cepal, Santiago do Chile, 2014, 99.

secolo appena trascorso<sup>2</sup> –, in molti casi ciò non corrisponde ad una concreta ed effettiva tutela in ambito nazionale.

In particolare, la Corte interamericana sui diritti umani (Corte IDH, acronimo in spagnolo) è l'organo di protezione giudiziale all'avanguardia per quanto attiene il riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni<sup>3</sup>. A partire dal 1991 e soprattutto dall'inizio del millennio, sono state adottate 29 decisioni in materia nei confronti di dieci Stati, sulla cui base hanno trovato riconoscimento un ampio ventaglio di diritti e libertà, che vanno, tra gli altri, dalla tutela della vita e dell'integrità personale al diritto alla personalità giuridica, dalla libertà di espressione e di movimento alla tutela della proprietà<sup>4</sup>. La natura spesso

<sup>2</sup> Specificatamente, sulla situazione del diritto in materia in diversi ordinamenti nazionali, si veda R. Gargarella, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción*, in *Boletín Onteaiken*, 15, 2013, spec. 26 ss.; D.A.G. Iturralde, *Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: logros, límites y perspectivas*, in *Revista IIDH*, 41, 2005, 17 ss.; J.F. Gonzalez-Bertomeu, R. Gargarella (Ed.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, London, 2016, 189 ss.; e, in generale, il volume curato da S. Lanni, *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Napoli, 2011. Sul tema ha inciso profondamente anche il movimento di riforma costituzionale conosciuto come *Nuevo constitucionalismo*, che in generale riconosce i diritti dei popoli indigeni e il diritto consuetudinario indigeno in ottica pluralistica. Naturalmente la bibliografia sul tema è molto ampia. Una lucida analisi in lingua italiana, svolta da più autori, è stata pubblicata in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012/II: M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità. Il nuevo constitucionalismo andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, 319 ss.; M. Petters Melo, *Neocostituzionalismo e nuevo constitucionalismo in America Latina*, 342 ss.; G. Rolla, *La nuova identità costituzionale latinoamericana*, 326 ss.

<sup>3</sup> Rispetto ad altri sistemi regionali di protezione, come quello europeo. Cfr. P. Kovács, *Indigenous issues under the European Convention of Human Rights, reflected in an inter-american mirror*, in 48, *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2016, 798; F.C. de Oliveira Franco, *Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional*, in *Revista de Direito Internacional*, 12, 2015, 238.

<sup>4</sup> Questo numero fa riferimento alle sole sentenze di merito e/o di riparazione. Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros c. Surinam. Fondo*. Sent. del 4-12-1991, serie C, n. 11; e Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros c. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sent. del 10-9-1993, serie C, n. 15. Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala. Fondo*. Sent. del 25-11-2000, serie C, n. 70; e Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sent. del 22-2-2002, serie C, n. 91. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sent. del 1-2-2000, serie C, n. 66; e Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 31-8-2001, serie C, n. 79. Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala. Fondo*. Sent. del 29-4-2004, serie C, n. 105; e Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sent. del 19-11-2004, serie C, n. 116. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Morwana c. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 15-6-2005, serie C, n. 124. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sent. del 17-6-2005, serie C, n. 125. Corte IDH, *Caso Yatama c. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 23-6-2005, serie C, n. 127. Corte IDH, *Caso López Álvarez c. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 1-2-2006, serie C, n. 141. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sarwihoyamaxa c. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 29-3-2006, serie C, n. 146. Corte IDH, *Caso Escué Zapata c. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 4-7-2007, serie C, n. 165. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 28-11-2007, serie C, n. 172. Corte IDH, *Caso Tiu Tojín c. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 26-11-2008, serie C, n. 190. Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 25-5-2010, serie C, n. 212. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 24-8-2010, serie C, n. 214. Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros c. México. Excepción*

innovativa della giurisprudenza interamericana rappresenta forse un contrappeso alla nota riluttanza di alcuni Stati ad osservare o ad eseguire le decisioni della Corte<sup>5</sup>.

La tematica del riconoscimento e della protezione dei diritti dei popoli indigeni è di natura complessa e riguarda, oltre che i diritti umani, questioni di enorme importanza strategica e di scottante attualità, quali la tutela degli investimenti e il diritto dell'ambiente, che spesso portano a contrapporre interessi contrastanti. Il presente scritto, per ovvie ragioni di spazio, non aspira ad esaminare ciascuna di tali questioni, ma si limiterà ad analizzare la giurisprudenza della Corte IDH in materia di tutela della vita e della proprietà e a metterne in evidenza le principali caratteristiche. Queste tematiche sono infatti quelle che più frequentemente interessano la giurisprudenza della Corte e, forse anche per questo motivo, sono anche quelle che maggiormente si contraddistinguono per originalità sotto il profilo della costruzione giuridica.

Una premessa è indispensabile: nel sistema interamericano, data la diversità etnica e culturale locale, la protezione internazionale è accordata indistintamente sia ai popoli indigeni che ai popoli tribali, intesi questi ultimi come ricomprensenti anche minoranze come le comunità di afro-discendenti formate da schiavi fuggiti (denominati, per fare qualche esempio, *Marroon* nel Suriname, *Quilombos* in Brasile, *Garífuna* in Guatemala e Belize). Tali popoli, non propriamente autoctoni, condividono però alcune caratteristiche con i popoli indigeni, quali un'origine, una storia e un'identità comuni, pratiche culturali proprie e un rapporto particolare e di tipo collettivo con il territorio dove abitano. Inoltre, tali realtà solitamente si caratterizzano per una spiccata

---

*Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas*. Sent. del 30-8-2010, serie C, n. 215. Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 31-8-2010, serie C, n. 216. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sent. del 27-6-2012, serie C, n. 245. Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro c. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 4-9-2012, serie C, n. 250. Corte IDH, *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 20-11-2013, serie C, n. 270. Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 29-5-2014, serie C, n. 279. Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros c. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 14-10-2014, serie C, n. 284. Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros c. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 8-10-2015, serie C, n. 304. Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros c. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 8-10-2015, serie C, n. 305. Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 25-11-2015, serie C, n. 309. Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal c. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 30-11-2016, serie C, n. 328.

<sup>5</sup> Fra gli esempi più noti, si ricordi il boicottaggio brasiliano nei confronti dell'Organizzazione degli Stati Americani come forma di protesta contro la decisione della Commissione Interamericana dei diritti umani di ordinare la sospensione della costruzione della diga idroelettrica di Belo Monte.

coscienza della propria identità, distinta da altri settori della collettività nazionale<sup>6</sup>.

## 2. La *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* del 2016

Il processo c.d. di «empoderamiento» (rafforzamento, *empowerment*) dei popoli indigeni nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani è fenomeno relativamente recente: tali popolazioni hanno dovuto infatti attendere fino alla fine del Novecento per vedersi riconosciuti in ambito internazionale alcuni diritti. Gli indigeni non avevano trovato in questo senso alcuna tutela nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nelle dichiarazioni e nei trattati adottati negli anni successivi, mentre soltanto con la Convenzione sui popoli indigeni e tribali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 1957 – Convenzione n. 107, entrata in vigore nel 1959 –, sono stati riconosciuti, per la prima volta, alcuni loro diritti di natura collettiva<sup>7</sup>; si ritiene peraltro che il primo accordo internazionale che ha loro attribuito il diritto all'autodeterminazione sia stato la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007<sup>8</sup>.

La persona indigena e/o la comunità indigena non hanno avuto esplicito riconoscimento nemmeno nel testo della Dichiarazione americana sui diritti umani o nella Convenzione americana sui diritti umani (in seguito Convenzione americana oppure CADU). Ciononostante, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, la tematica ha acquisito rilevanza in seno agli organi locali di protezione, come dimostra la raccomandazione dell'Assemblea Generale dell'OAS diretta alla Commissione interamericana sui diritti umani affinché elaborasse uno strumento americano specifico per la tutela delle popolazioni autoctone<sup>9</sup> e la creazione, nel

<sup>6</sup> Cfr. Corte IDH, *Moixwana c. Suriname*, 2005, cit., par. 133; Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 86, 132-133; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz*, 2015, cit., par. 57; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra*, 2015, cit., par. 91. Cfr. anche A.E. Dulitzky, *Cuando los afrodescendientes se transformaron en "pueblos tribales". El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras*, in *El Otro Derecho*, 41, 2010, 13 ss. Sulla specificità degli indigeni rispetto ad altre minoranze si veda, *inter alia*, F. Palermo, J. Woelk, *Diritto Costituzionale Comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova, 2011, 28 ss.

<sup>7</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione della normativa internazionale si veda R. Pisillo Mazzeschi, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A. Palmisano, P. Pustorino (cur.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici, Atti del Convegno Internazionale (Siena 4-5 giugno 2007)*, IILA, Roma 2008, 19 ss. Nonostante abbia rappresentato un progresso rispetto allo *status quo*, tale Convenzione, così come la n. 169 ILO, sono state molto criticate, fra l'altro, per l'approccio eurocentrico e di assimilazione nei confronti delle comunità indigene. Cfr., anche per ulteriore bibliografia, E. Abrusci, *Judicial fragmentation on indigenous property rights: causes, consequences and solutions*, 21 *The international journal of human rights*, 2017, 550 ss.

<sup>8</sup> La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni è stata adottata il 13 settembre 2007 durante 107<sup>a</sup> Assemblea Plenaria delle Nazioni Unite, con 143 voti favorevoli, 11 astensioni e 4 voti contrari (Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti).

<sup>9</sup> AG/RES. 1022 (XIX-0/89), *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución aprobada en la novena sesión plenaria, celebrada el 18 de noviembre de 1989*, pt. 13.

1990, della *Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* nell'ambito della stessa Commissione<sup>10</sup>.

Il 15 giugno del 2016, dopo oltre 20 anni di preparazione e negoziati, l'Assemblea dell'*Organización de los Estados Americanos* ha approvato un testo fondamentale in materia: la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*<sup>11</sup>.

Il testo, con quarantuno disposizioni suddivise in sei sezioni, riconosce il diritto fondamentale dei popoli indigeni all'autodeterminazione (art. III), il diritto sui loro territori ancestrali (art. XXV) e quello alla consultazione preventiva funzionale all'ottenimento di un consenso libero e informato su misure amministrative o legislative che li riguardino (art. XXIII, 2 e XXIX, 4)<sup>12</sup>. Essa tutela altresì il loro diritto di essere protetti dal genocidio (art. XI) e da altre forme di assimilazione (art. X), vieta la discriminazione razziale, l'intolleranza e la violenza (art. XII). La Dichiarazione, che si basa sul riconoscimento del diritto di auto-identificazione (art. I, n. 2, e VIII), promuove altresì il rispetto, lo sviluppo e il rafforzamento di culture, tradizioni, stili di vita e lingue indigene (art. XIII, e XIV) e riconosce il diritto di tali popolazioni all'insegnamento o di avere accesso all'istruzione nella propria lingua e cultura (art. XV). Protegge inoltre, tra gli altri, i diritti fondamentali alla salute indigena e ad un ambiente sano (art. XVIII e XIX) e il diritto alla parità di genere delle donne indigene (art. VII e XXXII).

Il testo è fortemente innovativo rispetto ad altri strumenti internazionali: in considerazione della particolarità dell'emisfero americano, è il primo a riconoscere il diritto dei popoli e delle comunità indigene in isolamento volontario o in contatto iniziale (come, ad esempio, alcuni popoli amazzonici o del territorio del "Gran Chaco")<sup>13</sup> di rimanere in tale condizione e di vivere liberamente, secondo la loro cultura e visione del mondo (art. XXVI). Va oltre le disposizioni della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni nell'imporre agli Stati il riconoscimento della personalità giuridica dei popoli indigeni (art. IX) e la speciale protezione in caso di conflitti armati (art. XXX, 3-5), e nell'affermare il loro diritto a mantenere e promuovere i propri sistemi tradizionali di famiglia, anche estesa (art. XVII)<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Si veda l'indirizzo web [www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp](http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp). Illustra alcune rilevanti decisioni sul tema adottate dalla Commissione interamericana C. Nash Rojas, *Los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*, in 61, *Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.*, 2008, 61-67.

<sup>11</sup> AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, approvata durante la seconda sessione plenaria, del 14 giugno 2016 ([www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf](http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf)).

<sup>12</sup> Si veda *infra*, par. 4.2.

<sup>13</sup> Per ulteriori informazioni sugli stimati 200 popoli indigeni in isolamento si veda lo studio della Commissione interamericana *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, Doc OEA 47713 del 30 dicembre 2013 ([www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf)).

<sup>14</sup> A proposito si veda anche S. Errico, *The American Declaration on The Rights of Indigenous Peoples*, in *ASIL Insights*, 21, del 22 giugno 2017 (disponibile in [www.asil.org/insights/volume/21/issue/7/american-declaration-rights-indigenous-peoples](http://www.asil.org/insights/volume/21/issue/7/american-declaration-rights-indigenous-peoples)); e, per un

Riconosciuta l'importanza di avere uno strumento regionale specifico in materia, parte della dottrina ha già formulato alcune critiche alla *Declaración*; secondo tali posizioni alcune norme del testo potrebbero essere interpretate come un passo indietro rispetto alle tutele già accordate in altre Convenzioni o rispetto alla giurisprudenza interamericana. Viene in questo senso richiamato, per fare qualche esempio, l'art. XXV, 5, che tutela il riconoscimento delle forme particolari di proprietà "in conformità con ciò che è stabilito negli ordinamenti nazionali"; ciò, secondo questa dottrina, lascerebbe agli Stati la libertà di determinare le forme di delimitazione e attribuzione delle proprietà e i relativi procedimenti<sup>15</sup>. Su questo aspetto, ad avviso di chi scrive, non sussiste in verità un rischio reale di involuzione rispetto alla giurisprudenza interamericana, e ciò alla luce del dovere che la stessa norma impone agli Stati di stabilire "*los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación*". Si sostiene inoltre che l'art. XXIII, 2, imporrebbe unicamente la consultazione delle popolazioni indigene e non il loro consenso sui progetti riguardanti i loro territori, come invece richiederebbe la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui popoli indigeni<sup>16</sup>. Tuttavia, anche se appare remota, la possibilità che questa disposizione sia interpretata come un vero diritto di veto a favore degli indigeni non pare da escludersi<sup>17</sup>.

Nonostante la natura non vincolante della *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, è verosimile che essa diventi uno strumento importante per la definizione dei diritti essenziali previsti nella Carta dell'OAS, così come è stato sostenuto dalla Corte interamericana a proposito dell'obbligatorietà della Dichiarazione Americana dei diritti e dei doveri dell'uomo<sup>18</sup>. Ci si può attendere, in altre parole, che la *Declaración* diventi un punto di riferimento per l'interpretazione della Convenzione americana e di altri strumenti interamericani, nonché una fonte importante di principi per la tutela dei diritti dei popoli indigeni nelle Americhe. Al momento vi è comunque un unico riferimento giurisprudenziale alla *Declaración* in una decisione adottata nei confronti del Guatemala, specificatamente nell'ambito di un più ampio richiamo alla normativa internazionale in tema di programmi educativi in materia di non discriminazione<sup>19</sup>; tale pochezza è del tutto compatibile con il carattere recente

---

primo confronto fra la Dichiarazione americana e quella internazionale cfr. B. Clavero, *La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: El reto de la interpretación de una norma contradictoria*, in *Revista Pensamiento Constitucional*, 21, 2016, 11 ss.

<sup>15</sup> Cfr. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *Avances y retos en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales. Reflexiones del Primer Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana*, 2017, 16.

<sup>16</sup> Cfr. B. Clavero, *op. cit.*, 15 ss.

<sup>17</sup> Si veda *infra*, nota n. 96 e testo in corrispondenza.

<sup>18</sup> Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89*, 14-7-1989, serie A, n. 10.

<sup>19</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal*, 2016, cit., par. 319, nota 369.

dello strumento e in considerazione del limitato *caseload* della Corte interamericana.

### **3. Status di vulnerabilità, identità culturale e principio *pro homine***

Prima di entrare nel merito della nostra analisi è importante evidenziare alcune particolarità regionali rilevanti ai fini dell'esame dei diritti e delle libertà convenzionali oggetto del presente contributo.

Innanzitutto si tenga presente che l'approccio locale al tema dei diritti umani, in passato prevalentemente concentrato a limitare e sanzionare l'attività repressiva della pubblica autorità, spesso responsabile per le più gravi violazioni dei diritti civili e politici, ha progressivamente esteso il proprio sguardo ai gravi problemi di disuguaglianza e di esclusione sociale che caratterizzano l'America Latina, riconoscendo l'interdipendenza fra diritti umani, fattori sociali e democrazia<sup>20</sup>.

In linea con tale orientamento generale, dall'inizio del millennio la Corte interamericana dei diritti umani ha iniziato ad analizzare i diritti individuali anche alla luce della particolare situazione di fragilità, povertà e/o di marginalizzazione in cui si trova il soggetto tutelato. Basandosi sul principio di uguaglianza (art. 11 della Dichiarazione americana sui diritti umani e art. 1 e 24 della Convenzione americana sui diritti umani), e sul connesso divieto di discriminazione, sono state così progressivamente individuate più categorie di soggetti (indigeni, gruppi tribali e minoranze etniche, donne e bambini, migranti, detenuti, persone diversamente abili, difensori dei diritti umani, etc.)<sup>21</sup> che, secondo la Corte, si trovano in una situazione (strutturale o anche solo transitoria) di maggiore vulnerabilità e che, proprio per questa ragione, corrono maggiori rischi di vedere violati i propri diritti<sup>22</sup>. Sulla base di tale premessa, in giurisprudenza si è affermata l'idea che gli Stati debbono attivarsi

---

<sup>20</sup> M. Morales Antoniazzi, *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la luz del ius constitutionale commune de la democracia*, in J.I. Ugartemendia Eceizabarrena, A. Saiz Arnaiz, M. Morales Antoniazzi (dir.), *La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*, Onati, 2015, 316-317.

<sup>21</sup> Fra le manifestazioni più importanti della Corte in materia si vedano Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/2012, 28-8-2002, serie A, n. 17; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, 17-9-2003, serie A, n. 18; Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" c. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 2-9-2004, serie C, n. 112; Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*. Sent. dell'8-9-2005, serie C, n. 130; Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 25-11-2006, serie C, n. 160; Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes c. Brasil*. Sent. del 4-7-2006, serie C, n. 149; Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros c. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 27-11-2008, serie C, n. 192.

<sup>22</sup> Si veda sul tema, *inter alia*, B. Duhaime, *Vers un Amérique plus égalitaire? L'interdiction de la discrimination et le système interaméricain de protection des droits de l'homme*, in L. Hennebel, H. Tigroudja (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, 2009, 151 ss.; e R. Estupiñán Silva, *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología*, in *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, 193 ss.

preventivamente per evitare situazioni di degrado che, a loro volta, possono essere all'origine della violazione soprattutto di certe tipologie di diritti, come il diritto alla vita, quello all'integrità personale o alla salute. L'importanza pratica di questa creazione pretoriana è quella di estendere la portata delle disposizioni convenzionali al di là della finalità di impedire agli Stati l'adozione di leggi o di misure di natura discriminatoria, ma di imporre agli stessi obblighi positivi rinforzati per garantire l'effettivo rispetto del diritto all'uguaglianza e alla tutela dei diritti<sup>23</sup>.

Sin dalle sue prime pronunce in materia la Corte, in virtù delle condizioni storiche di marginalizzazione e di discriminazione di cui sono stati vittime i popoli indigeni, ha loro espressamente riconosciuto una condizione di particolare vulnerabilità<sup>24</sup>, sostenendo che gli Stati debbano garantire una protezione più intensa dei loro diritti attraverso l'adozione di misure speciali<sup>25</sup>. In concreto, ciò ha determinato *in primis* l'applicazione nei confronti di questi popoli del concetto innovativo di sopravvivenza dignitosa o *vita digna*: secondo la lettura della Corte di San José il diritto alla vita va inteso, soprattutto nei confronti dei gruppi vulnerabili, non solo come diritto spettante ad ogni individuo di non essere privato della propria vita, ma anche come diritto di aver accesso alle condizioni minime per una vita dignitosa e per lo sviluppo personale (alimentazione, salute, educazione, lavoro), ovverosia quello che viene chiamato anche diritto alla vita *lato sensu*<sup>26</sup>.

In particolare nell'ambito della giurisprudenza americana relativa alle comunità indigene paraguayane, la Corte ha sostenuto che il Paraguay aveva violato i propri obblighi di proteggere i popoli indigeni nella loro specifica condizione di vulnerabilità, esclusione e discriminazione, e che non aveva osservato i doveri di garantire l'accesso a condizioni materiali minime che permettessero la sopravvivenza dignitosa delle comunità, il loro diritto all'alimentazione, alla salute e all'ambiente salubre. Inoltre, e non meno

<sup>23</sup> Per un approccio più critico circa la supposta inesistenza di standard particolareggiati per gli obblighi di investigazione, giudizio e sanzione delle violazioni dei diritti delle persone vulnerabili si veda A. Dulitzky, *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 3, 2007, 15 ss. (disponibile in [www.anuariodh.uchile.cl](http://www.anuariodh.uchile.cl))

<sup>24</sup> Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 63; Corte IDH, *Yatama c. Nicaragua*, 2005, cit., par. 201-202, Corte IDH, *Moywana c. Suriname*, 2005, cit., par. 79; Corte IDH, *Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 189.

<sup>25</sup> Al riguardo si veda anche A. Fuentes, *Protection of Indigenous Peoples' Traditional Lands and Exploitation of Natural Resources: The Inter-American Court of Human Rights' Safeguards*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 24, 2017, 234 ss.; A.M. RUSSO, *El "Derecho Transconstitucional de la Diversidad". La "especialidad indígena" en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad*, in *Revista interamericana y europea de derechos humanos*, 9, 105.

<sup>26</sup> Su tale concetto si veda, *inter alia*, L. Cassetti, *Il diritto di "vivere con dignità" nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*, in *federalismi.it*, 23/2010; S.R. Keener, J. Vasquez, *A Life Worth Living: Enforcement of the Right to Health through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights*, in 40, *Columbia Human Rights Law Rev.*, 2009, 1 ss.; J.M. Pasqualucci, *The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System*, in 31, *Hastings Int'l & Comp.L.Rev.*, 2008, 1 ss.

importante, l'accesso alle terre ancestrali e alle relative risorse naturali viene riconosciuto come elemento fondamentale per la garanzia di una vita degna degli indigeni: ciò è fondamentale non solo per la preservazione e sopravvivenza economica di questi popoli, essendo la loro alimentazione direttamente vincolata alla loro terra<sup>27</sup>, ma anche per la loro vita spirituale e per la conservazione e trasmissione della cultura indigena alle generazioni future<sup>28</sup>.

Questo secondo passaggio logico, che associa la protezione della vita degli indigeni al diritto di proprietà, in particolare all'accesso alle terre ancestrali, rende evidente un ulteriore elemento generale che emerge dalla giurisprudenza interamericana che interessa i popoli indigeni: la tendenza a considerare l'identità culturale nell'interpretazione dei diritti. Tale approccio determina una lettura dei vari diritti convenzionali da una prospettiva di rispetto dell'identità culturale del soggetto, attribuendo così agli stessi maggior concretezza ed efficacia<sup>29</sup>.

In un certo senso questo tipo di soluzione era stata anticipata nel lontano 1993, nel *Caso Aloeboetoe e altri c. Suriname*, nel quale vennero prescritte alcune misure di riparazione a favore di coloro che erano legati da speciali rapporti di parentela con la vittima – nel caso rapporti di poligamia – in conformità alle consuetudini e agli usi della comunità di appartenenza<sup>30</sup>.

Successivamente, la Corte ha compiuto il salto logico fondamentale di considerare l'identità culturale degli indigeni ai fini della definizione dei loro diritti soggettivi: ciò è avvenuto, ad esempio, in relazione all'art. 5 della Convenzione americana, che tutela il diritto ad un trattamento umano, soprattutto per quanto concerne l'integrità fisica, mentale e morale degli individui<sup>31</sup>. A partire dal *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, del 2000, è stata riconosciuta come causa di angoscia e grave sofferenza psicologica l'impossibilità, per i familiari di vittime di sequestro, di dare sepoltura ai loro resti mortali<sup>32</sup>, in ciò tenendo specifico conto dell'importanza per la cultura Maya di tale rito; tale soluzione è stata poi riproposta nel *Caso Masacres de Río Negro c. Guatemala*, del

---

<sup>27</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 164-167; Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 153, 168; Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, 2010, cit., 2010, para. 183.

<sup>28</sup> Corte IDH, *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, par. 149; Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., *Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade*, par. 28 ss.

<sup>29</sup> «Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado». Così Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 51. In senso analogo, fra gli altri, Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, cit., par. 217.

<sup>30</sup> Corte IDH, *Aloeboetoe y otros c. Suriname, Reparaciones*, 1993, cit., par. 17-20, 64.

<sup>31</sup> «Artículo 5. Derecho ad un tratamiento humano.1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria integrità fisica, mentale e morale. (...)».

<sup>32</sup> Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, 2000, cit., par. 145, "F". Si veda anche il *Voto Razonado del juez A.A. Cançado Trindade*.

2012<sup>33</sup>. In *Comunidad Moirwana c. Surinam*, del 2005, la Corte ha ritenuto che impedire al popolo N'Djuka di onorare i propri morti secondo le tradizioni avesse determinato la violazione dell'art. 5 CADU, avendo tale comportamento causato grave sofferenza psicologica e spirituale ai membri della comunità<sup>34</sup>.

Analogia lettura è stata adottata nel 2006, quando l'Honduras è stato condannato per violazione della libertà di espressione (art. 13 CADU)<sup>35</sup> nei confronti della comunità Garífuna, pregiudicata nel diritto, valevole per tutti gli indigeni, di esprimersi nel proprio idioma per trasmettere la propria cultura<sup>36</sup>. Ugualmente, nel 2012, è stata riscontrata la violazione dello stesso diritto da parte del Cile nei confronti di tutta la Comunità Mapuche: l'applicazione della Legge antiterrorismo cilena ad alcuni dei membri di tale Comunità – nello specifico autorità indigene che svolgevano un ruolo fondamentale di guida politica, sociale e spirituale del popolo –, oltre che impeditiva della manifestazione dei loro interessi e della rivendicazione dei loro diritti, avrebbe potuto ingenerare un pericoloso *chilling effect*<sup>37</sup>.

Sempre nel 2006, è stata riconosciuta la violazione da parte del Paraguay del diritto alla personalità giuridica (art. 3 CADU)<sup>38</sup> per mancanza di registrazione di alcuni membri deceduti della Comunità Sawhoyamaya, che non disponevano di registri di nascita e di morte né di alcun altro documento fornito dallo Stato in grado di dimostrare la loro esistenza e identità<sup>39</sup>. Un anno dopo la stessa disposizione convenzionale è stata applicata dalla Corte per riconoscere la personalità giuridica del *popolo* indigeno Saramaka (e non dei suoi soli singoli componenti), condizione necessaria per l'accesso alle terre ancestrali e per la protezione giudiziale della loro proprietà collettiva nel Suriname<sup>40</sup>.

Nel sistema interamericano anche il diritto alla partecipazione politica (art.

<sup>33</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro c. Guatemala*, 2012, cit., par. 160.

<sup>34</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moirwana c. Suriname*, 2005, cit., par. 98-100.

<sup>35</sup> «Articolo 13. Libertà di pensiero e espressione. 1. Ognuno ha il diritto alla libertà di pensiero e di espressione. Tale diritto include la libertà di ricercare, ricevere e trasmettere informazioni e idee di ogni tipo, senza considerazione di frontiera, oralmente o per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualunque altro medium di propria scelta. (...)».

<sup>36</sup> Corte IDH, *Caso López Álvarez c. Honduras*, 2006, cit., par. 171. Cfr. Altresì N. Posenato, *The protection of the right to freedom of expression: a panorama of the Inter-American Court of Human Rights case law*, in *España Jurídica Journal of Law*, 16, 2015, 59.

<sup>37</sup> Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile*, 2014, cit., par. 375-376.

<sup>38</sup> «Articolo 3. Diritto alla personalità giuridica. Ogni persona ha il diritto al riconoscimento davanti alla legge della propria personalità giuridica».

<sup>39</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 188, 190. La stessa condanna ha colpito lo Stato nel 2010, nel *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, del 2010, in cui mancavano documenti di identità essenziali per la determinazione dei diritti civili. Cfr. Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. c. Paraguay*, 2010, cit., par. 251.

<sup>40</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 159 ss. Nel 2015 lo Stato ha ricevuto una nuova condanna per violazione dell'art. 3 CADU, questa volta nei confronti dei popoli Kaliña y Lokono, per non aver riconosciuto il loro diritto alla personalità giuridica, ragione per la quale non avevano la capacità di disporre di titoli di proprietà collettivi. Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam*, 2015, cit., par. 112.

23 CADU)<sup>41</sup> va interpretato e garantito alla luce dell'identità culturale indigena al fine di garantire la presenza di tali popoli alla vita pubblica del Paese: ciò è avvenuto nella controversia che ha visto contrapposti il Nicaragua e l'organizzazione indigena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA), alla quale era stato impedito di partecipare alle elezioni del 2000 perché non riconosciuta come partito politico regionale<sup>42</sup>.

Il diritto alla proprietà (art. 21 CADU) è interessato dalla peculiarità culturale indigena da diversi punti di vista: come si vedrà meglio in seguito, la sua esistenza non dipende dal riconoscimento statale. Il suo esercizio, che come accennato è associato alla stessa sopravvivenza della persona e della comunità indigena, acquisisce anche una dimensione intertemporale caratteristica del rapporto degli indigeni con il proprio territorio: la preservazione e conservazione delle risorse come modo di preservare il legato delle generazioni passate e come obbligo di responsabilità nei confronti di quelle future<sup>43</sup>.

Un terzo elemento generale del sistema interamericano, che incide pesantemente sul contenzioso indigeno, è il principio *pro homine* o *pro persona*. Tale principio corrisponde concretamente al divieto di interpretazione restrittiva imposto dall'art. 29, b, della CADU, secondo il quale «Nessuna disposizione di questa Convenzione dovrà essere interpretata in modo da: (...) b) limitare il godimento o l'esercizio di uno dei diritti o libertà riconosciute in forza delle leggi di uno Stato Parte o di un'altra Convenzione di cui tale Stato sia parte». Ciò significa che l'interpretazione delle norme convenzionali deve avvenire in linea con i canoni del diritto nazionale e internazionale e precisamente allo scopo di offrire la maggior protezione possibile. In altre parole, si tratta di una disposizione che autorizza un'interpretazione estensiva dei diritti della Convenzione americana, con riferimento a strumenti di diritto internazionale (vincolanti o meno) e/o nazionale, privilegiando la ricostruzione del significato più favorevole all'individuo<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> «Articolo 23. Diritti di partecipazione politica. 1. Ogni cittadino gode dei seguenti diritti e opportunità:

- a) di prendere parte alla conduzione degli affari pubblici, direttamente o attraverso rappresentanti liberamente scelti;
- b) di votare e di essere eletto in elezioni periodiche e genuine, a suffragio universale e uguale, a voto segreto che garantisca l'espressione della volontà dei votanti; e
- c) di avere accesso, a condizioni generali di eguaglianza, alla funzione pubblica nel proprio paese».

<sup>42</sup> Corte IDH, *Yatama c. Nicaragua*, 2005, cit., par. 215, 227-229. Sul tema si veda anche M. Morales Antoniazzi, *op. cit.*, 328-329.

<sup>43</sup> Si veda a proposito il *voto razonado conjunto* dei giudici Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli nel *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Arwas Tingni c. Nicaragua*, 2001, cit., par. 9. Così anche in Corte IDH, *Comunidad indigena Yakyé Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 131 e 135.

<sup>44</sup> V. *amplius* L. Burgorgue-Larsen, *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 12, 2014, 119 ss.; V. de Oliveira Mazzuoli, D. Ribeiro, *Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: a Call for a Pro Individual Interpretation*, in *The Transnational Human Rights Review*, 2, 2015, 32 ss.; L. Lixinski, *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human*

Le sentenze della Corte di San José in tema di indigeni hanno applicato in numerose occasioni tale principio, richiamando norme legislative e costituzionali nazionali<sup>45</sup> e di convenzioni internazionali<sup>46</sup> al fine di dare pienezza alla protezione prevista dalla Convenzione interamericana. Nel *Caso Comunità Sawhoyamaya c. Paraguay* la Corte, a seguito dell'affermazione del governo paraguayano di non aver potuto restituire le terre ancestrali ad una comunità indigena in virtù degli obblighi sullo stesso derivanti dal trattato bilaterale sugli investimenti (BIT), ha avuto l'occasione di prendere posizione sul conflitto tra un dovere imposto da tale trattato e la Convenzione americana, affermando la superiorità gerarchica dei diritti umani rispetto a quelli derivanti dal BIT, che, a differenza di quelli convenzionali, che hanno natura generale, sono essenzialmente fondati sulla reciprocità<sup>47</sup>.

#### 4. Il diritto alla vita dei popoli indigeni e tribali

La Corte ha affermato nella propria giurisprudenza che il rispetto degli obblighi di cui all'art. 4 della Convenzione americana<sup>48</sup>, che tutela il diritto alla vita, in combinato disposto con il dovere generale di rispetto e garanzia dei diritti di cui l'art. 1.1 dello stesso strumento<sup>49</sup>, presuppone non solo che nessuno possa essere

---

*Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*, in 21, *The European Journal of International Law*, 2010, 585 ss.

150

<sup>45</sup> Ad esempio, nel *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, si è fatto riferimento alla norma nicaraguense che riconosce la proprietà comune dei territori della Costa Atlantica (Art. 36 della *Ley* n. 28, pubblicata il 30 ottobre 1987 nella *La Gaceta* n. 238, *Diario Oficial de la República de Nicaragua*), in Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001, cit., par. 150. Nel caso *Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay*, vengono riportate norme costituzionali paraguayane, fra le quali l'art. 64 della *Constitución política* del 1992, che riconosce la proprietà comunitaria, cfr. Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 138. Nel *Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia*, si richiamano le Leggi n. 70 de 1993 e n. 99 de 1993, oltre che l'*artículo transitorio 55* della *Constitución Política de Colombia* del 1991, che riconosce «a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes», cfr. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia*, 2013, cit., par. 131.

<sup>46</sup> Come, fra tante altre, la Convenzione n. 169 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 1989, la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici del 1966, la Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992, la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007. Cfr. L. Burgorgue-Larsen, *El contexto*, cit., 124, 127; J.M. Pasqualucci, *International Indigenous Lands rights*, cit., 66 ss.

<sup>47</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 140. Cfr. altresì L. Lixinski, *op. cit.*, 590.

<sup>48</sup> «Articolo 4. Diritto alla vita. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita. Tale diritto è protetto dalla legge e, in generale, dal momento del concepimento. Nessuno sarà arbitrariamente privato della vita. (...)».

<sup>49</sup> «Articolo 1. Dovere di rispetto dei diritti. 1. Gli Stati Parti di questa Convenzione si impegnano a rispettare i diritti e le libertà riconosciuti negli articoli seguenti e ad assicurare a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione il libero e pieno esercizio di tali diritti e libertà, senza discriminazione per ragioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione

privato arbitrariamente della propria vita (*obbligo negativo*) ma, alla luce dell'obbligo di garantire il pieno e libero esercizio dei diritti umani, impone altresì agli Stati di adottare tutte le misure appropriate per proteggere e preservare tale diritto (*obbligo positivo*) a beneficio di tutti gli individui sotto la loro giurisdizione. Da quest'ultimo obbligo generale possono derivare *doveri positivi speciali* per lo Stato di attivarsi a favore di soggetti che hanno particolari esigenze di protezione (*grupos vulnerables*), affinché abbiano pieno e sicuro accesso alle condizioni materiali di vita essenziali, compatibili con la dignità della persona umana.

Anche se ciò può apparire paradossale anche alla luce della storia del subcontinente, pochi sono i pronunciamenti della Corte in materia di responsabilità degli Stati per la morte di persone indigene. Ciò si deve, per lo più, a limitazioni dell'ambito di applicazione della Convenzione americana e alla competenza della Corte stessa. Nello specifico, si può ricordare innanzitutto la decisione sul Caso *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala* del 2004 che, nonostante non riguardi la violazione dell'art. 4 della Convenzione americana, si distingue per taluni aspetti di interesse. Si tratta di una controversia relativa alla strage, compiuta nel 1982 da parte dell'esercito guatemalteco e di collaboratori civili, di una comunità indigena di tradizione Maya, che ha portato alla morte di numero non ben definito di persone, oscillante, a seconda delle versioni, fra le 268 e le 284. La Corte ha declinato la propria competenza *ratione materiae* sulla questione, ritenendo che la condotta del Guatemala fosse qualificabile come genocidio ai sensi della Convenzione sulla prevenzione e repressione del reato di genocidio del 1948, strumento di cui è parte lo Stato centroamericano; la Corte ha tuttavia riconosciuto che la medesima condotta aveva violato diverse altre disposizioni della Convenzione americana (ammesse dallo stesso Stato nel corso del processo), definendo quella del Guatemala come «responsabilità aggravata», fonte di grave danno per i membri del popolo Maya, per la loro identità e i loro valori<sup>50</sup>, con conseguente condanna a importanti misure riparatorie<sup>51</sup>.

In un caso analogo, *Comunidad Moiwana c. Suriname*, del 2005, gli N'djuka, popolo tribale di origine africana che viveva nella Comunità Moiwana, nell'est del Suriname, erano stati vittima nel 1986 di un massacro ad opera delle forze militari di tale paese. La Corte, a causa di limitazioni giurisdizionali *ratione temporis*, non ha potuto conoscere e accertare tutte le violazioni commesse in tale occasione, avendo il Suriname ratificato la Convenzione americana e accettato la giurisdizione della Corte soltanto nel 1987. Sono state pertanto esaminate solo quelle condotte che, alla luce della loro natura “continuata o permanente”, interessavano ancora, al momento del giudizio, tale Comunità. Al termine del processo il Suriname è stato condannato per la violazione dell'art. 21 (diritto di

---

politica o altra, origine nazionale o sociale, condizione economica, nascita o ogni altra condizione sociale».

<sup>50</sup> Si veda Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, 2004, cit., par. 51, 52.3. Cfr. altresì il «voto concorrente razonado» e il «voto razonado» alla sentenza dei giudici S. García Ramírez e A.A. Cançado Trindade.

<sup>51</sup> Le misure riparatorie hanno costituito oggetto di ulteriore sentenza emessa nello stesso anno: Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala. Reparaciones y Costas*, cit.

proprietà) e dell'art. 5 (diritto all'integrità personale) della Convenzione americana, a causa della sofferenza psicologica, economica e spirituale provocata dalla sua condotta; per la violazione dell'art. 22 (diritto alla circolazione e residenza), avendo cagionato, a seguito del massacro, l'esodo forzato dal territorio nativo; e, infine, degli art. 8 e 25, per non aver lo Stato indagato sul massacro<sup>52</sup>.

Nel caso *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, deciso nel 2005, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità internazionale del Paraguay per il trasferimento forzato, avvenuto nel 1986, di una comunità indigena di circa 300 persone dai propri territori storici a causa di una vendita degli stessi a imprenditori inglesi, risalente al XIX Secolo<sup>53</sup>. Dal 1993 la comunità rivendica invano i territori ancestrali, localizzati nella regione del Chaco paraguayano, e nel 1996 la maggior parte dei membri si è trasferita in un accampamento ai margini di una strada di fronte a essi. La Corte, pur riconoscendo gli sforzi dello Stato nel programmare forme di aiuto e di sostegno a questa popolazione, ha condannato il Paraguay per la violazione di diverse norme della Convenzione americana, fra le quali quelle dell'art. 4.1 (in combinato disposto con l'art. 1.1), per non aver adottato provvedimenti idonei a contrastare la compromissione delle condizioni minimali per una vita degna (accesso all'acqua potabile, e una sana alimentazione). Ha poi stabilito un legame diretto fra la mancanza di accesso alle terre ancestrali e il diritto alla vita degna dei membri della Comunità, ritenendo che tale mancanza li avesse privato della possibilità di accedere ai mezzi di sussistenza tradizionali e alle risorse naturali, oltre che impedito la pratica della medicina tradizionale per la prevenzione e la cura delle malattie<sup>54</sup>. La sentenza non ha tuttavia accertato alcuna responsabilità dello Stato per il decesso di sedici membri della comunità a causa delle precarie condizioni di vita in cui versavano, posizione fortemente criticata, *inter alios*, dai giudici A.A. Cañado Trindade e M.E. Ventura Robles, che nel loro «Voto Disidente Conjunto»<sup>55</sup>, hanno evidenziato l'incongruenza di tale giudizio con il

<sup>52</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname c. Suriname*, 2005, cit., par. 233. Cfr. altresì T.M. Antkowiak, *Moiwana Village v. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights*, in 25 *Berkeley Journal of International Law*, 2007, 278-279.

<sup>53</sup> Per approfondimenti sulla controversia si veda A.D. Ramírez, *El caso de la comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, in *Revista IIDH*, 41, 2005, 347 ss.; I. Fuentes, *Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, in *Revista CEJIL*, 2, 2006, 69 ss.

<sup>54</sup> Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 167-168.

<sup>55</sup> «6. En el presente caso, lo que escapa a nuestra comprensión es que la Corte, después de haber establecido una violación del artículo 4.1 de la Convención en los términos anteriormente mencionados (párr. 3, supra), estimó que no contaba con “elementos probatorios suficientes para demostrar la violación del derecho a la vida” (...).7. A nuestro juicio, la muerte de algunas de esas personas (cf. párr. 8 infra), a partir del propio razonamiento de la Corte, en lugar de requerir un estándar más alto de comprobación del nexo causal del fallecimiento de esas personas, como lamentablemente entendió la mayoría de la Corte, constituye, todo al contrario, una circunstancia agravante de la violación del derecho a la vida (artículo 4.1 de la Convención), ya establecida por la propia Corte». Così Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., *Voto disidente conjunto de los jueces A.A. Cañado Trindade y M. E. Ventura Robles*, par. 6 ss.

contemporaneo accertamento della violazione dell'obbligo di garantire l'accesso alle condizioni essenziali per una vita degna dei membri sopravvissuti della comunità<sup>56</sup>.

A distanza di un anno da tale pronuncia è seguita una seconda condanna del Paraguay per violazione di diversi diritti dei Sawhoyamaya, comunità indigena di circa 400 persone essa pure originariamente stanziata nella regione del Chaco, le cui terre tradizionali si trovavano in mano a delle imprese private; a causa di ciò tale popolazione era stata praticamente ridotta a indigenza e in uno stato di vulnerabilità nutrizionale, medica e sanitaria che costantemente ne minava la sopravvivenza. In effetti circa 50 membri della tribù, fra cui molti bambini e anziani, erano deceduti dal 1991 a causa di malattie facilmente prevenibili e curabili, legate alla mancanza di acqua potabile e di cibo. La Corte ha ritenuto lo Stato responsabile, fra le altre violazioni, del decesso di diversi membri della comunità, fra i quali diciotto bambini (in questo caso, in violazione dell'art. 4 della Convenzione e dell'art. 19, sulla protezione del bambino)<sup>57</sup>. In questa controversia la Corte ha ribadito il rapporto fra qualità della vita umana e la salubrità dell'ambiente, chiarendo altresì la questione della sussistenza della responsabilità statale: essa non è automatica, dovendo essere dimostrato che, al momento dei fatti, le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere dell'esistenza di una situazione di rischio reale e immediato per la vita di un individuo o di un gruppo di individui, e abbiano ommesso di adottare le misure necessarie nell'ambito delle proprie competenze, misure che, secondo un giudizio ragionevole, sarebbero state in grado di prevenire o evitare tale rischio<sup>58</sup>. Seppur timidamente, la Corte ha altresì gravato lo Stato dell'onere della prova di aver fatto tutto il necessario per prevenire o evitare che le condizioni di vita della Comunità peggiorassero<sup>59</sup>.

In un terzo caso deciso nei confronti dello Stato paraguayano, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, del 2010, relativo a una comunità di circa 66 famiglie originaria della stessa regione del Chaco paraguayano e le cui terre tradizionali si trovavano nelle mani di privati, è stato ribadito il rapporto fra il dovere dello Stato di fornire condizioni minime per l'alimentazione, l'accesso all'acqua potabile, la salute e l'educazione, e il diritto alla vita degna della comunità indigena<sup>60</sup>. In questo caso è stato maggiormente evidenziato, rispetto alle sentenze precedenti, che la qualità della vita di tali popolazioni e i diritti attinenti alla sfera sociale, economica e culturale, dovrebbero essere garantiti considerando gli usi e le consuetudini tradizionali<sup>61</sup>. Ciò può essere interpretato

<sup>56</sup> Corte IDH, *Comunidad Indígena Yaky Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 242.4.

<sup>57</sup> Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 178.

<sup>58</sup> Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 155.

<sup>59</sup> Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 176. Vedi anche L. Burgorgue-Larsen, *The rights of the Indigenous Peoples*, in L. Burgorgue-Larsen, A. Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, 2013, 515.

<sup>60</sup> Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. c. Paraguay*, 2010, cit., par. 194 ss.

<sup>61</sup> Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. c. Paraguay*, 2010, cit., par. 215.

come un segnale positivo di avvicinamento tra il concetto giurisprudenziale interamericano di *Vita digna* e quello tipicamente indigeno del *Buen Vivir*, sulla cui necessità peraltro la dottrina si era già soffermata<sup>62</sup>.

Il diritto alla vita gioca un ruolo importante anche nella sentenza del 2012 sul caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, altrimenti nota per alcune significative considerazioni sul diritto alla consultazione delle popolazioni indigene nelle decisioni inerenti la *governance* del loro territorio. La controversia trae origine da un ricorso nel quale la popolazione Sarayaku contestava l'avvio di attività di esplorazione petrolifera sulle proprie terre ancestrali, localizzate nell'Amazzonia ecuadoriana, iniziate sulla base di un contratto concluso nel 1996 tra il governo dell'Ecuador e alcune imprese private (la compagnia petrolifera nazionale *Petroecuador* e la multinazionale argentina Compagnia generale di Combustibili - CGC). Le attività di prospezione avevano portato alla distruzione di parte della foresta pluviale, sacra per il popolo Sarayaku, e, dopo che nel 2003 le attività di esplorazione erano state sospese, le imprese concessionarie avevano abbandonato, sepolti sotto terra, ben 1433 kilogrammi di esplosivi<sup>63</sup>. Nel giugno 2012 la Corte ha condannato l'Ecuador per la violazione di diverse norme della Convenzione americana, fra le quali gli articoli 4.1 e 5.1 per la violazione del diritto alla vita e all'integrità dei membri della popolazione dei Sarayaku, e per aver consentito non solo di utilizzare le cariche di esplosivo nelle terre ancestrali, ma di non aver provveduto alla loro rimozione, conformemente a quanto disposto nella Risoluzione per la concessione di misure cautelari della Corte interamericana del 2005, confermata nel 2010<sup>64</sup>.

Nel 2016 la Corte ha deciso il caso *Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal c. Guatemala*, avente ad oggetto il massacro verificatosi nel villaggio Chichupac nel 1982, e i crimini, avvenuti fra il

<sup>62</sup> «Afirmar el derecho a la vida digna sin un diálogo intercultural, o sea, sin la inclusión de los propios indígenas en el debate sobre cuáles son las condiciones esenciales de vida de estos pueblos, termina reduciendo la concepción de vida digna al “bienestar” occidental. (...) En este sentido, la Corte puede y debe ir más allá de su concepción actual de vida digna, incorporando las nuevas discusiones que van surgiendo en el contexto latinoamericano. Este es un debate que está más avanzado en algunos países de la región y que gana cada vez más fuerza en América Latina a través del desarrollo de la idea del “buen vivir” de los pueblos indígenas, impulsado por la necesidad de buscar nuevas alternativas al actual modelo económico y social, claramente en crisis». Così A. Schettini, *Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas: un análisis crítico de los parámetros establecidos por la corte interamericana de derechos humanos*, in *Sur – Revista internacional de derechos humanos*, 17, 2012, 70 ss.

<sup>63</sup> Per una ricostruzione del caso si veda M. Fasciglione, *Sfruttamento delle risorse naturali e diritto di consultazione delle popolazioni indigene nella recente giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, in *Dir. um. dir. int.*, 7, 2013, 187 ss.; e G. Säuberli, *The Case of the Kichwa Peoples of the Sarayaku v. Ecuador. Constructing a Right to Consultation and to Cultural Identity?*, in Y. Haecck, O. Ruiz-Chiriboga, C. Burbano Herrera (Eds), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, Cambridge, 2015, 573 ss.

<sup>64</sup> Cfr. Corte IDH, *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku c. Ecuador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de julio de 2005*, par. 10; Corte IDH, *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku c. Ecuador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de febrero de 2010*, par. 4-6; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, cit., par. 249.

1981 e il 1986, di omicidio, sequestro e il compimento di altre violazioni dei diritti umani ai danni degli indigeni di cultura Maya Achì del Chichupac e di altre comunità vicine al comune di Rabinal «nell'ambito di una politica statale, basata sulla dottrina della sicurezza nazionale e sulla nozione di nemico interno, volta a eliminare la presunta base sociale dei gruppi insorti del tempo»<sup>65</sup>. Il Guatemala è stato ritenuto responsabile, fra gli altri, per la violazione, a discapito delle 22 vittime scomparse, dei diritti alla libertà e all'integrità personale, alla vita e al riconoscimento della personalità giuridica ai sensi degli art. 7, 5.1 e 5.2, 4.1 e 3 della Convenzione americana.

## 5. Il diritto alla proprietà dei popoli indigeni e tribali

La giurisprudenza degli organi interamericani di tutela dei diritti umani e, in particolare, della Corte interamericana, ha creato un articolato sistema di tutela delle terre ancestrali dei popoli indigeni sulla base dell'interpretazione dell'art. 21 della CADU che tutela il diritto di proprietà<sup>66</sup>. Secondo la lettura della norma fornita dalla Corte, i membri dei popoli indigeni godono di un diritto sulle terre ancestrali il cui esercizio è regolato da un sistema di proprietà collettiva e indivisa.

In verità l'epigrafe della norma convenzionale, nelle versioni linguistiche ufficiali in spagnolo, portoghese e francese, contiene il riferimento alla «proprietà privata»<sup>67</sup>, nonostante tale riferimento sia stato ritirato dal testo definitivo della disposizione durante i lavori preparatori<sup>68</sup>. Tuttavia a partire dal 2001, anno in cui è stato deciso il Caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*<sup>69</sup>, *leading case* in tema di protezione della proprietà a favore dei popoli indigeni, è

---

<sup>65</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal c. Guatemala*, 2016, cit., par. 1.

<sup>66</sup> «Articolo 21. Diritto di proprietà. 1. Ognuno ha il diritto di usare e godere della propria proprietà. La legge può subordinare tale uso e godimento nell'interesse della società. (...)».

<sup>67</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Artigo 21. Direito à propriedade privada; Convention Américaine relative aux droits de l'homme, Art. 21. Droit à la propriété privée.*

<sup>68</sup> Nell'interpretare tale disposizione la giurisprudenza interamericana ha formulato un concetto ampio di proprietà, che comprende il possesso, il diritto dei pensionati (intesa la pensione come diritto acquisito incorporato al patrimonio degli individui), la proprietà intellettuale e il diritto sulle terre ancestrali delle popolazioni tribali e autoctone. Cfr. K. Rinaldi, *Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme*, in L. Hennebel, H. Tigroudja (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, 2009, 216-217.

<sup>69</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001, cit. Nel caso *sub analisi*, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità dello Stato del Nicaragua per l'omessa delimitazione delle terre storicamente possedute dal popolo Awas Tingni, comunità indigena di circa 600 persone, così come per la mancata adozione di misure efficaci per garantirne il godimento per parte di tale comunità. Si è inoltre affermato che lo Stato avrebbe concesso parte di queste terre ad un'impresa privata, senza aver preventivamente consultato tale popolazione e negando qualsiasi partecipazione alla gestione economica e/o amministrativa del territorio. Si veda, a tale proposito, *inter alia*, S.J. Anaya, C. Grossman, *The Case of Awas Tingni v Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples*, in 19, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2002, 1 ss.

stato ritenuto che l'interpretazione evolutiva della norma convenzionale e il divieto della sua interpretazione restrittiva *ex art. 29, b CADU* (nel caso specifico in relazione al fatto che la proprietà collettiva era riconosciuta anche nella Costituzione del Nicaragua)<sup>70</sup>, legittimassero la tutela della proprietà collettiva sulla base dell'art. 21<sup>71</sup>. La Corte afferma nella sentenza che «(...) el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua»<sup>72</sup>. Nel 2005 la Corte è tornata sul tema nella sentenza sul caso *Comunità Moirwana c. Suriname*, interpretando più chiaramente il dibattuto art. 21 CADU e facendo discendere esclusivamente dal testo di tale disposizione il diritto alla proprietà di natura collettiva<sup>73</sup>.

Nelle pronunce successive, la Corte ha ribadito il significato collettivo del diritto di proprietà riconosciuto agli indigeni, nel senso che «no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad»<sup>74</sup>. Esso ha sottolineato che la tutela dei diritti collettivi «repercute en la preservación de los derechos individuales. Así, no existe conflicto alguno, sino complementariedad estricta, entre estas dos “formas de mirar” el estatuto de las personas»<sup>75</sup>, aggiungendo inoltre che disconoscere il significato che una specifica cultura, con i suoi usi, consuetudini e credenze, dà al diritto all'uso e al godimento dei beni, equivarrebbe a rendere illusoria la protezione che discende dalla predetta disposizione per milioni di persone<sup>76</sup>.

Questa lettura incide, oltre che sull'esercizio dei diritti, sullo stesso concetto di soggetto meritevole di protezione, superando la nozione di individuo o di gruppo di individui per legittimare un autentico «soggetto collettivo»<sup>77</sup>. Di recente la Corte ha in tal senso modificato una radicata posizione della propria

<sup>70</sup> Sul tema in generale si veda *supra*, pt. 3.

<sup>71</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001, cit., par. 147-149.

<sup>72</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001, cit., par. 148.

<sup>73</sup> T.M. Antkowiak, *Rights, Resources and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court*, in 35 *U. Pa. J. Int'l L.*, 2014, 143-144.

<sup>74</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 120.

<sup>75</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., *Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos del 29 de marzo de 2006 en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, par. 11.

<sup>76</sup> In senso analogo Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros c. Panamá*, 2014, cit., par. 111; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros c. Honduras*, 2015, cit., par. 165; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros c. Honduras*, 2015, cit., par. 100; Corte IDH, *Caso Pueblos Kalina y Lokono c. Surinam*, 2015, cit., par. 129.

<sup>77</sup> Cfr. A.M. Russo, I. Wences, *De los derechos de los “miembros de las comunidades” a los derechos de la “comunidad y sus miembros”: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana*, in P. Santolaya Machetti, I. Wences (Coords.), *La América de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, spec. 295 ss.; R. Estupiñan Silva, J.M. Ibáñez Rivas, *op. cit.*, 314.

giurisprudenza che limitava il riconoscimento dei diritti e/o delle libertà all'individuo con esclusione delle persone giuridiche o collettive<sup>78</sup>. È vero tuttavia che, in tema di riparazione delle violazioni (ambito nel quale il sistema interamericano presenta delle specificità considerevoli rispetto, ad esempio, all'omologo europeo<sup>79</sup>), la questione indigena aveva già portato al riconoscimento di misure di carattere collettivo<sup>80</sup>, anche se, in ogni caso, il soggetto di diritto nella giurisprudenza della Corte era pur sempre l'individuo e non il gruppo come tale. Questo approccio è stato mantenuto tuttavia fino alla decisione del *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador* del 2012, nel quale, anche in virtù di altri trattati internazionali, è stata riconosciuta la titolarità dei diritti delle comunità indigene in quanto tali<sup>81</sup>. Da allora questa forma di titolarità, di natura collettiva, è diventata una costante nella giurisprudenza di tale organo<sup>82</sup>.

Un secondo elemento rilevante che emerge dalla giurisprudenza interamericana in materia è il *riconoscimento della proprietà collettiva indigena sulla base del rapporto culturale, spirituale e materiale del popolo indigeno o tribale con il territorio ancestrale e non in virtù di un atto normativo dello Stato*. Il criterio specifico per l'attribuzione della proprietà comune è quello dell'occupazione tradizionale, ricostruita sulla base della memoria collettiva delle generazioni presenti; la proprietà trova pertanto il proprio fondamento nel diritto consuetudinario indigeno, al quale viene riconosciuto uno specifico valore giuridico<sup>83</sup>. Gli organi

<sup>78</sup> K. Rinaldi, *op. cit.*, 223.

<sup>79</sup> Cfr. N. Posenato, *Memoria e riparazione delle violazioni dei diritti umani nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*, in *Donde no habite el olvido. Herencia y transmisión del testimonio en América Latina. I Congreso Internacional de Literatura y Derechos Humanos*, Milano, 2017 (*in corso di pubblicazione*).

<sup>80</sup> «(...) es importante señalar algunas características de la reparación colectiva, por ejemplo que: i) debe ser considerada independientemente de la reparación por las afectaciones que pueden haber sufrido los miembros de la Comunidad como individuos; ii) su objetivo es la reparación de afectaciones que, por las características de los pueblos indígenas o tribales mismos (especialmente su relación con sus tierras tradicionales), son colectivas y requieren medidas específicas de reparación; iii) tiene la finalidad de proteger, y ser implementada acorde a los costumbres y la identidad cultural de la Comunidad; iv) tiene un objetivo relacionado con el fortalecimiento de la situación social y económico de la Comunidad, y v) la Comunidad participa de manera efectiva, por medio de sus legítimos representantes, en las decisiones que se toman respecto de la implementación de la reparación colectiva otorgada». Così Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros c. Honduras*, 2015, cit., *Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto*, par. 26.

Sul carattere collettivo delle riparazioni si veda altresì L. Burgorgue-Larsen, A. Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 520-523; A. Raisz, *Indigenous Communities before the Inter-American Court of Human Rights – New Century, New Era?*, in *5 Miskolc Journal of International Law*, 2008, 47 ss.; e A.M. Russo, I. Wences, *op. cit.*, 309 ss.

<sup>81</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, cit., par. 231.

<sup>82</sup> Cfr. Corte IDH, *Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y Alcance del Artículo 1.2, en relación con los Artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre derechos humanos, así como del Artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)*, *Opinión Consultiva OC-22/16*, 26-2-2016, serie A, n. 22, par. 72 ss.

<sup>83</sup> «Este es un cambio absoluto de perspectiva; en efecto, a la luz de esta jurisprudencia, es la legislación nacional la que debe adecuarse al derecho consuetudinario para resolver los conflictos en torno a la propiedad de la tierra y el Estado deberá proveer los mecanismos

del sistema interamericano hanno in questo senso costantemente dichiarato che la Convenzione è violata ogniqualvolta i territori tradizionali sono stati considerati terre statali in ragione del fatto che i popoli indigeni non fossero in possesso di un titolo formale di proprietà o non avessero provveduto a registrare tale titolo<sup>84</sup>.

Come conseguenza di tale riconoscimento e in osservanza del principio di certezza giuridica, sullo Stato grava il dovere di rendere effettivo tale diritto. Così, il mero riconoscimento astratto dei diritti degli indigeni o del possesso di territori e risorse perde di significato se la proprietà non è stata fisicamente delimitata e garantita; in altri termini, *il diritto degli indigeni corrisponde a un dovere dello Stato di garantire il godimento effettivo del diritto di proprietà, mediante la delimitazione e demarcazione dei territori e il rilascio in tempi ragionevoli dei titoli di proprietà*<sup>85</sup>.

Allo stesso modo, i diritti di proprietà dei popoli indigeni e tribali fondati sull'uso o sull'occupazione tradizionale permangono in caso di mancato possesso delle terre per ragioni estranee alla volontà di tali popoli e sono opponibili non solo rispetto alle pretese statali ma anche a quelle dei privati. In quest'ultimo caso i popoli indigeni hanno un diritto preferenziale alla restituzione delle terre anche qualora esse siano state cedute a terzi sulla base di titoli formalmente validi secondo la legislazione statale; in alternativa, quando non è oggettivamente possibile restituire le terre tradizionali, i popoli indigeni hanno diritto ad ottenere territori alternativi di analoga estensione e qualità, scelti di comune accordo con i membri della popolazione indigena<sup>86</sup>. Recentemente, nel 2014, la Corte ha ribadito tale orientamento in *Los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros c. Panama*, caso nel quale la costruzione di un complesso idroelettrico e l'inondazione di grande parte delle terre tradizionali degli indigeni ha reso impossibile il loro ritorno *in loco*<sup>87</sup>.

---

institucionales y administrativos para hacer efectivo este derecho». Così C. Nash Rojas, *op. cit.*, 70. Sul tema specifico v. anche K. Rinaldi, *op. cit.*, 224-225.

<sup>84</sup> Perciò, già a partire del Caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, del 2001, si afferma che (par. 151): «como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro».

<sup>85</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2011, cit., par. 151, 153; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c. Surinam*, 2005, cit., par. 209; Corte IDH, *Caso Yake Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 103, 143; Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 115. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, 2010, cit., par. 109; Corte IDH, *Caso Kuna e Emberá c. Panamá*, 2014, cit., par. 121-122; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros c. Honduras*, 2015, cit., par. 181. Sul tema si veda anche J.M. Pasqualucci, *International Indigenous Land Rights: A critique of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in *Wis. Int'l L.J.*, 27, 2009-2010, 61 ss.

<sup>86</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 128. Vedi inoltre, a proposito, A.M. Russo, I. Wences, *op. cit.*, 3.

<sup>87</sup> Sulla sentenza si veda A. Caligiuri, *Il contributo della giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani in tema di tutela dei diritti territoriali dei popoli indigeni*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2015, 435 ss.

Come la Corte aveva già affermato, in questi casi non sempre deve prevalere il diritto degli indigeni<sup>88</sup>. Nel *Caso Pueblos Kalina y Lokono c. Suriname* del 2015, la Corte ha sostenuto che quando il diritto alla proprietà collettiva indigena e la proprietà privata individuale sono o sembrano essere in conflitto, va svolta un'analisi specifica caso per caso della legalità, necessità, proporzionalità e del perseguimento di un obiettivo legittimo in una società democratica, senza che la limitazione del diritto alle terre tradizionali comporti il diniego della sussistenza come popolo della comunità indigena<sup>89</sup>.

È interessante osservare che la giurisprudenza interamericana, a differenza di ciò che emerge da altri strumenti internazionali specializzati e dai diritti nazionali, parte dal presupposto che le risorse naturali, incluse quelle sotterranee, fanno parte del diritto autonomo di proprietà *ex art. 21* della Convenzione americana<sup>90</sup>. La disposizione in questione tutela, pertanto, un vero “diritto al territorio”, in cui il bene oggetto di protezione non è visto soltanto dal punto di vista della conservazione e/o circolazione, ma è immediatamente collegato alla vita e alla cultura di una determinata popolazione e alla trasmissione di questa cultura. In questo modo, i membri della comunità indigena o tribale hanno anche il diritto di usare e godere delle risorse naturali in conformità alle loro tradizioni e consuetudini, diritto che per tale ragione viene protetto *ex art. 21* della Convenzione americana.

Al contempo, la Corte ha ammesso restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà dei popoli indigeni sulle terre ancestrali, in linea con quanto stabilito dal secondo paragrafo della stessa disposizione convenzionale (*art. 21, 2*), secondo il quale «Nessuno sarà privato della sua proprietà salvo, dietro pagamento di un giusto indennizzo, per ragioni di pubblica utilità o di interesse sociale e nei casi e con le formalità fissati dalla legge.» I progetti per lo sfruttamento delle risorse naturali nei territori indigeni possono dunque essere autorizzati, ma sempre nell'ambito di un processo di bilanciamento fra i diritti indigeni e altri interessi collettivi e quando ciò non implichi il diniego della sopravvivenza del popolo indigeno o tribale, anche da un punto di vista sociale e culturale.

Tale processo è stato ampiamente descritto nel *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, del 2007, che ha interessato questa comunità tribale che vive nella

---

<sup>88</sup> Corte IDH, *Caso Yake Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par.146, 149, 217; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, 2012, cit., par. 156.

<sup>89</sup> Si è trattato di una controversia in cui il popolo indigeno Kalina y Lokono, insediato in otto raggruppamenti sul territorio del Suriname, pretendeva la delimitazione, demarcazione e intitolazione del proprio territorio tradizionale, la restituzione di una parte di tale territorio che era in proprietà di terzi, la partecipazione efficace allo sfruttamento delle riserve naturali e il diritto alla consultazione nell'ambito di progetti estrattivi condotti in una delle riserve. Lo Stato è stato giudicato responsabile per la violazione di diversi diritti convenzionali, quali il riconoscimento della personalità giuridica, il diritto delle proprietà collettive, i diritti politici. Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblos Kalina y Lokono c. Surinam*, 2015, cit., par. 155.

<sup>90</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 146; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, cit., par. 146. Cfr. anche G. Pentassuglia, *Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights*, in 22 *The European Journal of International Law*, 2011, 177-178.

parte nord del fiume Surinam e che pretendeva il riconoscimento del diritto di uso e godimento del territorio tradizionalmente occupato, in parte concesso a terzi per attività di sfruttamento minerario e di approvvigionamento di legname. La Corte ha ritenuto che lo Stato avesse violato, fra gli altri, gli articoli 2, 3, 21 e 25 della Convenzione interamericana e, in particolare, che per concedere lo sfruttamento minerario della zona, avrebbe dovuto coinvolgere nella decisione la comunità tribale e valutare l'interesse sociale e l'impatto ambientale di tali progetti<sup>91</sup>.

Nella pratica, il processo di bilanciamento prevede delle garanzie concrete e si svolge in due fasi: in primo luogo, va garantita la partecipazione effettiva dei membri del popolo indigeno al processo decisionale, con lo svolgimento di consultazioni sui progetti che vanno condotte «in buona fede, nel rispetto delle procedure culturali appropriate e con l'obiettivo di raggiungere un accordo» o, nel caso di progetti di investimento o di sviluppo di grandi proporzioni, in grado di produrre un profondo impatto sul territorio, con il consenso «preventivo, libero e informato, nel rispetto delle tradizioni e consuetudini indigene»,<sup>92</sup>.

In secondo luogo, dev'essere garantito, a favore della comunità, la partecipazione al godimento dei benefici economici che derivano dallo sfruttamento di quelle risorse naturali<sup>93</sup>.

Un ulteriore requisito è lo svolgimento di studi di natura ambientale da parte di istituzioni indipendenti e tecnicamente competenti al fine di valutare l'impatto ambientale e sociale del progetto di sfruttamento<sup>94</sup>.

Il tema del coinvolgimento delle comunità indigene nel processo di formazione delle politiche inerenti le risorse naturali non è stato immune da critiche. Una parte della dottrina ha osservato che la distinzione fra la necessità di consultazione dei popoli indigeni per quanto attiene la realizzazione di qualsiasi tipo di progetto che interessi il loro territorio ancestrale e le sue risorse e il previo consenso richiesto solo in caso di progetti di larga scala rappresenta un passo indietro rispetto a quanto stabilito nell'art. 32, 2 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, che invece richiederebbe «free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources» per qualsiasi tipologia di progetto<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 129. Sulla decisione si veda anche L. Brunner, *The Rise of People's Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights*, in 7 *Chinese Journal of International Law*, 2008, 699 ss.; e M.A. Orellana, *Saramaka People v Suriname (Case note)*, in 102 *American Journal of International Law*, 2008, 841 ss.

<sup>92</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 129 e 134. Sul tema si veda altresì M. Fasciglione, *op. cit.*, 90 ss.

<sup>93</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 138-140; Corte IDH, *Caso Pueblos Kalina y Lokono c. Surinam*, 2015, cit., par. 227-229.

<sup>94</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 129; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, cit., par. 204 ss.; Corte IDH, *Caso Pueblos Kalina y Lokono c. Surinam*, 2015, cit., par. 214-216.

<sup>95</sup> Cfr. J.M. Pasqualucci, *International Indigenous Land Rights*, cit., 90; M. Yriart, *The Right of Indigenous Peoples to Give or Withhold Consent to Investment and Development Projects – The Implementation of Saramaka v. Suriname*, in Haeck, O. Ruiz-Chiriboga, C. Burbano Herrera

Non è in questo senso escluso che, con la recente approvazione della *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, che sul tema ripropone la norma universale (art. XXIII, 2)<sup>96</sup>, si riconosce un vero e proprio “diritto di veto” alle comunità indigene sui progetti di sfruttamento dei loro territori tradizionali a prescindere dalla dimensione degli stessi<sup>97</sup>, cosa che ha portato, non a caso, alla formulazione di una dichiarazione di non vincolatività della disposizione da parte della Delegazione colombiana<sup>98</sup>.

## 6. Conclusioni

Il numero importante di decisioni adottate dalla Corte interamericana dei diritti umani rispetto ad altri organi regionali di protezione in materia indigena e tribale è soltanto uno degli elementi che concorrono a rendere la giurisprudenza di questo organo degna di attenzione.

L’approccio innovativo spesso adottato, sia a livello generale, per quanto concerne i criteri d’interpretazione e le misure di riparazione, sia, nello specifico, per la definizione dei singoli diritti e libertà, è quasi una costante nell’operato della Corte e nel suo tentativo di rendere effettiva la protezione per tali popoli negli ordinamenti nazionali.

Il riconoscimento della diversità culturale e della vulnerabilità dei popoli indigeni e tribali ha concretamente inciso sulla definizione e sulla tutela dei loro diritti; la protezione del diritto alla vita, in collegamento con il concetto di *vita digna*, e del diritto alla proprietà, con particolare riguardo a quello di natura collettiva, hanno rappresentato effettivi progressi per lo *status* giuridico di tali comunità nel continente. Naturalmente tale approccio non è stato esente da

---

(Eds), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, Cambridge, 2015, 477 ss.

<sup>96</sup> «Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas. (...) 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado».

<sup>97</sup> Una diversa interpretazione della norma interamericana, secondo la quale essa imporrebbe soltanto la consultazione delle popolazioni indigene sui progetti attinenti i loro territori – e non necessariamente il loro consenso – è motivata dal fatto che, mentre nello strumento universale il consenso indigeno è un principio di carattere generale che conforma l’esercizio dell’autogoverno e del diritto all’autodeterminazione, in quello regionale si tratterebbe di un principio sussidiario al diritto alla partecipazione che originerebbe soltanto un dovere per gli Stati, B. Clavero, *op. cit.*, 16.

<sup>98</sup> «En el contexto internacional, Colombia ha sido un país líder en la aplicación de las disposiciones sobre consulta previa del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del que es parte nuestro Estado.

Entendiendo que el enfoque de esta Declaración Americana, frente al consentimiento previo es distinto y podría equivaler a un posible veto en la explotación de recursos naturales que se encuentren en territorios indígenas, en ausencia de un acuerdo, lo que podría frenar procesos que son de interés general, el contenido de este artículo resulta inaceptable para Colombia». Cfr. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016)*, nota di pie de pagina.

critiche: si pensi per esempio al fatto che, allo stato attuale, la Corte non ha direttamente affrontato la questione di un'eventuale contraddizione fra pratiche culturali specifiche e i diritti universali dell'uomo o, ancora, al fatto che il concetto di *buen vivir* indigeno, contemplato in diverse costituzioni latinoamericane, sembra aver inciso ancora timidamente sul processo di bilanciamento dei diritti nella giurisprudenza interamericana, per esempio in relazione al diritto allo sviluppo.

È auspicabile che queste e altre questioni di grande rilevanza, relative, ad esempio, al diritto ambientale (che nel sistema interamericano viene trattato in ambito indigeno) o agli investimenti internazionali o, ancora, che vedranno protagonisti Stati fino ad ora non particolarmente interessati al dibattito<sup>99</sup>, vengano prossimamente affrontate dalla Corte interamericana, con potenziali importanti conseguenze sugli assetti giuridici delle popolazioni indigene. Ciò contribuirebbe, unitamente agli aspetti che ci auguriamo di aver reso degni di attenzione nel presente lavoro, a rendere il sistema interamericano ancor più interessante per lo studioso dei diritti dei popoli indigeni.

---

<sup>99</sup> Si sta attendendo, per esempio, il deposito della decisione sul primo caso in materia che veda coinvolto il Brasile, *Caso Pueblo indígena Xucuru y sus miembros*, sul tema del riconoscimento, delimitazione e attribuzione dei territori ancestrali. (per ulteriori informazioni si consulti l'indirizzo web [www.corteidh.or.cr/docs/tramite/pueblo\\_indigena\\_xucuru\\_y\\_sus\\_miembros.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/pueblo_indigena_xucuru_y_sus_miembros.pdf)).

# Does China Need Witnesses to Appear in Court? — Courtroom Discourse in China's Criminal

*di Xin Fu*

**Abstract:** China set up a trial system with adversarial elements after the reform of the Criminal Procedure Law (CPL) in 1996. Under such a trial process, witnesses appear in court to testify and receive cross-examination of the prosecution and the defence is of great importance to secure the defendant's procedural rights. Moreover, the amendment in 2012 further improved relevant supporting measures to safeguard defendant's rights, especially right to confront with the witnesses against him. However, the Chinese literatures showed that the rate of witnesses' court appearance is still quite low. Thus several questions may come up: Does the defence have a chance to cross-examine the prosecution witnesses and produce its own witnesses in court? Does China really need the witnesses appear in court? What can be done from the perspective of protecting human rights of the accused in the court trial regarding their right to cross-examine the witnesses?

In this paper, the author reviews the Chinese literatures as well as introduces his empirical observations in some Chinese courts regarding witnesses' appearance in court. He also analyzes the problems of the witness system in the criminal trial and identifies in-depth reasons for few witnesses to testify in court. In his view, the witness' giving testimony in court involves a number of complicated issues in China, as it does not only relate to the defects on the legislation and law enforcement, but also the ideology of state actors in the courtroom, in particular prosecutors and judges, and traditional culture of harmony. Based on these findings, the author raises a number of recommendations for the improvement in securing witnesses' appearance in court, which aims at putting the reforms introduced by the Criminal Procedure Law into effect in China and thus strengthening the protection of the defendant's human rights from procedural perspective.

163

---

**Keywords:** Witness; Criminal Procedure; Criminal Trial; Recommendations; China.

## 1. Introduction

In December 2016, the Supreme People's Court quashed the conviction of Nie Shubin's murder case<sup>1</sup> because of insufficient evidence and unclear evidence admitted during the trial in mid 1990s, which caused a lot of discussions on how to prevent from the miscarriages of justice in China. When talking about the reasons of wrongful convictions including those representatives ones previously

---

<sup>1</sup> For detailed case information, see e.g., [K. Hunt, S. Wang and S. Jiang, 'My son is innocent': Chinese man exonerated 21 years after execution](#), in *CNN News*, 2 December 2016, available at [edition.cnn.com/2016/12/01/asia/china-executed-man-found-innocent-nie-shubin/index.html](#) (Last visit: 9 May 2017); [I. Leonard, Mum who saw son executed 20 years ago on 'brink of proving his innocence'](#), in *The Mirror*, 28 March 2015, available at [www.mirror.co.uk/news/world-news/mum-who-saw-son-executed-5413373](#) (Last visit: 9 May 2017).

reported such as She Xianglin's Case and Zhao Zuohai's Case, some people cannot help arguing the extortion of confession at first and attributing it to the state actors' strong traditional ideology of confession being "the evidence of the King". But on the other hand, it is clear that prevention of wrong convictions will involve various aspects of the criminal justice system as well. For example, why does the court fail to be the last straw for the defendant when facing powerful state actors in the criminal proceedings? Is it more important than the topic of securing the lawyers' rights in the criminal defence and restricting the illegal investigation acts, even torture in China?

In fact, research in China has shown that witness statement is another important reasons leading to wrongful convictions, apart from extorting confessions by torture. For example, the research findings of Jiahong He et al through questionnaires survey in 2007, 38% of the respondents<sup>2</sup> argued that witness statement is more likely to cause wrong convictions in criminal cases, ranking no. 1 out of the seven types of evidence.<sup>3</sup> In addition, according to his analysis of 50 wrongful convictions, 20% involved false witnesses statement.<sup>4</sup> To this issue, the people, especially foreigners, may also wonder why the state actors and the defence cannot discover the doubt in the courtroom since witnesses are required to give testimony and receive cross-examination of the parties according to the Criminal Procedure Law. Regretfully, Chinese literatures reported that few witnesses appear in court and normally it is the prosecution who read out the witnesses' statement replacing their physical appearance. Then why do witnesses disappear in court? Are there any specific safeguard measures for the witnesses? Can the judges apply compulsory measures to summon witnesses through compulsory measures?

In this paper, the author will review the criminal procedure reforms introduced in 1996 and 2012 respectively, introduces the relevant Chinese literatures as well as his empirical observations (such as courtroom observations, reading of case files and interviews with judges, prosecutors and lawyers) in some Chinese courts regarding witnesses' appearance in court during 2002-2006 and 2015-2017 for comparison purpose. He also analyzes the problems of the witness system in the criminal trial and identifies in-depth reasons for few witnesses to testify in court.

---

<sup>2</sup> The respondents covered 140 judges, prosecutors, police and lawyers involving in the criminal investigation, prosecution, defence and trial from 5 provinces (autonomous regions or municipalities directly under the Central Government). See J. He and R. He, *The Problems of Evidence in Wrongful Convictions*, in 2 *Tribune of Political Science and Law (Zhengfa Luntan)* 3 (2008). For details, see also L. Zhang, *Wrong Convictions and Seven Types of Evidence (Xingshi Cuoan Yu Qizhong Zhengju)*, Beijing, 2009.

<sup>3</sup> In addition, 37%, 18%, 11%, 5%, 4% and 0% of the respondents attributed to the defendant's oral confessions, conclusion of expert evaluation, victims' statements, audio-visual materials, material evidence and written record of inquests and examination respectively. As far as the witness statement is concerned, most respondents (63%, especially those judge and prosecutors) argued that witnesses made perjury intentionally. J. He and R. He, *The Problems of Evidence in Wrongful Convictions*, in 2 *Tribune of Political Science and Law (Zhengfa Luntan)* 3 (2008).

<sup>4</sup> *Ibid.*

## 2. Reforms of the criminal procedure and witness court appearance since 1996

Generally speaking, China set up a trial system with adversarial elements after the reform of the Criminal Procedure Law (CPL) in 1996. Under such a trial process, witnesses appear in court to testify and receive cross-examination of the prosecution and the defence is of great importance to secure the defendant's procedural rights. To a certain extent, the protection of human rights has been improved in China, and thus the reform won some applause from the international communities.<sup>5</sup> In summary, there have been five important changes. First, the compulsory measure of shelter and investigation was abolished; second, lawyers could become involved at an earlier stage in criminal cases; third, the law generally established the principle of presumption of innocence; fourth, the court would undertake a procedural review before the trial and the procuratorate was not required to transfer all the case files and evidence, but the Bill of Prosecution, a list of evidence, the names of witnesses and copies or photos of major evidence; fifth, during the trial, the prosecution and the defense are responsible for court investigation, production and cross-examination of evidence and debate, and thus the judge's role would tend to be more neutral. Moreover, China revised the Law of the People's Republic of China on Lawyers in 2007 on the part of lawyers' rights in meeting with the clients, reading the prosecution files and collecting evidence and conducting investigation.

Compared with the former inquisitorial system featured in the Criminal Procedure Law (1979) in China, the role of witnesses is vitally significant in the adversarial trial, because the principle of orality requires that "evidence on disputed questions of fact be given by witnesses called before the court to give oral testimony on matters within their own knowledge".<sup>6</sup> Without the witness' cooperation, the whole criminal justice system would cease to function.<sup>7</sup> Henceforth, the judges in China are expected to be more neutral in the criminal trial than before, since the new law provides the prosecution and the defence will be responsible for questioning the defendant, for production and cross-examination of evidence and for court debate. Consequently, according to the system design of the law, the witness is required to appear in court for cross-examination, and sometimes, to answers the judge's inquiries in relation to the witness' competence. That's to say, only when the witness appears in court can the examination and cross-examination of disputed evidence be carried out in

---

<sup>5</sup> For discussion of the Criminal Procedure Law, for example, see P. Liu and Y. Situ, *Mixing Inquisitorial and Adversarial Models: Changes in Criminal Procedure in a Changing China*, in J. Liu, L. Zhang and S. F. Messner (eds.), *Crime and Social Control in a Changing China*, Greenwood Press, 2001; E. Fairchild and H. Dammer, *Comparative Criminal Justice Systems*, Belmont, 2002, 144; H. Lu and T. D. Miethe, *Legal Representation and Criminal Processing in China*, in 42 *British Journal of Criminology* 267 (2002).

<sup>6</sup> L. Ellison, *The Adversarial Process and the Vulnerable Witness*, Oxford, 2001, 11.

<sup>7</sup> R. J. Harris, *Whither the Witness? The Federal Government's Special Duty of Protection in Criminal Proceedings after Piechowicz v. United States*, in 76 *Cornell Law Review* 1285 (1991), cited in N. R. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, London, 2001, 1.

court. If this can be true, it will help the judge better understand the case through the cross-examination of witnesses,<sup>8</sup> reduce the state actors' heavy reliance on the defendant's oral confession, and thus contribute to reduce wrongful convictions and possibly the torture.

In 2012, the Chinese authority made further amendment of the CPL (1996) in order to solve the problems discovered in the judicial practice. Among the other things, there are some major improvements in the criminal procedure, many of which involved rights protection of the defendant or criminal suspect. For example, the accused is entitled to hire a defender at the criminal investigation stage; enjoys the privilege not to incriminate himself/herself. The law also expanded the applicable scope of legal aid services for the accused, which means all the defendants who might be sentenced to death penalty or life imprisonment but have not retained a lawyer now can have a pro bono lawyer for their cases. Moreover, the law provided more detailed provisions on the exclusion of illegal evidence, especially the measure to secure witness appearance in court, such as compulsory measures against and adequate financial compensation for the witnesses, apart from some protective countermeasures for the witnesses and their relatives. Furthermore, the defenders can read, digest or copy the materials relating to case facts even at the review and prosecution and trial stages; they can meet the clients with the required documents without the need of prior approval from the police with some exceptions. In addition, the law strengthened legal supervision of the procuratorate over application of investigation measures for the purpose of protecting citizens' lawful rights and interests. The law further readjusted the applicable scope of summary procedure improved the case remand system and law enforcement of the penalty in particular the implementation of non-custodial punishment and procuratorial supervision over the probation, parole and penalty outside the prison.

Despite of these measures and positive comments and given that there is always a gap between the law in 'books' and the law in action, people have reason to ask: Does the defence have a chance to cross-examine the prosecution witnesses and produce its own witnesses in court? Does China really need the witnesses appear in court? In the next section, I will introduce the practical situation on the witness court appearance in criminal cases in China.

### **3. Current situation of the witness appearance in court**

There are no official statistics on the rate of witness appearance before the court in China, because the courts are not required to count and report such a rate to the Supreme People's Court at the end of each year. Furthermore, most Chinese scholars have been focusing on the reform of criminal trial mode, re-trial

---

<sup>8</sup> Research shows that case files can not reflect all of the statements of what defendant, witnesses, and victims actually said in the police investigation. In most cases, particularly in China, police interrogation and interviews with the witnesses in a closed environment, the reliability of the record can be challenged, given that lawyer's involvement is very limited at the investigation stage. They are not allowed to show up in the process of police interrogation as the western counterparts can do.

procedure and the protection of defendant's human rights. As a result, in the criminal justice research, the witness was somewhat a "forgotten man" of the criminal process.<sup>9</sup>

In judicial practice, witness appearance in the criminal court is said to be rather low before the 2012 CPL reform. The rate of witness appearance was estimated to be less than 10%.<sup>10</sup> Notwithstanding, some scholars in China argued that such a rate may be overestimated.<sup>11</sup> While some data showed that there were witnesses in more than 80% of cases prosecuted by the People's Procuratorates in China, some found that few witnesses appeared in court.<sup>12</sup> This has been regarded as "a problem gives judges a headache in China's court trial".<sup>13</sup> For example, witnesses appeared in approximately 5% of cases tried in the First Criminal Court of Haidian District Court of Beijing.<sup>14</sup> A survey conducted in East China revealed that the rate of witness' court appearance in Gulou District Court of Nanjing, Jiangsu Province was 6.2% on average between 1999 and 2001.<sup>15</sup> In 1998, only 1.5% of witnesses appeared in criminal cases in Shanghai First Intermediate People's Court.<sup>16</sup> In Southeast China, it was reported that the witness rate in Shenzhen Intermediate Court ranged between 2 and 5 percent since 1997.<sup>17</sup> In the People's Court of Yongchun, Fujian Province, no one gave testimony in cases concerning bribery or corruption, although witnesses appeared in 25% of other types of criminal cases in 1997.<sup>18</sup> In North China, witnesses appeared before the Yantai Intermediate People's Court of Shandong Province in less than 1% of criminal cases on average. In Northeast China, Erdao District Procuratorate in Changchun, Jilin Province prosecuted 185 criminal cases in 1997 and witnesses only gave testimony in court in 8 cases (4.3%); of the 197 cases prosecuted in 1998, witnesses appeared in 11 cases (5.6%).<sup>19</sup> Likewise, the survey of Weimin Zuo *et al* reported that the average rate of witnesses' court appearance in court of C City of Sichuan Province was 0.38% in 2004.<sup>20</sup> In

<sup>9</sup> L. Ellison, *The Adversarial Process and the Vulnerable Witness*, Oxford.

<sup>10</sup> J. Wang, *On the Testimonies of Witness in Criminal Cases (Xingshi Zhengren Zhengyan Lun)*, Beijing, 2002.

<sup>11</sup> D. Cheng, *Problems on the Witness Appearance and its Solutions*, in *Collection of Academic Papers of 2003 Annual Conference of Procedure Law*, Beijing, 2003.

<sup>12</sup> C. Zhang, *The Reasons for Low Appearance Rate of Witness in Court*, in *Enlightenment Daily (Guangming Ribao)*, 26 December 2000.

<sup>13</sup> Z. Long and J. He, *Walking out the Misunderstanding on the Witness Giving Testimony*, in J. He (ed.), *Forum on Evidence (Zhengjuxue Luntan)*, Vol. 2, Beijing, 2001.

<sup>14</sup> J. He (ed.), *A Study of the Witness System*, Beijing, 2004.

<sup>15</sup> D. Cheng, *Problems on the Witness Appearance and its Solutions*, in *Collection of Academic Papers of 2003 Annual Conference of Procedure Law*, Beijing, 2003.

<sup>16</sup> J. He (ed.), *A Study of the Witness System*, Beijing, 2004.

<sup>17</sup> Z. Zhang, *An Analysis of Present Situation on the Witness Court Appearance in China and Discussion of Countermeasures*, in J. He (ed.), *Forum on Evidence (Zhengjuxue Luntan)*, Vol. 2, Beijing, 2001.

<sup>18</sup> D. Wu, *What are Good Measures to Solve the Witness' Refusal to give Testimony—A Study of Improving the System of Protecting Witness' Rights in China*, in *3 People's Procuratorial Bimonthly (Renmin Jiancha)* 6 (1999).

<sup>19</sup> Procuratorial Daily, *The Difficulties in Witness' Court Appearance and the Possible Reasons*, in *Procuratorial Daily (Jiancha Ribao)*, 22 August 1999.

<sup>20</sup> W. Zuo, J. Ma and J. Hu, *Chapter Thirteen: Survey Report on the Pilot of Witnesses Court Appearance and Giving Testimony in Criminal Cases*, in W. Zuo *et al*, *Zhongguo Xingshi Susong*

Central China, the Nanguan District People's Court of Kaifeng City, Henan Province heard 728 criminal cases from January 1997 to October 2003, and the rate of witness presence was around 1%.<sup>21</sup>

Based on the literature available, we may notice that there was very few information on the rate of witness appearance in mid and western China, but scholars argued that they had reason to believe that the rate was similar to the situation in the Eastern area, or even lower.<sup>22</sup> Is this true or not? In order to find answers to this question, I would like to introduce relevant findings of an empirical research on Chinese criminal procedure during my doctoral study, for which I spent around one year and a half in the fields during 2003-2004 with structured research tools.<sup>23</sup> Three courts I visited included one intermediate court of a capital-city in northwest (Site A), one intermediate court at a non-capital city (Site B) in mid China and one basic court at the district level in southwest (Site C), and. Among the other things, the case files<sup>24</sup> (for a total of 235) I accessed found that in *No* case did any prosecution witness appear in courts of the three sites—When the prosecutor presented the testimony of witnesses, he or she just read out the record of the witnesses' statements.<sup>25</sup> On the other hand, the criminal defence is not a popular sector for lawyers in China mostly because of personal safety concerns, e.g., they may face a risk of being charged with the perjury, persuading witnesses to change the testimony. Given this unique situation, it is not a surprise to see that very few lawyers presented defence witness in China.<sup>26</sup> To this end, my research findings in a certain degree echoed the previous literatures as well as Mike McConville's findings on the courts of 13 sites across China where few witnesses can give testimony in court. According to McConville *et al* (2011),<sup>27</sup>

---

*Yunxing Jizhi Shizheng Yanjiu (Empirical Study on the Operation Mechanism of Criminal Procedure in China)*, Beijing, 2007, 338.

<sup>21</sup> J. He (ed.), *A Study of the Witness System*, Beijing, 2004.

<sup>22</sup> See e.g., D. Cheng, *Problems on the Witness Appearance and its Solutions*, in *Collection of Academic Papers of 2003 Annual Conference of Procedure Law*, Beijing, 2003.

<sup>23</sup> The research tools were jointly developed by a research team led by Professor Mike McConville in early 2003. For details, see Appendix of the book by M. McConville, et al, *Criminal Justice in China: An Empirical Enquiry*, Cheltenham, 2011.

<sup>24</sup> The case files were that of "dead or recently completed" cases that at that time. I read the files according to the reverse chronological order of the case heard. In general, the number of case files I read (n=100, 70 and 65) in the three site is roughly round 1/5 and 1/7 of all the cases heard each year, the data is trustworthy from the qualitative and quantitative perspectives.

<sup>25</sup> This does not mean that the absence of witnesses would prevent some challenges being made to the witnesses' testimony. For example, there were challenges in 37 cases in Site 1 (38%), 4 cases in Site 2 (10%) and 15 cases (24%) in Site 3, which were raised mainly by the defence. See X. Fu, *Empirical Study of Criminal Procedure in China*, Ph.D. thesis, City University of Hong Kong (2005), Chapter Nine.

<sup>26</sup> X. Fu, *On the fairness and communications in the trial of criminal cases in China—An empirical analysis from the perspective of criminal defence*, in 6(2) *International Journal of Law, Language and Discourse* 36-50 (2016); X. Fu, *Public prosecutors in the Chinese criminal trial—Courtroom discourse from the prosecution perspective*, in 1(2) *International Journal of Legal Discourse*, 401-420 (2016).

<sup>27</sup> M. McConville, et al, *Criminal Justice in China: An Empirical Enquiry*, Cheltenham, 2011.

One of the most striking features of criminal trials in China is the absence of witnesses. With very few exceptions, we found that witness testimony took the form of witness statements read out to the court, predominantly by prosecutors - on our analysis, the defence produced witness statements in only sixteen cases (10 in the Basic Court and 6 in the Intermediate Court). Witnesses were physically produced to give testimony in only 19 trials, involving a total of 31 defendants (24 in the Basic Court and 7 in the Intermediate Court). This means that out of the 1,109 defendants whose cases proceeded to trial, witnesses provided live testimony of some kind in only 2.8 per cent of cases. In all but one of these 19 trials only one witness was produced, and in 12 of these trials that sole witness was the victim.

The low rate of witness appearance in court becomes more problematic in China, sometimes even caused public outrage<sup>28</sup> and criticism from the international communities.<sup>29</sup> It is particular a headache to judges in cases where the two parties produce two different versions of written testimony from the same witness. As part of the efforts to address these problems, the CPL (2012) made dramatic revisions concerning securing witness appearance in court. For example, the law further clarified and improved the conditions of witnesses' appearance in court, such as the system of witness compensation, protection, forced court appearance, etc.<sup>30</sup> But some Chinese literature still showed that few witnesses would come to the court to give testimony for various reasons.<sup>31</sup> For instance, the statistics provided by the two levels of courts in Wuhu City of Anhui Province ranged between 0% and 5% during 2012 and 2014 (n=777).<sup>32</sup> According to the official statistics of the intermediate and grassroots courts in Huzhou City of Zhejiang Province, only 88 witnesses (7 upon the summons at

---

<sup>28</sup> A farmer in Henan was charged with the offence of escape to pay toll fee for more than 3.68 million RMB within 8 months, while his illegal act only earned a profit of 0.2 million RMB. He was sentenced to life imprisonment which resulted in hot discussion in China. As a result, the presiding judge was dismissed because of procedural and factual defects. See Y. Wang, *3.68 Million RMB of Toll Gate Fee, the Charge Standard for a Truck is For a Plane*, in *Yangtze Evening Newspaper (Yangzi Wanbao)*, 13 January 2011. In this case, there was no witness to appear in court. If the witness could appear to testify, such a ridiculous judgment might be avoided. Of course, this case did not only involve witness appearance in court, but also more with the court system (judge has no individual independence).

<sup>29</sup> For example, in the trial of the 'Rio Tinto' case in April 2010 [E. M. Lynch, *A Response to Rio Tinto—A Different Opinion from Australia*, 20 April 2010, available at [chinalawandpolicy.com/tag/stern-hu/](http://chinalawandpolicy.com/tag/stern-hu/) (Last visit: 15 April 2017)], the principal evidence of corrupt payments against Stern Hu and three others was made in a written statement by a witness called Du Shuanghua. Requests that Du be produced as a witness were unavailing.

<sup>30</sup> For details, see Articles 187-189 of the *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China* (2012).

<sup>31</sup> Most witnesses appeared in job-related cases (48.65%), while very few occurred in murder cases. Among 88 witnesses, 59% had some kind of relationship with the defendant. Of the 88, 26 withdrew the statements given to the investigation organs. See Y. Wu *et al*, *Improvement of institutional application of the system and earnest update of the effectiveness and quality of the trial—Survey report of Huzhou People's Intermediate Court of Zhejiang Province on witness appearance in court*, in *People's Court Daily [Renmin Fayuanbao]*, 17 September 2015, available at [rmfyb.chinacourt.org/paper/images/2015-09/17/08/2015091708\\_pdf.pdf](http://rmfyb.chinacourt.org/paper/images/2015-09/17/08/2015091708_pdf.pdf) (Last visit: 12 March 2016).

<sup>32</sup> Y. Zhou, *On the improvement of the system of witness court appearance in China—Take the courts in Wuhu for example*, in 16(2) *Journal of Jixi University (Jixi Daxue Xuebao)*, 278-281 (2016).

the court initiative and 81 at the request of the defence) appeared in 37 out of the 24,491 criminal cases during January 2008 and August 2015 (1.5%). Similarly, the research by Boqing Huang and Tianyi Wu indicated the rates of witness disappearance in three grassroots courts of S City varied between 0.8 and 9.7% during 2012 and 2015 despite of the difference between those non-disputed and disputed cases.<sup>33</sup> Likewise, the rate of court appearance in a grassroots court of S Province was 1.12% and 1.16% in 2012 and 2013 respectively, while the pilot data in a court of H City showed that there was no dramatic increase in 2014 (7.2%).<sup>34</sup> In judicial practice, few police officers responsible for the criminal investigation would explain and testify in the court trial as well, letting alone the expert witnesses.<sup>35</sup>

On my part, I also updated my research data in Site A during 2015 and 2017, where I read more than 40 cases files, observed 3 trials and interviewed three judges and prosecutors. My recent courtroom observation of the three cases involving job-related crimes further confirmed this situation—none of the witnesses came to the court in Site A, although the parties had different opinions on whether the defendant had the circumstance of voluntary surrender in a high profile case (e.g. CTO A-26 offence of embezzlement). What the lawyers questioned and debated was based on the written record of the witnesses (mostly the persons who provided the money for seeking for personal gain).<sup>36</sup> Likewise, very few experts attended the trial. In all cases I observed, it was the prosecutor who briefly summarized the experts' conclusions. In no case did the prosecutor explain the absence of experts in court and in no case did the judges ask for an explanation of the absence and in no case, presumably, did the defence request this or insist upon it.

If the judges cannot decide which parties' testimony is reliable without the examination and cross-examination of witnesses in court, they have to review the written testimonies after the trial on the basis of their working experience. This means that there is no substantive and practical change despite of the reform. It would make the adversarial trial process a formality, so that the court in fact had retreated to its former inquisitorial system so far as the production and cross-examination of evidence is concerned. Therefore, the low rate of witness appearance in court might directly influence on the adversarial quality of the criminal trial and menace the success of the reform of the criminal trial. If we

<sup>33</sup> B. Huang and T. Wu, *Reform of the 'demand side: Empirical analysis of witness court appearance in criminal cases*, in 3 *Journal of Law Application (Falv Shiyong)* 7-12 (2017).

<sup>34</sup> Y. Ye, *Study of the system of witness appearance in court from the court-centred perspective*, in 48(2) *Journal of Nanchang University (Human and Social Science Edition)*[*Nanchang Daxue Xuebao (Renwen Shehui Kexueban)*] 84-90 (2017).

<sup>35</sup> X. Wu and X. Zhou, *The Chinese path of establishing the system of police giving testimonies in court*, in 2 *Journal of People's Public Security University of China (Social Sciences Edition)*[*Zhongguo Renmin Gong'an Daxue Xuebao (Shehui Kexueban)*] 79-84 (2015).

<sup>36</sup> I had a chance to talk with the judge in charge of this case. According to him, since neither the defence nor the prosecution requested any witness to testify in court, there was no need for them to do so. Even if the court summoned those important witnesses, few of them would come as they may feel uncomfortable to face the defendant. In order to clarify the details on the disputed items or matters, the judges sometimes had to pay a visit to those key witnesses.

look at the international perspective, the defendant is endowed with the right “to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him”.<sup>37</sup> As a result, the witness’ absence in court may detract from the defendant’s right to a fair trial. In this respect, the witness’ appearance in court is essential to the protection of the defendant’s human rights—from both substantive and procedure perspectives—and requirement of the due process as required by the international community. In other words, the radical institutional reform on the trial in the criminal justice is reliant on the enforcement of law in China. Without the implementation of the law, the reform can be only a formality without substantive institutional change.

#### 4. Analysis of the current witness system in China

There may be various reasons for witnesses’ unwillingness to appear in court. In general, it will involve issues from the perspectives of legislative defects and the state actors’ ideology and law enforcement, apart from the impact of Chinese traditional culture.

##### 4.1 Legislative perspective

The most important reason for low witness appearance in court is closely related to the defects in the present witness system. Among the other things, witness protection was viewed as the biggest problem for witnesses’ absence of court trial in China before the reform of CPL (2012), as numerous sources revealed that fear of revenge and retaliation was the biggest concern for witnesses giving testimony in court.<sup>38</sup> In the research by Guoan Le *et al.*, for example, the safety concern is the most important reason for the witness to refuse to give testimony in court. The witness who appears in the trial would have to face the defendant in their daily life; no matter it is a criminal or civil case. In China, since most accused will not be sentenced to the death penalty with immediate execution in criminal cases, the criminal may return home after a period of imprisonment. Thus the witness had to encounter the possibility of revenge. There were some reports on such retaliation in the media coverage in China.<sup>39</sup> This is also the views of lawyers and judges I interviewed in 2016 in Site A.

---

<sup>37</sup> Article 14(3)(5) of *International Covenant on Civil and Political Rights*.

<sup>38</sup> W. Zuo, J. Ma and J. Hu, *Chapter Thirteen: Survey Report on the Pilot of Witnesses Court Appearance and Giving Testimony in Criminal Cases*, in W. Zuo *et al.*, *Zhongguo Xingshi Susong Yunxing Jizhi Shizheng Yanjiu (Empirical Study on the Operation Mechanism of Criminal Procedure in China)*, Beijing, 2007, 338.

<sup>39</sup> Apart from the Xiao Jingming’s Case mentioned, some witnesses even were killed: News reported that one witness in Shandong Province went to court to give evidence against the defendant in a rape case in 1995. The defendant was convicted and after he was released in 1997, he threatened to take revenge against that witness. The witness and her husband reported it to the security director and party secretary of the village, but no protective measures were adopted to protect the witness and her family. One year later, the former convicted defendant in killed the witness and her son. Then, when the police looked for

This view was supported by a research in Renmin University of China School of Law in 2003: According to the response from 160 judges and another 804 participants, more than 88% of interviewees thought that the most important reason for a witness' refusal to give testimony was the fear of suffering retaliation.<sup>40</sup> Similarly, in another survey, the fear of revenge was found to be the most important of ten reasons for their refusal to appear in court.<sup>41</sup> McConville's book (2011) has similar findings regarding this issue.<sup>42</sup> Therefore, if there is a lack of sufficient protective measures put in place for the witness, how can he/she be expected to appear in court willingly?

In the CPL (1996), there were three major provisions in the Chinese Laws governing the protection of witnesses. First, Article 41(2) of the Constitutional Law of the People's Republic of China provides that "The state organ concerned must deal with complaints, charges or exposures made by citizens in a responsible manner after ascertaining the facts. No one may suppress such complaints, charges and exposures or retaliate against the citizens making them. Citizens who have suffered losses as a result of infringement of their civic rights by any state organ or functionary have the right to compensation in accordance with the law." Article 49 of the CPL (1996) also stipulated that "the People's Courts, the People's Procuratorates and the public security organs shall ensure the safety of witnesses and their near relatives; anyone who intimidates, humiliates, beats or retaliates against a witness or his near relatives, if his act constitutes a crime, shall be investigated for criminal responsibility according to law; if the case is not serious enough for criminal punishment, he shall be punished for violation of public security in accordance with law". Similarly, the Criminal Law provides protection for witnesses.<sup>43</sup>

---

witnesses to the murder case, no one dared to give testimony because of the fear of retaliation. Some citizens (witnesses) even pushed the police out their homes and said: "Even if I have seen the murder, I will not tell you. If he (the murderer) cannot be sentenced to death, I will have to die." This illustrates the inadequate protection of witnesses in practice and the negative effect of giving testimony in court. One or two such examples would magnify the "chilling effect" and produce sufficient deterrent but demonstrations to those who may want to show up in court. See Q. Zhang and X. Yang, *One Murder Case Brought One Burdensome Judicial Topic—How the Law Protects the Witness*, in *City of Goat Evening Newspaper*, 29 October 1998.

<sup>40</sup> L. Liu, Lixia, and D. Wu, *An Empirical Analysis of the Witness System*, in He Jiahong (ed.), *Forum on Evidence (Zhengjuxue Luntan)*, Vol. 7, Beijing, 2004.

<sup>41</sup> The ten items of reasons to refuse the testimony include the sense of fear, selfishness, the revenge, the heart of sheltering or harboring (the suspect or defendant), repayment of the obligation to the person, inimical feeling, revenge, shame, sympathy and the face. See D. Wu, *An Analysis and Discuss of Reasons on the Witness Refusal to Give Testimony*, in J. He (ed.), *Forum on Evidence (Zhengjuxue Luntan)*, Vol. 3, Beijing, 2001, 448.

<sup>42</sup> In particular, Chapter Nine.

<sup>43</sup> Articles 307 and 308 of the *Criminal Law of the People's Republic of China* (1997). Article 307 provides that anyone who stops with violence, threat, bribe, and other methods a witness to testify or instigates others to make false testimony is to be sentenced to not more than three years of fixed-term imprisonment or criminal detention; when the circumstances are severe, to not less than three years but not more than seven years of fixed-term imprisonment. Moreover, the law emphasizes the severely punishment for any judicial personnel committing the crimes as stated in the first two paragraphs of Article 307. In addition, if anyone resorts to persecution and retaliation against a witness, he is to be sentenced to not more than three years of fixed-term imprisonment or criminal detention;

Although the CPL (1996) provided protections for the witness, it is not sufficient and consistently coordinated in practice. First, the provision in the Criminal Procedure Law is a general provision, which lacks of specific protective measure. For example, there is no provision on how the judicial organs protect the safety of the witness and his near relatives, nor measures available for the court to protect the witness. In other words, such legal provisions are too general to be enforced in practice. Second, the object of protection in the procedure law is the witness and his near relatives; while the object of protection in the Criminal Law is the witness only, which is not enough to secure the witness' court appearance because of the fear of revenge against his/her near relatives. Third, the protections in the substantive and procedural law are remedies afterwards, failing to cover the whole process, which lacks of preventive measures for the protection of witness. If the law has sufficiently deterrent effect by threatening punishment against the crime, such a protection afterwards might be helpful to some extent. The point is that, the deterrence of the Criminal Law is not enough to safeguard the safety of witnesses and their relatives. There is evidence that some witnesses were retaliated or revenged as a result of giving the testimony.

The reforms of the CPL (2012) made some positive improvements. For example, where the public prosecutor, the parties or the defender, or agent ad litem has disagreement with the witnesses' testimonies, which may have substantive impact on the conviction and sentencing, the witnesses (including the expert witnesses) should testify *if the court thinks it necessary*. From the legislative perspective, the provisions provided the judge with the discretionary power on if the witnesses could come to testify. In addition, Article 190 allows (the prosecution) to read out testimonies of witness in court to be justified. Moreover, the police can be required to testify and explain on the information regarding the crime at the time of the investigation, who may not receive cross-examination of the defence. Furthermore, Article 192(2) of the CPL (2012) added that, "public prosecutor, the parties and the defender or the agent ad litem may apply to the court to notify the person with professional expertise and knowledge to express personal opinions on expert opinions." This contributes to the review and application of the expert opinions in determining the case in practice, making the scientific evidence clearer and convincing to the parties.<sup>44</sup> In addition, where the witnesses fail to appear and testify in court proceedings after the court's notification, the judge may force the witnesses concerned to testify in court; where the expert witnesses refuse to testify, their expert opinions will not be used as the basis of determining the case.

---

and when the circumstances are severe, to not less than three years and not more than seven years of fixed-term imprisonment. *Ibid*, Article 308.

<sup>44</sup> There are some positive examples on the values of the experts with special knowledge in avoiding miscarriage of justice in criminal trial in China. For example, see discussion of Nian Bin's case, in Y. Gu, *A study of the protruding problems in the criminal defence in the trial-centred context*, in 2 *China Law Science (Zhongguo Faxue)* 65-85 (2016); Q. Xiong, *Promoting the reform of trial-centred procedural system through Nian Bin's case as a sample*, in 1 *China Law Review (Zhongguo Falv Pinglun)* 31-37 (2015).

#### 4.1.1 *Witness rights*

There are some basic provisions on witness rights in the CPL (1996), but they are scattered throughout the Code. In summary, a witness can enjoy the following rights: the right to ask the judicial organs to safeguard the personal safety and that of their near relatives, use native spoken or written language in giving testimony, request the investigators to present official certificates or identities; receive notice of the court session three days beforehand; verify the testimony in the record of court hearing after the trial; and file charges against any unlawful act by judicial staff.<sup>45</sup> However, these provisions are not complete, and some important rights were missing. For example, there was no provision relating to the reimbursement of costs to witnesses arising from their appearance in court. When a witness appears in court, he/she has to pay the cost incurred. Even if the judicial organs agree to compensate the witness relevant costs, given the shortage of budget for dealing with cases, the police, the procuratorate or the court may shift their responsibility for compensating the witness and ultimately the witness will not be reimbursed. This in fact discourages others from giving testimony actively. Moreover, no one enjoys witness privilege by law in China, so everyone has the duty to give testimony without exception. Thus, in China, for instance, when a husband commits a crime and the wife knows about the crime, if she refuses to give testimony to the police or the procurators, her refusal may constitute an offence. On the other hand, if the wife gives the testimony, it may destroy the harmonious relationship between the couple. These competing considerations may increase the unpredictable nature of witness appearance in court where spouses are concerned, and moreover, where any family members and friends are involved.

174

In order to protect those who appeared or are to be appeared in court, the CPL 2012 also provided that, where the witnesses testify in cases of endangering national security, terrorism and drug-related crimes, the witnesses themselves and their near relatives may request the judicial organs to protect them if facing personal safety troubles arising from testifying in court. Articles 212-214 of the Interpretation on CPL 2012 established detailed rules on cross-examination of witnesses (including expert witnesses and experts) in court. However, this is not enough to make an overall protection for those witnesses in China, given that it may involve various parties especially the police, notably it lacks beforehand protection for the witnesses. Moreover, it is very likely that the three organs (police, prosecutors and judges) to kick off a “ball game” in protecting witnesses in reality. In addition, the scope of application is not clear, and it seems to cover all types of criminal cases, in fact no/few witnesses appear in court in reality.

#### 4.1.2 *The witness’ duty to testify in court*

It is generally accepted by scholars that a witness’ duty includes the duty to appear and testify before a court, to make an oath or affirmation and to give

---

<sup>45</sup> See Articles 9, 14, 49, 97, 151 and 167 of the *Criminal Procedure Law of the People’s Republic of China*.

testimony.<sup>46</sup> The CPL (1996) set out the witness' duty to testify expressly:<sup>47</sup> all the citizens who have information about a case shall have a duty to testify, so long as they have the intellectual competence, can distinguish right from wrong or can properly express themselves. Unless there is opposing evidence to prove that a witness is physically or mentally handicapped person or a minor who cannot distinguish right from wrong or cannot properly express himself/herself, he/she shall qualify as a witness. However, the law also stated that the public prosecutor and the defenders could show material evidence to the court for the parties to identify; the records of testimony of witnesses who were not present in court, the conclusions of expert witness who were not present in court, the records of inquests and other documents serving as evidence shall be read out in court; the judge should listen to the opinions of the prosecutor, the defence and the agents ad litem.<sup>48</sup>

However, the Judicial Interpretation of the Supreme People's Court on CPL (1996) (hereinafter called the *Interpretation* [1996]), the witness is permitted not to appear in court after the permission of the People's Court if he/she could meet the required conditions.<sup>49</sup> Such practice in reality, "a small loophole on a big cap", a serious "small loophole"<sup>50</sup> made the exceptions as furnishings, because any witness could make use of it as the justified reason to refuse court appearance.

The CPL (2012) made some improvement in this regard. It states that, where the witnesses fail to appear and testify in court proceedings after the court's notification, the judge may force the witnesses concerned to testify in court; where the expert witnesses refuse to testify, their expert opinions will not be used as the basis of determining the case. However, such provisions are almost in paper which not only involves the legislative issue but also the law enforcement. In judicial reality, witnesses particularly the investigators seldom come to court to testify. A good illustration of this is that, in the first half of 2013, only 0.6% of investigators appeared in court in criminal cases heard in courts of Beijing.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> D. Zhao and X. Fu, "A Discussion on the Improvement of Witness System in China", in *Collection of Academic Papers of 2004 Annual Conference of Procedure Law* (Vol. 1), *China Law Society*, 371 (2004).

<sup>47</sup> See Article 48, Criminal Procedure Law of the People's Republic of China. In addition, Article 141(1) of the Interpretation of the Supreme People's Court on the Issues in the Execution of the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China (hereinafter called the Interpretation) says: "The witness should appear and give testifying in court."

<sup>48</sup> Article 157, Criminal Procedure Law of the People's Republic of China (1996).

<sup>49</sup> For example, the witness is a minor; the witness is suffering from a serious disease or has difficulty in getting about in the term of court session; the witness' testimony does not play a decisive role in the trial of case; and the witness has other reasonable grounds. See Article 141(2), the Interpretation on CPL (1996).

<sup>50</sup> G. Chen (ed.), *Research on the Issues in Implementation of the Criminal Procedure Law (Xingshi Susongfa Shishi Wenti Yanjiu)*, China Legal System Publishing House, 2000, 212; Z. Long and J. He, *Walking out the Misunderstanding on the Witness Giving Testimony*, in J. He (ed.), *Forum on Evidence (Zhengjuxue Luntan)*, Vol. 2, China Procuratorial Press, 2001, 165.

<sup>51</sup> For detailed discussion, see K. Dong, *A study of the issue on investigators' testifying in court—from the perspective of Article 57(2) of the criminal procedure law*, in *3 Law Science (Faxue)* 173-182 (2017).

#### 4.1.3 Ineffective use of the compulsory measures in practice

What if the witnesses refuse to testify in court? There is no provision in relation to the CPL (1996) on the consequences of witness refusal to appear in court.<sup>52</sup> If the Court could not compel the witness to appear in court, what can the defenders and the prosecutors do to ensure the witness' court appearance? Unfortunately, where a witness does not attend the court trial, "the judiciary can do nothing but sigh".<sup>53</sup> In Lawyer Li Zhuang's case, the defendant was charged with newly discovered crime of hindering witnesses to testify in court, when he represented another case in July 2008 in Shanghai. According to the media report, the defence applied the witnesses to testify in court, but in fact no witness appeared in court in the trial on April 19, 2011. The court explained that because of special reasons, notice was not served to a few witnesses, and the remaining witnesses are unwilling to testify in court, except one was detained who was unable to show up.<sup>54</sup> In this case, since the charge involved the act of hindering the witnesses to testify, how can the court find out the truth without any witnesses? Therefore, there is a gap between the witness' refusal to testify and the availability of punitive measures. The witness' unwillingness to offend others and the imperfect witness protection scheme cannot explain all the absences of witnesses in court.

The CPL (2012) made some improvements on securing witness appearance in court in some degree. For example, Article 188 states that Except the defendant's spouse, parents and children, where the witnesses fail to appear and testify in court proceedings after the court's notification without justification, the judge may force the witnesses concerned to testify in court; where the expert witnesses refuse to testify, their expert opinions will not be used as the basis of determining the case. When the degree of such refusal is serious, the witnesses can be detained for 10 days. According to Article 208, the Interpretation on CPL (2012), it is the presiding who shall sign and issue the writ to force witnesses to appear in court, which means a lot of administrative formalities to the case-responsible judges, possibly causing delay in trial process and exceeding the time limit for completing the case handling. Furthermore, witnesses' families may make troubles if the court detains or penalize those who refuse to testify in the trial, which can be seen as contrary to the macroscopic atmosphere of developing a harmonious society in China. This situation might be worse given that the defence is in a disadvantageous position in evidence collection because of structural arrangement.

<sup>52</sup> The only provision related to the witness refusal to appear before the court was Article 119(2) of the *Interpretation on CPL* (1996) which stated: "If the witness provided by the public prosecution authority or defender indicates refusing to appear in court as a witness or the notice cannot be served to the witness even if served to the provided correspondence address of the witness, the People's Court shall inform the issue to the public prosecution authority or defender in time".

<sup>53</sup> D. Zhao and X. Fu, *A Discussion on the Improvement of Witness System in China*, in *Collection of Academic Papers of 2004 Annual Conference of Procedure Law* (Vol. 1), Beijing, 371 (2004).

<sup>54</sup> Hualong Net, *The Court Said that Many Witnesses Are Unwilling to Testify in Li Zhang's Case on Newly Discovered Crime of Hindering Witnesses to Testify in Court*, 19 April 2011, available at [news.sina.com.cn/c/2011-04-19/160722320562.shtml](http://news.sina.com.cn/c/2011-04-19/160722320562.shtml) (Last visit: 19 April 2017).

#### 4.1.4 Compensation issue.

Lack of economic profit was regarded as external inducement of witnesses' refusal to give testimony in the context of the CPL (1996). China has been shifting from the planned economy to a market economy. From the economic perspective, each person in fact would care more about their personal interests, as they are more inclined to be the egoists. If they choose to appear and give testimony in court, their expected costs include personal safety problems such as potential risk of being retaliated, direct economic loss and possible destruction of originally good relationship with the accused. Their expected benefit is that they may feel psychological reassurance because of helping promote social justice. If a witness chooses not to give testimony in court, they may have a morally guilty conscience as a potential criminal may not be convicted due to insufficient evidence. By contrast, their refusal to testify may avoid being retaliated or threatened by the accused, maintain their good relationship and not have economic loss. Against such a situation, the costs of giving testimony are higher than that of refusing to testify in court. Consequently, most witnesses would choose not to appear in court.

The CPL (2012) made changes accordingly in this matter. For instance, Article 63 of the CPL (2012) provides that “witnesses should be provided with such subsidies for their transportation, lodging and meals arising from testifying in court, and such costs should be added into the business expenditures of judicial organs, which should be guaranteed by the budget of people’s government at the corresponding level. But the problem is that there is a gap/disparity between different regions/provinces in China, apart from there is no fixed standard for such subsidy and fact that such budget has not been fixed in their case-handling budget in judicial practice.<sup>55</sup>

## 4.2 Traditional and cultural influences

China is a state with long history. People are deeply influenced by the Confucius thought, such as the preference of non-litigation, golden mean (the course between extremes), compromise and concession, in order to realize a harmonious and peaceful society, which contrasts with the modern practice of fulfilling social justice and fairness by the litigation. According to the Confucius thought, the moral and ethical requirement of peaceful interrelationship seeks for the peace by making concession to avoid troubles. A man would be regarded as having a bad morality if he was involved in a lawsuit, as people looked down upon and felt shameful on the involvement of the litigation. Thus, “when ancient people talked about the participant of a lawsuit, they often add suffix or prefix words having obviously derogatory sense to show their disdain, for example, ‘shyster’, and

---

<sup>55</sup> For detailed discussion in this aspect, see e.g., Y. Ye, *Study of the system of witness appearance in court from the court-centred perspective*, in 48(2) *Journal of Nanchang University (Human and Social Science Edition)*[*Nanchang Daxue Xuebao (Renwen Shehui Kexueban)*] 84-90 (2017).

'litigation trickster' and "causing troublesome litigation".<sup>56</sup> Such traditional thought of slighting litigation has been exerting a subtle influence on the behavior of modern people in China. Some witnesses would think that the appearance in court is a trial against them, which make them shameful. In some cases involving bribery or embezzlement, witnesses in most cases had economical or business contact with the accused. After appearing in court, their figure and reputation might be lowered by their colleagues, which will bring some inconvenience in their business in future. Consequently, in the criminal proceeding, witnesses would often refuse to give testimony in order not to offend others, to be worldly wise and to make themselves safe.<sup>57</sup>

Furthermore, the practice of state judiciary interrogating witnesses by torture in the past still makes witnesses very concerned to be involved in the litigation. Moreover, despite of the development, the interrelationship is still very important in China. Everyone has its own network of human relationships and people are unwilling to destroy their relationship. Sometimes, for instance, "even when a witness knew someone, their country fellow, who stole the electrical wire, they would be reluctant to give testimony in court as a way of supporting procuratorial prosecution, if 'the villain doesn't harm his neighbors.'"<sup>58</sup> Against such background, witnesses are strongly affected by the negative ideology of showing the litigation.

### 4.3 Law enforcement

178

Apart from the reasons mentioned above, another important one involves judicial staff's attitude toward witnesses' appearance in court, although such a practice is not very common. In judicial practice, when the fact is clear and the evidence is sufficient or the defendant admitted the crime in most cases, it seems that the witnesses' attendance in court is unnecessary. As a result, at least some judges have formed the ideology that there is need to have witnesses appeared in court, even when there is disputed evidence between the defence and the prosecution (or the plaintiff). For instance, in the trial of Case *Zhang Desheng vs. CCTV* on 11 September 2001, the lawyer of the plaintiff reported to the presiding judge twice that there were 4 witnesses waiting outside the court when the two parties had dispute on the authentication of some testimonies. The lawyer requested if the witnesses could be summoned to give testimony in court. However, the presiding did not agree with such request. As a result, the lawyer had to read out another two testimonies again. Within the three hours before the adjournment, none of the witnesses were summoned to court (*Legal Daily* 2001).

Research showed that witness court appearance may take longer time to complete a court session, For example, Zuo weimin revealed that the time of testimony given by each witness occupied 27.7% of court session on average

---

<sup>56</sup> B. L. Liebman, *Legal Aid and Public Interest Law in China*, in 34 *Texas International Law Journal* 121 (1999).

<sup>57</sup> J. He (ed.), *A Study of the Witness System*, Beijing, 2004, 94.

<sup>58</sup> L. Su, *The Rule of Law in the Process of Modernization of China*, in *Xuewen Zhongguo*, Nanchang, 1998, 198-199.

ranging from 3 to 47 minutes.<sup>59</sup> Given the current situation of crime control, judges have to hear more and more cases, which will mean their workload is much heavier than before. If witnesses are summoned to court, judges will not be happy to do so, as they think that it will in fact take more time, energy and resources for the cross-examination of witnesses in court. Thus it is the judge who is not active or unwilling to summon the witness to the court instead of the witnesses' unwillingness to testify. In my field observation, there are some cases that the request of defendants or defence lawyers was refused by the court. For example, in a case heard in Site 3 [No: S3-CO-01, robbery] in 2004, among the other things, the following dialogue happened at the investigation stage:

.....  
*Prosecutor: The second group of evidence includes 9 copies of witnesses' testimonies. The testimony.....*

.....  
*Presiding Judge: Defendant, Do you have any disagreement with the testimonies of the witnesses?*

*Defendant: Yes, I have the disagreement with YYJ's testimony, because I left there at last.*

*Presiding Judge: How about the other testimonies?*

*Defendant: They are true.*

.....  
*Presiding judge: Defendant, do you have any evidence to present in court?*

*Defendant: No. But I request for the appearance of YYJ in court.*

*Presiding Judge: It does not matter if YYJ appears in court. Do you have any evidence to present in court?*

*Defendant: No.*

.....

Here, we can find that to the judge, since the defendant has already admitted the crime, although reluctantly, it will not affect the conviction the case, summoning the witnesses YYJ has no practical value to the trial except adding the length of the court trial. In fact, the defendant disagreed with the witness' statement and the cross-examination may affect the final outcome of the sentencing.

Furthermore, the prosecution is also unwilling to arrange its witnesses to appear in court. This is extremely true if a witness had the tendency to change his/her testimony after having given his/ her written testimony in the public security organ or in the Procuratorate. The Procuratorate would hinder such a witness from giving testimony in court with various reasons because the change of the testimony in the trial will make the prosecution embarrassed and be disadvantageous to charge against the defendant. Moreover, if the testimonies

---

<sup>59</sup> W. Zuo, J. Ma and J. Hu, *Chapter Thirteen: Survey Report on the Pilot of Witnesses Court Appearance and Giving Testimony in Criminal Cases*, in W. Zuo et al, *Zhongguo Xingshi Susong Yunxing Jizhi Shizheng Yanjiu (Empirical Study on the Operation Mechanism of Criminal Procedure in China)*, Beijing, 2007, 338.

are obtained by illegal means, some prosecutors would concern that witnesses' appearance in court is quite likely to disclose illegal aspect of the evidence and thus lead to unsuccessful prosecution.<sup>60</sup> In addition, if the witness appeared in court, he/she may change his/her testimony in court after being cross-examined. As a result, the prosecution will try to hinder witnesses from attending in court trial by various means. For example, in order to prevent witnesses appearing in court, the prosecution in some cases even contacted and coordinated with the court before the trial and sought for the court's help to issue a decision not to summon witnesses; some even warned the witness directly of the criminal responsibility of perjury or send the police to wait outside the court to prepare for the arrest if the testimony is to be changed.<sup>61</sup>

After the reform in 2012, "the judges shall, before a witness gives testimony, instruct him to give testimony truthfully and explain to him the legal responsibility that shall be incurred for intentionally giving false testimony or concealing criminal evidence. The public prosecutor, the party, the defender and agent ad litem, with the permission of the presiding judge, may question the witnesses and expert witnesses. If the presiding judge considers any question irrelevant to the case, he shall put a stop to it. The judges may question the witnesses and expert witnesses (Article 189). But this situation did not change much in judicial practice. As far as the reason is concerned, the prosecution will transfer all the case files (original copy) to the court before trial under the CPL (2012), which can avoid the practice of first impression being the strongest. The judges may feel it unnecessary to have witnesses testify in court. In the cases with witnesses' testifying in the trial, the judges would seldom admit such oral statement in the judgment by arguing that there are contradictions between the oral and written statements, or the oral statement is of weak persuasiveness or cannot collaborate with other evidences; saying nothing about in the judgment on the witnesses' testimonies given in court. The evidence is that there were 6 out of 56 sample cases in Mao and Yuan's case.<sup>62</sup>

On the prosecution side, public prosecutors represent the state to prosecute a criminal suspect, aiming to punish the crime in China (and elsewhere too). In the context that the practice of successful prosecution, conviction and case conclusion rates is not clearly abolished (although there are some changes in some areas of China), prosecution witnesses testifying in court may bring the risk of failing to convict the defendant after the trial, in case of changing the statement after cross-examination and it is more safe to read out the witnesses' testimonies.<sup>63</sup> They were said to seldom request witnesses' court appearance: For

<sup>60</sup> W. Zhu and N. Zhang, *On the System of Witnesses' Appearance and Testimony in Court in the Criminal Procedure*, in 1(iii) *Fazhi Yu Shehui (Legal System and Society)* 42 (2010).

<sup>61</sup> G. Ma, *A Theory about the Justice of Criminal Judicial Process (Xingshi Sifa Chengxu Zhengyi Lun)*, Beijing, 2002, 207.

<sup>62</sup> Y. Mao and J. Yuan, *Observation of the real effectiveness of witness court appearance in the perspective of the new criminal procedure law—Taking some courts in Z Province as the sample*, in 1 *Journal of Jiangxi Police Institute (Jiangxi Jingcha Xueyuan Xuebao)* 107-111 (2015).

<sup>63</sup> Y. Ye, *Study of the system of witness appearance in court from the court-centred perspective*, in 48(2) *Journal of Nanchang University (Human and Social Science Edition)* [Nanchang Daxue Xuebao (Renwen Shehui Kexueban)] 84-90 (2017); Y. Mao and J. Yuan, *Observation of the real*

example, Yixiao Mao and Jihong Yuan examined 56 criminal cases in the courts of five cities of Z Province in 2013 and 2014 and found that the rates were only 12.8% and 8.7% and in H Court and L Court, which contrasted with the defence initiative (74.4% and 91.3%).<sup>64</sup> In addition, my observation in three cases in Site A found similar practice in China.

### 5. Some thoughts on reforming the current witness system

Based on the intention of the reforms introduced in 1996 and 2012, China attempted to move toward to secure more procedural rights for the accused. Such official documents such as the Opinion of promoting the trial-centred reforms on the criminal procedure system (hereinafter the “opinion”) in October 2016 further strengthened the importance of improving the system of witness court appearance, which specifies that witnesses should appear to testify in court if the judge thinks the testimonies would have great impact on the conviction and/or sentencing. But the reality showed that China does not really need witnesses in the courtroom in most criminal cases.

Here, I want to emphasize that I agree with the view that not all the witnesses in a criminal case should come to court if considering the national tradition, cost-effectiveness and practical need of prosecution in China. In fact this is also the general practice of international community. Cross-examination should be applied in those cases that the defendants refuse to accept the charge in China, which is estimated to be 10-15% of the total prosecuted cases. In this way, it would not bring too much burden to the court and the parties to affect the procedural efficiency, but still can satisfy the urgent need of maintaining judicial fairness.

For this purpose, some thoughts as recommendations will be suggested for the purpose of reforming the system in this section. Besides the need of disclosure of evidence before trial and safeguard of key witnesses appear in court, China needs to strengthen the protection system, in particular to change the mindset of the criminal justice actors.

From the range of statutory punishment provided in Chinese laws mentioned above,<sup>65</sup> there is a correlation between the need to punish those criminals who retaliate against the witness or hinder the witness from giving testimony before the court and the need to protect the witness.

If looking at the foreign jurisdictions, there are a number of good practices concerning the protection of witnesses in other jurisdictions, which may serve as an example for China. For example, in the United States, the Federal Witness

---

*effectiveness of witness court appearance in the perspective of the new criminal procedure law—Taking some courts in Z Province as the sample*, in 1 *Journal of Jiangxi Police Institute (Jiangxi Jingcha Xueyuan Xuebao)* 107-111 (2015).

<sup>64</sup> Y. Mao and J. Yuan, *Observation of the real effectiveness of witness court appearance in the perspective of the new criminal procedure law—Taking some courts in Z Province as the sample*, in 1 *Journal of Jiangxi Police Institute (Jiangxi Jingcha Xueyuan Xuebao)* 107-111 (2015).

<sup>65</sup> The range is within 7 years' imprisonment. See also Article 308 of the *Criminal Law of the People's Republic of China*.

Security Program (WITSEC) and the 1982 Victim and Witness Protection Act are designed for the government to take initiative steps against serious crimes and to promote the protection of witnesses and victims. The programme provides witness protection in the form of “the secret and permanent relocation of witness and their families to places of safety; and if necessary, a change of identification.” Apart from the programme mentioned above, several states also established their own shorter-term witness protection scheme.<sup>66</sup> In Hong Kong, the Witness Protection Ordinance, which was enacted in 2002 and amended in 2004, was formulated with the aim of establishing a “Witness protection programme” for the protection of certain witnesses and those persons associated with the witness.<sup>67</sup> This ordinance covers the establishment of a witness protection programme, selection for inclusion in the witness protection programme, the requirement that witness discloses necessary information before being included in the programme, a memorandum of understanding, action where a witness is included in a witness protection programme, the condition of establishing a new identity for participants in the programme, dealing with the rights and obligations of participants, non-disclosure of original identity of participants, termination of protection, restoration of original identity, request for review and the offences. According to the Ordinance, the witness can be effectively protected either before, or during or after the trial.

In China, as far as the problems of witness protection are concerned, it is necessary to strengthen the witness protection from the following aspects. First, the scope of protection should be enlarged rather than focusing on the four types of cases only. In addition, it needs provide whole-way protection rather during or after the trial. Only when the witness is convinced that there is effective protection for his/her near relatives will he/she be able fear of retaliation and give testimony before the court.

Second, it should have some interim protective measures in the Criminal Procedure Law. These measures will reduce witnesses’ potential risks of being retaliated by the defendant or his relatives, because witnesses’ name and address are not revealed in court and specific measures may be provided after witnesses give testimony in cases of encountering potential risks. They may include: (1) when the procuratorate prosecutes a case and transfers the witness evidence to the court, it should conceal the domicile address and working unit of the witness. (2) When the witness testifies before the court, some appropriate measures can be adopted to separate the witness and the audience. (3) If the judge thinks that the witness who is to testify before the court may encounter some potential risk, he may issue an order to forbid the mass media to videotape or to reveal the witness’ name and address. (4) The public security organs should provide specific measures for the witness’ personal and housing safety. If it is necessary, such protection should also cover the witness’ near relatives. One successful but rare example of witness protection happened in November 1998 when the Guangzhou Intermediate People’s Court heard a case relating to the possession

---

<sup>66</sup> N. R. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, Ashgate, 2001, 16-27.

<sup>67</sup> Available at [www.legislation.gov.hk/eng/home.htm](http://www.legislation.gov.hk/eng/home.htm).

by positional advantage.<sup>68</sup> In this case, one key witness was a Hong Kong resident, who requested to strengthen protection of his safety when he agreed to be present in court. The local Procuratorate set up a witness protection group, which was responsible for providing security guards for the witness after his entry into Shenzhen and until his return to Hong Kong. This practice had a satisfactory effect in the delivery of the witness' testimony. Though this process was not publicized by the judicial organs, it is worthy of being noted for reference for future in legislation. The media reported that the "first" attempt at witness protection in China occurred in cases investigated by the Baoan District Procuratorate of Shenzhen City since August 2004.<sup>69</sup> One striking feature of the rules on protecting witnesses in cases handled by the district procuratorate is that, considerate protection can be available to those witnesses who will face or have already faced the risk of being threatened with violence.

Third, the witness should be allowed to give testifying anonymously. For example, the Criminal Procedure Law could provide that, in the trial of important cases or cases on organized crimes, the witness is allowed to give testifying before the court without telling others his/her name, address and real identity.<sup>70</sup> However, such information should be revealed in the case files. In the Xiao's case, if the judge did not insist on putting Xiao's name into the judgment with the justification of judicial justice, he may avoid the embarrassed situation.

Fourth, there should be an alternative way of giving testimony before the court. There are similar provisions in the laws of foreign countries. For example, according to the *Criminal Justice Act 1988*, a witness in the United Kingdom must give evidence from the witness box. Under certain specified circumstances, however, the use of a live television link with the court is permissible.<sup>71</sup> This can be an example for China so that witnesses can choose not to appear in court but to give testimony in important and far-reaching cases in a special room out of the court. Although the witness is not present in court, he/she will still be cross-examined by the two parties in the trial. On the one side, this measure can protect the witness; and on the other hand, it helps the judges to distinguish if the witness' testimony is reliable by hearing and seeing the witnesses under cross-examination. Meanwhile, there should be some restrictions on this alternative way in order to prevent abuse of this alternative

---

<sup>68</sup> D. Wu, *What are Good Measures to Solve the Witness' Refusal to give Testimony—A Study of Improving the System of Protecting Witness' Rights in China*, in 3 *People's Procuratorial Bimonthly (Renmin Jiancha)* 6 (1999).

<sup>69</sup> Southern Daily, *First Practice on the Protection of Witness in Shenzhen and the Costs of Witness Appearance in Court can be Compensated*, in *Southern Daily (Nanfang Ribao)*, 24 January 2005. In fact, this was the second attempt but not the first one in China on the protection of witnesses.

<sup>70</sup> In China, when before the cross-examination, the presiding judge will ask the witness' name, age, address, occupation before the oath. This will give the audience and the parties in court a chance to learn witnesses' basic information. Once witnesses' address and name are revealed, they may face the risk of being retaliated by the defendant or the defendant's family members in future.

<sup>71</sup> The *Criminal Justice Act 1988*, s. 32(1), (1A) and (2). For details, see Inns of Court School of Law, *Evidence*, London, 1996, 57.

way and to save limited judicial resources in terms of financial and temporal costs.

Fifth, after their appearance in court, the witness should be able to obtain some help from the government.<sup>72</sup> If necessary, for example, when the witness' life is in danger, he/she should be relocated to a place of safety or a change of the identity. This requires the formulation of specific rules. In particular, the police should take the lead with active participation and coordination of the prosecution and the court.

Sixth, the law should clearly provide that where the witnesses (in particular the expert witnesses) refuse to testify in court without justifications, their testimonies should not be allowed to read out in court nor used as the basis of determining the case with restricted circumstances as exceptions, just as some Chinese scholars argued.<sup>73</sup> Moreover, given that the investigators mostly the police got involved in a case, their appearance in court giving testimony would be influential in determining the defendant's guilt or innocence, especially when the defendant has disagreement with their confessions and statements. The law should abolish the practice of providing the Explanation on the Case (*Qingkuang Shuoming*) by the police that could be admitted by the court.

Seventh, as for the refusal to appear before the court after summons, I think it is worthwhile to decentralize the power of issuing the writ of forcing the witnesses to testify in court rather than the presiding judge. Moreover, it would be of practical effect to impose the witnesses the fines for refusal to testify in China. The law in many countries provides various punitive measures. For example, the Criminal Procedure Code of Germany provides the consequences of the witness' non-appearance as follows: (1) A witness who fails to appear although he was properly summoned, shall be charged with the costs attributable to his failure to appear. At the same time, a coercive fine shall be imposed on him and if the coercive fine cannot be collected, coercive detention shall be ordered. A witness may also be brought before the court by force. In the case of repeated non-appearance the coercive measure may be imposed a second time. (2) Costs shall not be charged and a coercive measure shall not be imposed if the witness provides a sufficient and timely excuse for his non-appearance. If such excuse is not made in time pursuant to the first sentence, the charging of the costs and the imposition of a coercive measure shall be dispensed with only if it is demonstrated that the delayed excuse is not the witness' fault. (3) Authority to order such measures shall also be vested in the judge in the preliminary proceedings as well as in a commissioned and a requested judge.<sup>74</sup> Furthermore, the law also stipulates the punitive measures for the witness' refusal without reason to testify or take the oath: (1) A witness who without a legal reason,

<sup>72</sup> To this point, some scholars argued that a uniform witness protection agency, under the Ministry of Justice with various levels, should be established to facilitate the witnesses in need. See X. Zhu, *Current Situation of Witness Protection and Improvement in China*, 27 March 2010, available at [www.110.com/ziliao/article-162546.html](http://www.110.com/ziliao/article-162546.html) (Last visit: 15 April 2011).

<sup>73</sup> Y. Gu, *A study of the protruding problems in the criminal defence in the trial-centred context*, in 2 *China Law Science (Zhongguo Faxue)* 65-85(2016).

<sup>74</sup> Article 51 of the *Criminal Procedure Code of Germany*.

refuses to testify, or to take an oath, shall be charged with the costs caused by this refusal. At the same time a coercive fine shall be imposed on him and if the fine cannot be collected, coercive detention shall be ordered. (2) Detention may also be ordered to force a witness to testify; however, such detention shall not be extended beyond the termination of those particular proceedings, or beyond a period of six months.<sup>75</sup>

In Japan, a state with a mixture of common law and civil law systems, the law states that a witness who does not appear in court without a legal reason after the summons, shall be detained or pay a fine of not more than 100,000 Japanese Yen. The witness who does not accept the summons shall be summoned again or compelled to appear in court by issuing a warrant.<sup>76</sup> Likewise, in the common law system, such as in the United Kingdom, any person who disobeys a witness summons requiring him/her to attend any court, without just excuse, shall be guilty of contempt of that court and may be punished summarily by that court as if his contempt had been committed in the face of the court.<sup>77</sup> More recently, one witness in Hong Kong refused to testify in court because he did not want to testify against his friends. He was detained into court to give testimony and was sentenced to jail for 21 days for his contempt.<sup>78</sup> These can be served as references in China as well.

Last but not the least, China needs continue the judicial reform and change the ideology of justice personnel. As we discussed in the previous section, not only judges but also prosecutors pay less attention to or even dislike witnesses to appear in court for various reason. They should be exposed to best practices in this area to better understand the important role of witnesses' court appearance in reducing wrong convictions and safeguard the defendant's human rights. Moreover, China should also emphasize that witness statements cannot be used as evidence for conviction if they are not cross-examined with a few exceptions. In this way, with the support of the prosecution and the defence, the judges should be responsible for calling the witnesses to the court.

## 6. Conclusion

Based on the discussions above, we can find that the witness' appearance in court is of still problematic in China. As far as the reasons are concerned, it does not only result from defects from legal perspective, but also law enforcement and strong impact of the traditional culture. It is obviously that success of the new trial mode in China depends heavily upon witnesses' appearance in court. The evidence available tells us that, China does not need witness appearance in the criminal trial, as there is no difference if the witness gives testimony in court—

---

<sup>75</sup> Ibid, Article 70.

<sup>76</sup> Articles 151 and 152 of the *Criminal Procedure Law of Japan* (Chinese version).

<sup>77</sup> *Criminal Procedure (Attendance of Witness) Act 1965*, cited in R. Munday, *Evidence* (4<sup>th</sup> Edition), Butterworths, 2000, 53.

<sup>78</sup> Hong Kong Economic Daily, *Refusal to Testify against a Friend, a Witness was Sentenced to Jail for 21 Days*, in *Hong Kong Economic Daily (Xianggang Jingji Ribao)*, 5 March 2005.

In most cases, once the accused is prosecuted, the convictions can be determined by the judge after trial, anyway.

In the broader context of limited lawyers' role in the criminal procedure and fighting against the crime,<sup>79</sup> China needs more institutional reforms to achieve its goals of making a balance between the crime control and the protection of human rights. Based on this assumption, several ways to improve the witness system in China can be recommended. For example, the protection mechanism for witnesses should be improved; compulsory measures to secure the witness' appearance in court, the system of compensating for the witness, change of the traditional ideology and stricter and more transparent law enforcement in China. In my view, China needs solve the witness problem in order to put the reformed criminal procedure law into full effect. To do so will ensure the smooth functioning of the adversarial trial process, thus better protect the defendant's rights and interests and help to find out the truth, which will in turn reduce wrongful convictions in China.

---

<sup>79</sup> Just as some scholars argued, the work of Chinese defense lawyers is grossly undervalued by the "iron triangle", because they have concurred readily with the "iron triangle" that the effectiveness of their legal representation is questionable and that their work bears little substantive impact on the final outcomes of the criminal trials. Therefore, it is also important to improve lawyers' legal status and practice functions in the criminal defence, among the other things, the right to cross-examine key witnesses on disputable facts in the trial. See B. Liang, N. P. He and H. Lu, *The deep divide in China's criminal justice system: Contrasting perceptions of lawyers and the iron triangle*, in 62(5) *Crime, Law and Social Change*, 585-601 (2014).

# Note e commenti



## Accesso, partecipazione e garanzia di buona amministrazione: verso un consolidamento del diritto di difesa del cittadino

*di Elena Belliardo*

**Title:** Right of access, participation and guarantee of good administration: toward the reinforcement of the citizens right of defence

**Keywords:** Good administration; right to be heard and right to be informed; right of defence.

1. – Il caso deciso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ad oggetto due avvisi di accertamento fiscale emessi dalla direzione generale delle finanze pubbliche di Cluj, nell'aprile 2012, nei confronti di una coppia di coniugi rumeni, gli Ispas, i quali, a seguito di una verifica fiscale, sono stati considerati dalle autorità competenti promotori immobiliari dediti allo svolgimento di un'attività economica connotata dal carattere della stabilità. Nel dettaglio, gli Ispas ottennero, nel gennaio 2007, dalle autorità amministrative rumene, cinque permessi di costruire per la realizzazione di appartamenti, i quali iniziarono ad essere venduti a partire dal dicembre dello stesso anno.

A seguito della verifica fiscale condotta dalla direzione generale delle finanze pubbliche di Cluj, è stato ritenuto che le vendite degli appartamenti costruiti a seguito del rilascio del permesso di costruire implicassero in capo ai coniugi il riconoscimento dello status di soggetti esercenti attività economiche con carattere di continuità. Pertanto, le competenti autorità hanno constatato che ai coniugi Ispas dovesse essere riconosciuto lo status di soggetto passivo IVA e, di conseguenza, le attività economiche soggette all'applicazione dell'IVA fossero non solamente la vendita degli appartamenti, ma anche tutte le spese sostenute per la loro costruzione.

I coniugi eceperono, davanti ai giudici della Corte d'appello di Cluj, la nullità dei due avvisi di accertamento, in quanto il loro diritto di difesa non sarebbe stato rispettato dalla direzione generale delle finanze pubbliche poiché, secondo gli Ispas, la decisione sarebbe stata adottata dall'amministrazione tributaria senza permettere loro di esercitare il diritto di accesso rispetto a tutte le informazioni sulla base delle quali la verifica fiscale era stata adottata. Nello specifico, i coniugi ritennero che il diritto di difesa non potesse limitarsi ad un mero invito ad esprimere il proprio punto di vista in relazione al progetto del verbale di verifica, ma dovesse estendersi alla possibilità di esercitare il diritto di accesso nei confronti di tutti gli elementi di prova raccolti dalle autorità tributarie, indipendentemente dal fatto che tali informazioni fossero state acquisite al di fuori del procedimento amministrativo preliminare. La ratio sottesa alla presa di posizione dei coniugi Ispas è volta a riconoscere al contribuente la possibilità di esercitare attivamente il proprio diritto di difesa, in quanto solamente avendo piena

conoscibilità del quadro informativo sulla base del quale l'amministrazione è in procinto di adottare la decisione, è possibile partecipare al procedimento tributario in chiave difensiva.

Alla luce di quanto esposto sin ora, la Corte d'appello di Cluj sollevò una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea chiedendo, in particolar modo, se, nei procedimenti nazionali di verifica e di determinazione della base imponibile dell'IVA, possa ritenersi conforme al rispetto del diritto di difesa una prassi amministrativa che precluda all'interessato la possibilità di accedere all'insieme dei documenti e delle informazioni che l'autorità pubblica ha preso in considerazione al momento dell'adozione della decisione finale.

2. – Per la risoluzione della controversia in esame, la Corte di Giustizia ha analizzato attentamente il diritto di difesa, da intendersi quale principio generale del diritto dell'Unione Europea, il quale, secondo la Corte, necessita di trovare applicazione in fattispecie in cui i contribuenti siano sottoposti a procedure di accertamento fiscale finalizzate a verificare se l'imposta sul valore aggiunto sia o meno dovuta.

Nel dettaglio, com'è noto, il diritto di difesa è stato riconosciuto in più occasioni dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea quale strumento attraverso cui i destinatari di provvedimenti amministrativi, produttivi di effetti giuridici ad essi pregiudizievoli, abbiano la possibilità di intervenire nel procedimento di determinazione dell'atto manifestando "utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione" (sentenza 9 novembre 2017, *causa C-298/16, Teodor Ispas, Anduța Ispas*, punto 26. Si vedano, inoltre, a tal proposito *Sentenza 17 dicembre 2015, causa C-419/14, WebMindLicenses*, punto 84 e *sentenza 22 ottobre 2013, causa C-276/12, Sabou*, punto 38 e., segnatamente, *sentenze 24 ottobre 1996, causa C-32/95 Commissione/Lisrestal e a.*, punto 21, nonché *sentenza del 18 dicembre 2008, causa C-349/07, Soproné*, punto 37). In particolar modo, qualificando il diritto di difesa quale potere riconosciuto ai contribuenti di manifestare il proprio di vista in ordine alla decisione amministrativa, è necessario considerare quale presupposto giuridico per l'esercizio del diritto in esame la possibilità di accedere a tutto il complesso informativo sulla base del quale la determinazione amministrativa verrà adottata.

A tal proposito, evidenzia la Corte che, sebbene le autorità tributarie rumene non siano soggette ad alcun obbligo di rendere accessibile integralmente il fascicolo sul quale verrà adottato il provvedimento, è legittimo che i contribuenti possano richiedere l'accesso al complesso delle informazioni e dei documenti posti alla base della decisione amministrativa. È evidente, pertanto, che la formale richiesta di accesso al complesso di informazioni contenute nel fascicolo si qualifica quale antecedente logico rispetto alla partecipazione procedimentale, orientata, nel caso di specie, a fornire le dovute spiegazioni ed il proprio punto di vista quanto al materiale conoscitivo in possesso della pubblica amministrazione (in ordine al tema del diritto di accesso quale preconditione della partecipazione procedimentale, si veda E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 444 e ss. Rilevanti in materia sono, inoltre, i contributi di R. Caranta, *Il diritto di accesso alle informazioni nel diritto europeo*, Milano 2003; R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriguez, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005; C.E. Gallo, S. Foà, *Accesso agli atti amministrativi*, Torino, 2000; S. Tatti, *La nuova partecipazione al procedimento amministrativo*, Napoli, 2009).

Tuttavia, il diritto di difesa delineato da parte della Corte non deve essere inteso quale prerogativa assoluta di cui può disporre il contribuente, in quanto, al paragrafo 35 della pronuncia in esame, il giudice configura la possibilità di esercitare il diritto d'accesso quale fattispecie che, a seguito di un'attenta e ponderata valutazione effettuata da parte del giudice del rinvio, può soggiacere a talune restrizioni, le quali, nel rispetto del tradizionale canone della proporzionalità, garantiscano la tutela di altri obiettivi di interesse generale (in tal senso si rinvia, oltretutto alla sentenza in esame, anche a quanto

contenuto nella sentenza 26 settembre 2013, causa C-418/11, Texdata Software, punto 84, e nella sentenza 3 luglio 2014, cause riunite C-129/13 e C-130/13, Kamino International Logistics BV, Datema Hellmann Worldwide Logistics BV, punto 42). Nel caso di specie, la Corte sostiene che, laddove rilevino i requisiti della riservatezza o del segreto professionale, è compito del giudice del rinvio valutare se possano essere giustificate delle restrizioni in merito all'esercizio del diritto di accesso a determinate informazioni o a taluni documenti.

In conclusione, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea riconosce, nei procedimenti relativi alla determinazione dell'IVA e della base imponibile, la possibilità per i contribuenti di invocare il diritto di difesa, da intendersi quale potere di richiedere l'accesso al complesso di documenti ed informazioni contenute nel fascicolo. Tale diritto si configura, tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, quale fattispecie assoggettata ad una valutazione posta in essere caso per caso da parte del giudice nazionale, al fine di valutare se il diritto di accesso possa essere esercitato senza ledere il diritto alla riservatezza di altri interessi generali coinvolti nel procedimento.

3. – Nella sentenza in epigrafe, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea riconosce il suo consolidato orientamento secondo cui il diritto di partecipare al procedimento amministrativo e, segnatamente, la possibilità di esercitare il diritto di accesso in relazione ai documenti contenuti nel fascicolo amministrativo costituisce espressione del diritto di difesa (in tal senso, si rinvia a A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Milano, 2009, 31 e ss.; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano 2004). Tale diritto risulta desumibile, oltretutto dagli art. 47 e 48 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, i quali postulano il diritto di difesa ed il diritto ad un processo equo, anche dall'art. 41 della Carta di Nizza in cui si rinvia alla nozione di buona amministrazione. Nel dettaglio, come ricordato dal secondo comma dell'art. 41, il diritto ad una buona amministrazione si concretizza nella facoltà riconosciuta ad ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento lesivo, nella possibilità per il cittadino di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale ed, infine, nell'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni (per una lettura in materia di diritto ad una buona amministrazione, si veda F. Trimarchi Banfi, *Il diritto a una buona amministrazione*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 49 ss., l'autrice evidenzia come il principio di buona amministrazione, il quale figura frequentemente nei motivi dei ricorrenti e nelle argomentazioni dei giudici comunitari, sia stato ricondotto nella Carta dei diritti dell'Unione Europea al diritto ad una buona amministrazione, ex art. 41. È necessario, tuttavia, precisare che mediante l'art. 41 l'ordinamento comunitario non ha compiuto una "codificazione o" o una "generalizzazione" dei diritti procedurali, in quanto quest'ultimi vengono riconosciuti quali pretese fondamentali solamente nell'ipotesi in cui il procedimento possa concludersi con una decisione finale che rechi pregiudizio per l'amministrato. Discende da tale specificazione che il diritto ad una buona amministrazione ha un campo di specificazione più limitato rispetto al principio della buona amministrazione).

Da tale quadro normativo, si individua chiaramente uno stretto legame sussistente tra il diritto di difesa e quello ad una buona amministrazione, in quanto nell'articolo 41 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, rubricato "diritto ad una buona amministrazione", vengono descritti gli istituti dell'accesso e della partecipazione procedimentale, i quali, secondo la giurisprudenza della corte di Lussemburgo, costituiscono espressione del diritto di difesa. Da tale inquadramento, emerge, quindi, la necessità di qualificare il diritto d'accesso documentale e la partecipazione procedimentale non solo come espressione del diritto di difesa, ma anche come

concretizzazione dell'istituto della buona amministrazione e, più genericamente del principio del giusto procedimento, ex art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Concretamente, ciò implica che il diritto al contraddittorio procedimentale dovrebbe cessare di essere considerato come mero strumento di difesa del singolo, acquisendo il carattere di mezzo volto a favorire la collaborazione tra i privati e l'amministrazione al fine di giungere ad una determinazione amministrativa espressione di un percorso procedimentale condiviso (è stato evidenziato, a tal proposito, da G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 86 ss., come il principio del *due process of law*, riconosciuto dai giudici dell'Unione Europea, non debba trovare applicazione esclusivamente in relazione ai procedimenti che si svolgono dinanzi alle istituzioni comunitarie, ma, in qualità di principio generale, debba avere riconoscimento in tutti gli ordinamenti degli stati membri. In tal senso, si evidenzia come la disciplina dei procedimenti amministrativi dovrebbe focalizzarsi sull'individuazione di norme generali di *rule-making*, tralasciando di analizzare esclusivamente le procedure di *adjudication*). A tal proposito, è evidente che, nell'ipotesi in cui il contraddittorio procedimentale superi la semplice accezione di strumento di difesa, i contributi partecipativi di parte privata divengono fattispecie volte non solo a giustificare ed a fornire spiegazioni quanto ai comportamenti tenuti, ma anche ad incrementare il materiale conoscitivo ed istruttorio sulla base del quale la decisione amministrativa necessita di essere assunta. Tale qualificazione della partecipazione procedimentale implica che il privato cessa di essere un mero terminale passivo delle decisioni amministrative, divenendo un soggetto che partecipa attivamente all'adozione della determinazione amministrativa, in quanto ha il potere di fornire un apporto conoscitivo che la pubblica amministrazione dovrà valutare e tenere in considerazione in sede di adozione del provvedimento finale (sul punto, si rinvia a A. Zito, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, 425 ss., il quale evidenzia che la Carta dei diritti dell'Unione Europea disciplina il rapporto tra amministrazione e privati in modo tale da non renderlo mai svantaggioso per gli amministrati. Nel dettaglio, l'autore afferma che una decisione potrà essere considerata equa solamente nell'ipotesi in cui l'azione amministrativa sia scesa sul terreno “della parità, del dialogo con il privato, del consenso e dell'accordo di natura privatistica”. In tema di partecipazione eventuale al procedimento amministrativo, si rinvia, inoltre, a F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana, Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 241 e ss.).

Inoltre, dall'art. 41 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, è possibile dedurre che se ogni individuo ha il diritto di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento lesivo, diviene presupposto fondamentale per il singolo poter accedere al fascicolo amministrativo e, più specificatamente, al complesso delle informazioni di cui l'amministrazione risulta essere titolare in relazione a quel particolare procedimento. In tal senso, in ossequio al principio del giusto procedimento, solamente laddove il privato abbia un quadro conoscitivo completo quanto alle informazioni di cui risulta in possesso la pubblica amministrazione, è configurabile una partecipazione procedimentale in chiave collaborativa e propositiva (in questi termini, si veda A. Zito, *Il principio del giusto procedimento* in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 509 ss., in cui si afferma che il principio del giusto procedimento si connota come “garanzia di accoglienza nella procedura del sostrato materiale che sarà oggetto di configurazione giuridica”. L'autore evidenzia che per “materialità” si intendono tutte le “soggettività sociali” che si fanno portatrici di interessi e fatti e che si collocano all'esterno dell'apparato decisionale pubblico). Per altro verso, la necessità per il singolo di poter accedere all'intero fascicolo amministrativo può essere giustificata anche in relazione all'istituto del diritto di difesa, in quanto la possibilità di prendere parte al procedimento amministrativo, fornendo le proprie spiegazioni ed il proprio punto di vista rispetto al materiale di cui dispone l'amministrazione procedente, può essere giustificata solamente nell'ipotesi in cui sia

possibile accedere alla complesso delle informazioni (a tal proposito, rilevante è il contributo di G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 112 e ss. in cui si afferma che, alla luce del principio dell'*open government*, è legittimo che chiunque abbia interesse possa richiedere l'accesso alle determinazioni amministrative senza la necessità di addurre alcuna specifica motivazione. Inoltre, in relazione a taluni ambiti sensibili, quali il diritto ambientale, le norme riconoscono la possibilità di esercitare il diritto di accesso documentale anche in assenza di uno specifico interesse.). È evidente, pertanto, che il diritto d'accesso agli atti amministrativi è funzionale a garantire la circolazione delle informazioni tra amministrazione e privati al fine di garantire una partecipazione procedimentale che miri contestualmente "all'efficienza dell'azione amministrativa, alla garanzia del privato e alla legalità dell'ordinamento nel suo insieme" (R. Caranta, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 204).

Poste queste premesse, è opportuno evidenziare come, secondo quanto disposto dal diritto dell'Unione Europea, il contraddittorio procedimentale sebbene, come si evince dalla sentenza in esame, venga delineato quale principio cardine del funzionamento del sistema comunitario, il quale trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare una decisione pregiudizievole nei confronti di un soggetto privato, non si qualifica, tuttavia, quale pretesa assoluta, ma si connota, più specificatamente, quale prerogativa che soggiace al rispetto di interessi di rango generale. Nel dettaglio, secondo il ragionamento seguito dai giudici della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il diritto d'accesso può soggiacere ad importanti restrizioni ogniqualvolta in cui siano constatati interessi generali che, a seguito dell'esercizio dell'istituto in esame, potrebbero essere pregiudicati. Trattasi, quindi, della necessità di individuare, attraverso la normativa nazionale e sovranazionale, specifici limiti per i privati in ordine alla possibilità di esercitare il diritto d'accesso al materiale conoscitivo detenuto dalla pubblica amministrazione in guisa da garantire, attraverso il segreto amministrativo, la tutela di interessi generali (si rinvia a R. Caranta, *op.cit.*, 205. Stando all'opinione dell'autore, il quale si riferisce "alla qualità delle informazioni protette dal segreto", a prevale risulta essere l'elemento "oggettivo e reale", coincidente con la necessità di escludere l'accesso documentale laddove debbano essere tutelati interessi generali, che, come tali, non debbono essere resi accessibili alle parti coinvolte nel procedimento amministrativo).

In conclusione, è possibile affermare che, nel caso di specie, il diritto d'accesso al fascicolo amministrativo è subordinato ad una valutazione della fattispecie fattuale e degli interessi coinvolti rimessa alle competenti autorità giurisdizionali, in quanto la facoltà per i coniugi Ispas di prendere visione del fascicolo amministrativo potrà essere concessa solamente laddove vi sia la certezza che, mediante l'esercizio di tale potere, non vengano lesi interessi generali meritevoli di tutela (tale presa di posizione della Corte di giustizia dell'Unione Europea ben si concilia con la concezione secondo la quale la violazione del diritto di difesa determina l'annullamento del provvedimento amministrativo solamente quando si dimostri che il diritto al contraddittorio, avrebbe determinato l'adozione di un provvedimento amministrativo difforme da quello in concreto adottato. In tal senso, si rinvia a quanto contenuto nella sentenza *sentenza 3 luglio 2014, cause riunite C-129/13 e C-130/13, Kamino International Logistics BV, Datema Hellmann Worldwide Logistics BV*).

4. – Confrontando la decisione assunta dalla Corte nella sentenza in epigrafe con le precedenti pronunce in materia di partecipazione al procedimento amministrativo e, più segnatamente, al procedimento tributario, è possibile evidenziare una sostanziale continuità d'impostazione. Nel dettaglio, come nelle sentenze *Texdata Software* e nella *Kamino International Logistics BV, Datema Hellmann Worldwide Logistics BV*, anche nella pronuncia in epigrafe, la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo

risulta associata dai giudici solamente alla necessità di garantire il diritto di difesa del singolo, tralasciando l'analisi delle importanti conseguenze che si potrebbero concretizzare laddove il diritto al contraddittorio fosse posto come strumento di collaborazione e cooperazione tra "parte" pubblica e privata quanto all'adozione delle decisioni amministrative. Nello specifico, l'orientamento giurisprudenziale che emerge dalla sentenza in esame propende per l'individuazione di uno schema decisionale ispirato a logiche di tipo verticale, in cui la pubblica amministrazione decidente adotta la decisione amministrativa unilateralmente ed il privato riduce la propria partecipazione al procedimento ad uno strumento di difesa rispetto al provvedimento impositivo proveniente dalla "parte" pubblica. A conferma di questo orientamento ispirato al rispetto di logiche decisionali orientate al modello del *command and control* (in tal senso, si rinvia a M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 327 e ss. Sul punto, inoltre, si veda L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 27 e ss.), si pone il paragrafo 39 della sentenza in esame, il quale riconosce la possibilità per il contribuente di esercitare il diritto d'accesso solamente a seguito di una formale richiesta indirizzata all'amministrazione competente. Sembra, quindi, emergere, da un'attenta analisi della decisione giurisprudenziale, un modello di contraddittorio procedimentale che potrebbe definirsi eventuale, in quanto la partecipazione al procedimento è rimessa esclusivamente al singolo, non essendoci per quest'ultimo alcuno stimolo o impulso proveniente dall'interno affinché sia incentivato un suo contributo partecipativo. In definitiva, il modello di partecipazione procedimentale configurato risulta caratterizzato dall'unidirezionalità, in quanto il privato ha la possibilità di manifestare il proprio punto di vista rispetto alla determinazione amministrativa, ma non risultano configurabili altri stimoli orientati alla concretizzazione di un sistema dialogico e comunicativo basato sull'interazione reciproca, comunicativa e paritaria nella definizione del contenuto provvedimentale.

194

Ciò risulta confermato dal fatto che i contributi partecipativi di parte privata non vengano in alcun modo valutati come strumento funzionale all'instaurazione di un confronto bilaterale o all'introduzione di ulteriore materiale informativo volto ad incrementare il campo conoscitivo di cui è titolare la pubblica amministrazione. In altre parole, tale modalità di adozione delle decisioni amministrative presuppone che la pubblica amministrazione sia in possesso della pluralità di dati necessari per l'adozione di provvedimenti adeguati alla situazione fattuale, escludendo, in tal modo, ogni contributo partecipativo da parte della componente privata, la quale, frequentemente, alla luce del proprio ruolo di operatore diretto nei settori oggetto di determinazione amministrativa, potrebbe possedere delle conoscenze altamente specializzate ed estremamente utili per la determinazione finale (M. Cafagno, *op. cit.*, 336 e ss.; R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma, 2014, 266 e ss.).

La concezione desumibile da tale modello di contraddittorio procedimentale è, quindi, riconducibile ad un sistema in cui solamente la pubblica amministrazione dispone delle conoscenze necessarie per l'adozione della decisione amministrativa, relegando i contributi partecipativi di parte privata ad un mezzo volto unicamente all'interesse del singolo ed escludendo che da esso possano essere tratti benefici anche per la pubblica amministrazione.

A conferma dell'unidirezionalità della decisione, si pone, inoltre, la condotta tenuta, nel caso di specie, da parte degli attori privati, i quali ritengono leso da parte delle autorità tributarie rumene solamente il diritto di difesa, senza invocare la violazione del più ampio diritto ad una buona amministrazione, in virtù del quale la partecipazione procedimentale assume il ruolo di strumento di cooperazione e collaborazione quanto all'adozione della decisione amministrativa. La mancanza di un riferimento a questo specifico profilo della partecipazione procedimentale da parte dei coniugi Ispas implica la necessità di avviare un procedimento di "addestramento" dei privati, orientato a far comprendere il ruolo e la natura della partecipazione

procedimentale e, contestualmente, introducendo degli schemi di carattere metodologico volti ad orientare la struttura mentale della componente non statale, al fine di pervenire ad una decisione finale che garantisca il corretto bilanciamento degli interessi coinvolti (si rinvia, a questo proposito, a quanto affermato da parte di H. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Milano, 2004, 199 ss.).

In conclusione, attraverso la sentenza in esame, la Corte di Giustizia introduce uno schema di partecipazione al procedimento amministrativo e, latamente, a quello tributario orientato all'instaurazione di un modello comunicativo di tipo "giuridico-formale" (G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, 1998, 151 e ss.), il quale ha come scopo quello di imporre regole ai consociati assicurando, tuttavia, la possibilità per le parti private di poter esercitare l'accesso documentale volto a garantire l'esercizio del diritto difesa, rendendo conoscibile, laddove non sussistano interessi di carattere generale, l'intero materiale informativo in possesso dell'amministrazione procedente. Tale modello comunicativo, tuttavia, mal si concilia con le più recenti tesi sviluppate in materia, le quali si ispirano al modello della democrazia partecipativa e mirano all'instaurazione di un rapporto dialogico volto verso una comunicazione, per così dire, orizzontale in cui si annulla il divario tra pubblica amministrazione e privati e si instaura uno schema relazionale che mira alla paritarietà in termini di peso decisionale. In altre parole, dalla decisione assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso in esame, non emerge alcun riferimento ad una possibile evoluzione in chiave di tecnica di partecipazione procedimentale sebbene, dall'analisi della Carta dei diritti dell'Unione Europea, emerga la centralità della figura dell'amministrato e dei suoi interessi (a conferma di questo orientamento, A. Zito, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, 425 ss., il quale, analizzando l'art. 41 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, evidenzia come una decisione amministrativa possa ritenersi equa in chiave "procedurale" solamente quando sia l'esito di un procedimento amministrativo in cui il privato abbia potuto parteciparvi contraddicendo sulla decisione che la pubblica amministrazione è in procinto di adottare.). Una tale evoluzione è, al contrario, testimoniata dal riferimento alla logica della *governance*, da intendersi, come suggerito da attenta dottrina, quale sistema di adozione delle decisioni amministrative non più ispirato al rispetto di un sistema gerarchico-piramidale, ma orientato a fornire tutela agli interessi coinvolti attraverso la cooperazione e l'interazione tra i poteri pubblici e gli attori privati a vario titolo coinvolti da una determinata decisione amministrativa (tale modello è stato introdotto, in Italia, in materia diritto ambientale attraverso la sentenza del T.A.R. Puglia, sez. I, 7 luglio 2009, n. 1786 in *Giustizia-amministrativa.it*. In materia, rilevante è il contributo fornito da parte di F. De Leonardis, *La governance ambientale: alla ricerca di un equilibrio instabile*, in *Apertacontrada*, 2010). Emerge, in definitiva, la necessità che le istituzioni dell'Unione Europea operino al fine di garantire l'emersione, sia a livello nazionale, sia a livello sovranazionale, di logiche di adozione delle decisioni amministrative, che si avvicinano al modello della demarchia benvenutiana (F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994), la quale mira a garantire l'instaurazione del "contraddittorio paritario in contestazione" (F. Merusi, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della "demarchia" secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Diritto amministrativo*, 2006, 543), da intendersi quale strumento che, nei procedimenti decisionali, garantisca il coordinamento non gerarchico dei soggetti pubblici e privati al fine di adottare un provvedimento amministrativo condiviso, in cui possano essere valutati e bilanciati preventivamente tutti gli interessi coinvolti nel procedimento, con lo scopo di adottare una decisione in grado di assicurare la miglior soddisfazione possibile sia dell'interesse pubblico sia di quello privato.



## Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo giuridico. La pronuncia della Corte di giustizia (GS) nel caso Slovacchia e Ungheria c. Consiglio

*di Andrea Circolo*

**Title:** The principle of solidarity between voluntary commitment and legal constraint. The judgment of the Court of Justice (GC) in the case *Slovak Republic and Hungary v. Council of the European Union*

**Keywords:** Actions for annulment; principle of solidarity; relocation.

1. – La sentenza in questione si inserisce nel contesto della emergenza migratoria, scoppiata nell'Unione europea nella seconda metà del 2015 (segnatamente, nei mesi di luglio e agosto), che ha dato luogo ad una disastrosa situazione umanitaria, in particolare negli Stati membri in prima linea, come Grecia e Italia, trovatisi a fronteggiare un afflusso massiccio di migranti provenienti da Paesi terzi, quali Afghanistan, Eritrea, Iraq e Siria.

Per fare fronte a tale crisi migratoria e sostenere la pressione da essa esercitata sui sistemi di asilo di Grecia e Italia, il Consiglio ha emanato la decisione (UE) 2015/1601 del 22 settembre 2015, che istituiva  *misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia*. La base giuridica di tale decisione risiedeva nell'art. 78, par. 3, TFUE, ai sensi del quale: «Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo» [su tali misure di ricollocamento, v. la panoramica di M. Di Filippo (2015), *Le misure di ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, n. 2, pp. 34-60].

Con i loro ricorsi, la Slovacchia (C-643/15) e l'Ungheria (C-647/15) chiedevano alla Corte l'annullamento *in toto* di suddetta decisione, che stabiliva la ricollocazione, dalla Grecia e dall'Italia verso gli altri Stati membri, di 120.000 persone in evidente bisogno di protezione internazionale, per un periodo di due anni. In subordine, la sola Ungheria domandava l'annullamento della decisione nella sola parte in cui si riferisce alla stessa. Le ricorrenti richiedevano altresì l'annullamento di due allegati alla decisione, nei quali era stabilita la ripartizione, per la prima fase di 66.000 persone (15.600 dall'Italia e 50.400 dalla Grecia) che venivano distribuite sulla base di quote obbligatorie fissate per ciascuno Stato membro.

A sostegno delle proprie argomentazioni, la Repubblica slovacca sollevava sei motivi, mentre l'Ungheria ne proponeva dieci. Dopo aver riassunto il contesto, la genesi e il contenuto della decisione impugnata, sia l'Avvocato generale Yves Bot, nelle sue conclusioni del 26 luglio 2017, che la Corte, nella predetta sentenza, hanno adottato, nello sviluppo logico-temporale del processo di analisi della fattispecie, il medesimo approccio sistematico: «dato che la base giuridica di un atto determina la procedura da seguire per l'adozione del medesimo, occorre esaminare, in primo luogo, i motivi relativi all'inidoneità dell'articolo 78, paragrafo 3, TFUE quale base giuridica per l'adozione della decisione impugnata. In secondo luogo, verranno esaminati i motivi relativi alle violazioni di forme sostanziali che si asserisce siano state commesse in occasione dell'adozione di tale decisione e, in terzo luogo, i motivi attinenti al merito. Inoltre, all'interno di questi tre capi, verranno anzitutto esaminati i motivi della Repubblica slovacca e dell'Ungheria coincidenti in tutto o in parte e, successivamente, se necessario, i motivi propri di ciascuna delle ricorrenti» (§ 39-40 delle conclusioni dell'Ag; *idem*, v. § 46 della sentenza, *Visione di insieme dei motivi di ricorso; similiter*, v. Corte giust. 10 settembre 2015, *Parlamento c. Consiglio*, C-363/14, § 17).

2. – Con riferimento alla prima macro-questione, la Corte ha statuito sull'inadeguatezza prefigurata dalle ricorrenti dell'art. 78, par. 3, TFUE quale base giuridica per l'adozione della decisione impugnata.

In particolare, la Repubblica slovacca e l'Ungheria facevano valere come la decisione impugnata, nonostante rivestisse (solo) formalmente la natura di atto non legislativo, dovesse essere qualificata come atto legislativo in virtù del suo contenuto e dei suoi effetti, ovvero come modifica sostanziale di diversi atti legislativi del diritto dell'Unione. Sebbene, però, la decisione impugnata considerava tali modifiche come mere deroghe, secondo le ricorrenti la distinzione fra una deroga e una modifica sarebbe stata, nella fattispecie, artificiosa, dal momento che, materialmente, sia una deroga che una modifica producono esattamente gli stessi effetti, ovvero la mancata applicazione di una disposizione normativa cosicché, nella pratica, ne venga pregiudicata l'effettività.

Pertanto, l'art. 78.3 TFUE non fornirebbe, secondo le ricorrenti, una base giuridica adeguata per l'adozione di misure di tipo legislativo, giacché non comprende alcuna indicazione per la quale gli atti emanati sulla base della suddetta decisione debbano essere adottati nell'ambito di una procedura legislativa. Infatti, l'art. 78, par. 3, TFUE non menziona né la procedura legislativa ordinaria né la procedura legislativa speciale, non consentendo così di adottare atti legislativi. Di conseguenza, la forma della decisione impugnata non corrisponderebbe al suo contenuto.

A tal proposito, la Slovacchia aggiungeva che il Consiglio ha violato l'art. 78, par. 3, TFUE, perché la decisione impugnata derogava a disposizioni contenute in atti legislativi, e che modifiche del genere potevano essere operate soltanto mediante un atto legislativo, a prescindere dall'entità della deroga e dal carattere fondamentale o meno della disposizione oggetto di deroga, «qualsiasi deroga, per quanto minima, apportata da un atto non legislativo a un atto legislativo sarebbe vietata in quanto equivarrebbe ad un aggiramento della procedura legislativa, nella fattispecie quella prevista dall'articolo 78, paragrafo 2, TFUE» (§ 52).

Infine, l'Ungheria sosteneva che l'art. 78, par. 3, TFUE andrebbe interpretato nel senso che «l'esigenza di una consultazione del Parlamento prevista da tale disposizione dovrebbe essere considerata come una "partecipazione" del Parlamento, ai sensi dell'art. 289, par. 2, TFUE, di modo che troverebbe applicazione la procedura legislativa speciale. In tal caso, l'art. 78, par. 3, TFUE potrebbe effettivamente costituire una valida base giuridica della decisione impugnata, in quanto atto legislativo» (§ 54; a tal proposito, v. § 151-161 delle conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet nella causa *Consiglio c. Fronte Polisario*, C-104/16 P).

Anzitutto, con riferimento a quest'ultimo punto, la Corte ha ricordato che un atto giuridico può essere qualificato come atto legislativo dell'Unione soltanto se è stato adottato sul fondamento di una disposizione dei Trattati che fa espresso riferimento o alla procedura legislativa ordinaria o alla procedura legislativa speciale. Un simile approccio sistematico garantisce il principio della certezza del diritto, cruciale nell'ambito delle procedure di adozione di atti dell'Unione in quanto esso consente di individuare con certezza le basi giuridiche che legittimano le istituzioni dell'Unione ad adottare atti legislativi, e di distinguere tali basi giuridiche da quelle che possono servire solo quale fondamento per l'adozione di atti non legislativi.

A tal proposito, bisogna precisare che il Trattato di Lisbona ha sancito, per la prima volta, la distinzione fra gli atti legislativi e gli atti non legislativi attraverso l'utilizzo di un criterio sistematico e procedurale. È pertanto irrilevante tentare di qualificare la decisione impugnata come atto legislativo alla luce del suo contenuto, come suggerito dalle ricorrenti. L'art. 289, paragrafo 3, TFUE, definisce la categoria degli atti legislativi nel senso che essa copre «gli atti giuridici adottati mediante procedura legislativa». La procedura legislativa, a sua volta, può svilupparsi in una *procedura legislativa ordinaria* oppure in una *procedura legislativa speciale*.

Ai sensi dell'art. 289, par. 1, TFUE, è «l'adozione congiunta di un [atto giuridico] da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione» a caratterizzare la procedura legislativa ordinaria, mentre, per ciò che concerne la procedura legislativa speciale, sono le menzioni espresse contenute nelle diverse disposizioni a precisare che, qualunque siano le modalità, la procedura interessata è a tutti gli effetti una procedura legislativa, e sfocerà pertanto nell'adozione di un atto legislativo. Del resto, è lo stesso art. 289, par. 2, TFUE a stabilire che la procedura legislativa speciale si applica unicamente «nei casi specifici previsti dai Trattati».

Per questo motivo, procedure il cui sviluppo è simile a quello delle procedure legislative speciali, ma che il Trattato non considera espressamente come tali, devono essere qualificate alla stregua di procedure non legislative, che daranno vita ad atti di natura non legislativa (in tal senso, v. K. Lenaerts, P. Van Nuffel (2011), *European Union Law*, 3<sup>a</sup> ed., Londra, p. 677).

È vero che una distinzione fra atti legislativi e atti non legislativi, che basi la sua *ratio existendi* sul nominalismo giuridico, crea non pochi problemi di coerenza con la natura e gli scopi del Trattato (in questo senso, v. D. Ritleng, *Les catégories des actes de l'Union – Réflexions à partir de la catégorie de l'acte législatif*, in *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2016, pp. 170-174; P. Craig, G. De Búrca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 6<sup>a</sup> ed., Oxford, 2015, p. 114); tuttavia, è altrettanto vero che la controversia giurisdizionale non costituisce la sede naturale per rivedere incoerenze di questo genere; invero, modifiche di questo tipo comportano l'attivazione del meccanismo di revisione di cui all'art. 48 TUE.

Del resto, è stata la stessa Corte, nella sentenza del 19 luglio 2012, *Parlamento c. Consiglio*, C-130/10, a ricordare, riportando la difesa del Consiglio, che «non sono le procedure a definire il fondamento normativo di un atto, ma è il fondamento normativo di un atto che determina le procedure da seguire per la sua adozione» (§ 80).

Pertanto, la Corte ha giustamente ritenuto infondato il tentativo delle ricorrenti di valutare la decisione impugnata come atto legislativo alla luce del suo contenuto.

In subordine, la Corte ha analizzato se fosse legittimo che un atto non legislativo potesse derogare a svariati atti legislativi, oppure se solamente un atto legislativo potesse derogare a un altro atto legislativo. Secondo la Grande Sezione, la nozione di «misure temporanee», ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE, «deve avere una portata sufficientemente estesa per permettere alle istituzioni dell'Unione di adottare tutte le misure temporanee necessarie per rispondere in modo effettivo e rapido a una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi», motivo per il quale queste possono in via di principio derogare anche a disposizioni di atti

legislativi, a condizione che esse siano circoscritte sotto il profilo del loro ambito di applicazione, sia sostanziale che temporale.

Infatti, se si limitano a rispondere in modo rapido ed effettivo, mediante una disciplina provvisoria, ad una situazione di crisi precisa, è escluso che tali misure possano avere per oggetto o per effetto di sostituire o di modificare in modo permanente e generale gli atti legislativi di cui sopra, aggirando così la procedura legislativa ordinaria prevista dall'articolo 78, par. 2, TFUE.

I giudici di Lussemburgo, anche in questo caso, hanno respinto la parte dei motivi attinente alla questione. Nel caso di specie, dal punto di vista temporale, le deroghe previste dalla decisione impugnata si applicavano unicamente per un periodo di due anni (salva eventuale proroga di cui all'art. 5, par. 4 della decisione) ovvero dal 25 settembre 2015 fino al 26 settembre 2017. Quanto, invece, all'applicazione sostanziale, le misure temporanee si riferivano ad un numero limitato di cittadini di alcuni Paesi terzi (120.000), precisamente a coloro che avevano presentato una domanda di protezione internazionale in Grecia o in Italia, che appartenevano a una delle nazionalità predisposte dall'art. 3, par. 2, della decisione impugnata, che erano arrivati tra il 24 marzo 2015 e il 26 settembre 2017 in Grecia o in Italia e che sarebbero stati ricollocati a partire da quest'ultimi verso gli altri Stati membri. Pertanto, la Corte ha rigettato entrambi i motivi sotto la lente di ingrandimento.

3. – La Repubblica slovacca e l'Ungheria sostenevano poi che l'art. 78, par. 3, TFUE non costituiva una base giuridica adeguata per l'adozione della decisione in parola, dal momento che essa quest'ultima non era dotata del carattere della temporaneità, a dispetto di quanto richiesto dalla suddetta disposizione.

La Corte ha respinto anche tali motivi, contestandone singolarmente la temerarietà.

Sulla presunta inidoneità del periodo di 24 mesi a costituire una misura temporanea, la Corte non ha potuto che rammentare che l'art. 78, par. 3, TFUE, pur richiedendo che le misure da esso previste siano temporanee, riserva al Consiglio un margine di discrezionalità per stabilire, caso per caso, il loro periodo di applicazione in relazione alle circostanze della fattispecie e, segnatamente, in considerazione delle specificità della situazione emergenziale che giustifica tali misure.

A conferma di quanto portato alla luce dalla Corte, occorre far presente che l'art. 78, par. 3, TFUE non menziona più una durata massima di sei mesi, contrariamente a quanto avveniva nel caso dell'art. 64, par. 2, TCE. Pertanto, è possibile dedurre che le misure temporanee, adottate sulla base di questa disposizione, possono certamente avere una durata più lunga, affinché riescano ad avere un impatto reale.

Altresì, secondo le ricorrenti, la decisione impugnata non aveva carattere temporaneo in quanto essa è in grado di produrre effetti a lungo termine, dal momento che numerosi richiedenti protezione internazionale resteranno, dopo la loro ricollocazione, nel territorio dello Stato membro di ricollocazione ben oltre il periodo di applicazione di 24 mesi della decisione impugnata; e la durata di applicazione della misura in questione non dovrebbe oltrepassare la durata minima necessaria per l'adozione di un atto legislativo ai sensi dell'art. 78, par. 2, TFUE.

Al riguardo, è ben evidente che subordinare la valutazione della temporaneità della misura, nella prima ipotesi, alla permanenza dei suoi effetti, e, nella seconda, alla durata minima necessaria per l'adozione di un atto legislativo *ex. art. 78.2* TFUE renderebbe inattuabile ogni meccanismo di ricollocazione di cui all'art. 78.3 TFUE. In particolare, con riferimento alla seconda ipotesi, il criterio vantato dalle ricorrenti, oltre a legare la validità della misura all'incerta durata di un procedimento legislativo, la cui conclusione è imprevedibile, non trova alcun riconoscimento testuale.

4. – La prima macro-questione si conclude con un argomento proposto dalla sola Repubblica slovacca, la quale insisteva, sotto tre profili, sulla circostanza che la decisione impugnata non rispettasse il presupposto di applicazione dell'art. 78, par. 3, TFUE, secondo cui lo Stato membro beneficiario delle misure temporanee dovesse trovarsi in «una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi».

In primo luogo, l'afflusso di cittadini di Paesi terzi in Grecia e in Italia al momento dell'adozione della decisione impugnata o immediatamente prima di tale adozione era ragionevolmente prevedibile e, dunque, non poteva essere qualificato come «improvviso»; *in secundis*, secondo la ricorrente, con riferimento alla Grecia, non sussisteva un nesso causale tra la situazione di emergenza e l'afflusso di cittadini di Paesi terzi in tale Stato membro, come indicherebbe l'aggettivo «caratterizzata» accanto alla situazione di emergenza contemplata dall'articolo 78, paragrafo 3, TFUE. Inoltre, le carenze comprovate del sistema d'asilo greco non avrebbero interrotto tale nesso di causalità necessario per l'adozione della decisione impugnata. In ultima istanza, nonostante la ragion d'essere dell'art. 78, par. 3, TFUE sia risolvere situazioni di emergenza esistenti o imminenti, la decisione impugnata avrebbe disciplinato, quantomeno in parte, eventuali situazioni future.

Anche in quest'occasione, i giudici della Grande Sezione hanno rigettato ogni argomento apportato dalla ricorrente.

Con riferimento al primo profilo, la Corte si è limitata a riportare i dati statistici di Frontex, allegati agli atti di causa dall'intervento adesivo al Consiglio del Lussemburgo, ed Eurostat: «nel corso dell'anno 2015, per tutta l'Unione, sono stati conteggiati 1,83 milioni di attraversamenti irregolari delle frontiere esterne dell'Unione a fronte dei 283 500 registrati nell'anno 2014. Inoltre, nel corso dell'anno 2015 poco meno di 1,3 milioni di migranti hanno chiesto una protezione internazionale nell'Unione contro i 627 000 dell'anno precedente». Il sensibile aumento degli arrivi e delle domande di protezione bastano a dimostrare il carattere improvviso della situazione.

In relazione alla seconda istanza, la Corte, sebbene abbia riconosciuto che una minoranza delle versioni linguistiche dell'art. 78, par. 3, TFUE faccia uso non già del termine «caratterizzata», bensì del termine «causata», questi due termini devono essere interpretati nel medesimo senso dell'esigenza di un nesso sufficientemente stretto tra la situazione emergenziale e l'afflusso improvviso di richiedenti protezione internazionale. Tale constatazione non può essere rimessa in discussione adducendo l'esistenza di altri fattori che possano aver anch'essi contribuito a tale situazione di emergenza, tra i quali le carenze strutturali e organizzative dei regimi d'asilo greco e italiano. Pertanto, pur essendo evidenti le carenze strutturali di tali sistemi e le forti sollecitazioni da questi subite nei mesi precedenti, la pressione esercitata dal flusso di migranti nel periodo d'interesse avrebbe perturbato gravemente anche sistemi caratterizzati dall'assenza di debolezze organizzative.

Circa l'ultimo profilo contestato, secondo la Corte, la necessità di rispondere ad una situazione di emergenza tramite misure temporanee di cui all'art. 78.3 TFUE non impedisce né l'aggiornamento di quanto stabilito nella decisione allo sviluppo degli eventi, né, tantomeno, della situazione né l'adozione, da parte del Consiglio, di atti di esecuzione. Come ha correttamente affermato l'Avvocato generale, «rispondere all'emergenza non esclude il carattere evolutivo e adeguato della risposta, a condizione che quest'ultima conservi il suo carattere provvisorio» (§ 130 delle conclusioni). L'art. 78, par. 3, TFUE, pertanto, non osta a che tali meccanismi di adeguamento si vadano ad affiancare alle misure temporanee adottate in precedenza; del resto, non bisogna dimenticare che detta disposizione conferisce un'ampia discrezionalità d'azione al Consiglio.

5. – La seconda macro-questione sottoposta alla Corte attiene ai motivi di ricorso riguardanti la regolarità della procedura di adozione della decisione impugnata e relativi alla violazione delle forme sostanziali.

In relazione al primo punto, le ricorrenti argomentavano che, giacché la decisione in questione eccedeva gli orientamenti formulati dal Consiglio europeo nelle sue conclusioni del 25 e del 26 giugno 2015, per le quali la ricollocazione doveva essere prevista «per consenso» e «rispecchiando le situazioni specifiche degli Stati membri», il Consiglio non avrebbe rispettato l'art. 68 TFUE e avrebbe violato le forme sostanziali. Specificatamente, poiché tali conclusioni stabilivano espressamente che una decisione di ricollocazione del Consiglio poteva intervenire solo per il numero di 40 000 richiedenti, il Consiglio avrebbe oltrepassato tale limite attraverso la decisione di ricollocare 120 000 richiedenti senza basarsi su una nuova decisione del Consiglio europeo.

Anche in questa ipotesi, il ragionamento della Corte ha seguito integralmente quello dell'Ag Bot. Secondo i giudici di Lussemburgo, mentre le 40 000 persone ricollocate avevano costituito l'oggetto della decisione del Consiglio 2015/1523 del 14 settembre 2015, in attuazione delle predette conclusioni, la decisione (impugnata) di ricollocare 120.000 richiedenti protezione internazionale era la conseguenza di una nuova proposta della Commissione, successiva a quella della prima decisione.

A tal proposito, occorre ricordare che le misure temporanee di cui all'art. 78, par. 3, TFUE sono adottate su proposta della Commissione e sulla base del suo potere generale di iniziativa di cui all'art. 17 TUE. Pertanto, riprendendo le parole dell'Avvocato generale, «le conclusioni del Consiglio europeo del 25 e del 26 giugno 2015 non possono avere come effetto quello di vietare alla Commissione di proporre, e successivamente al Consiglio di adottare, uno strumento provvisorio e vincolante di ricollocazione di richiedenti protezione internazionale che completi la decisione 2015/1523. [...] [il potere della Commissione di cui all'art. 17 TUE] potrebbe essere rimesso in discussione qualora si ammettesse che esso sia subordinato alla previa adozione di conclusioni da parte del Consiglio europeo» (§ 144).

Per questa ragione, il principio dell'equilibrio istituzionale, disposto dall'art. 13, par. 2, TUE e chiamato a sostegno di tali argomentazioni dalle ricorrenti, finirebbe in realtà per essere violato se fosse impedito alla Commissione di esercitare la propria competenza di iniziativa nel rispetto di quelle delle altre istituzioni, tra le quali proprio il Consiglio europeo (sul punto, da ultima, v. Corte giust. 14 aprile 2015, *Consiglio c. Commissione*, C-409/13, § 64-70).

Inoltre, la Slovacchia e l'Ungheria lamentavano la violazione, da parte del Consiglio, dell'art. 78, par. 3, TFUE per aver apportato modifiche sostanziali alla proposta iniziale della Commissione e adottato la decisione impugnata senza consultare nuovamente il Parlamento. Nella fattispecie, l'Ungheria non figurava più fra gli Stati membri beneficiari del meccanismo di ricollocazione, bensì fra gli Stati membri di ricollocazione, il che aveva comportato la soppressione dell'allegato III della proposta iniziale e l'inclusione dell'Ungheria negli allegati I e II della decisione impugnata.

Tuttavia, il numero totale di 120 000 persone era stato mantenuto, poiché il numero di 54 000 richiedenti provenienti dall'Ungheria era stato trasformato in «riserva» che non era stata prevista nella proposta iniziale della Commissione. Pertanto, la struttura e diversi elementi essenziali di tale proposta sarebbero stati profondamente modificati, come il titolo e il suo ambito di applicazione *ratione personae*, l'elenco degli Stati membri beneficiari e di ricollocazione, nonché il numero di persone da ricollocare in ciascuno degli Stati membri.

Tali modifiche, come rilevato giustamente dalle ricorrenti, dovevano comportare una nuova consultazione del Parlamento (cfr. Corte giust. 1° giugno 1994, *Parlamento c. Consiglio*, C-388/92, § 13 e 18; Corte giust. 11 novembre 1997, *Eurotunnel e a.*, C-408/95, § 46). A detta delle ricorrenti, tale (ri)consultazione non si sarebbe verificata nonostante, nella risoluzione del Parlamento datata 17 settembre 2015, si chiedesse al Consiglio di consultarlo nuovamente nel caso di eventuali modifiche da apportare.

La questione non è di poco conto, atteso che, nei casi previsti dal Trattato, la mancata consultazione del Parlamento comporta la nullità dell'atto in parola (tra le tante, Corte giust. 10 giugno 1997, *Parlamento c. Consiglio*, C-392/95, § 14-15). Tale formalità costituisce lo specchio della partecipazione effettiva del Parlamento al processo decisionale, espressione dei principi dell'equilibrio istituzionale e della rappresentanza democratica (recentemente, v. Corte giust. 7 marzo 2017, *RPO*, C-390/15, § 24 e 25).

Anche in questa occasione, la Corte ha accolto la difesa apprestata dal Consiglio.

Se è vero, infatti, che il testo era stato modificato nella sua sostanza, secondo la Corte diversi contatti informali intervenuti tra le parti e la dichiarazione prestata dal Presidente del Consiglio dinnanzi alla sessione plenaria straordinaria del Parlamento, il 16 settembre 2015, costituivano l'adempimento alla formalità richiesta dai Trattati. L'urgenza della situazione e la peculiarità della regola giuridica di cui all'art.78.3 TFUE giustificavano una relativa flessibilità circa le modalità di consultazione del Parlamento sulle modifiche del testo iniziale.

Pertanto, la Corte ha debitamente respinto gli argomenti delle ricorrenti.

6. – Ulteriormente, Slovacchia e Ungheria lamentavano il mancato rispetto, da parte del Consiglio, del criterio dell'unanimità, ai sensi dell'art. 293, par. 1, TFUE, a fronte di una decisione adottata che stravolgeva sostanzialmente la precedente proposta della Commissione.

Va subito rilevato che, a questo proposito, la Corte ha fatto valere un errore nella valutazione fattuale delle ricorrenti, e precisamente nel lato soggettivo dell'operazione. Nell'occasione, infatti, la modifica era stata apportata dalla Commissione, non ai sensi del par. 1, bensì del par. 2, che permette a quest'ultima di modificare la propria proposta in ogni fase delle procedure che portano all'adozione di un atto dell'Unione, prima che il Consiglio abbia deliberato (*ex multis*, v. Corte giust. 14 aprile 2015, *Consiglio c. Commissione*, C-409/13, § 71-73).

In subordine rispetto alla qualificazione della decisione impugnata quale atto (non) legislativo (v. *par. 2.2*), le ricorrenti facevano valere la violazione dei protocolli nn. 1 e 2 circa la partecipazione dei parlamenti nazionali all'*iter* legislativo dell'Unione e degli artt. 15, par. 2, TFUE e 16, par. 8, TUE.

Come risulta dalla sentenza, la decisione impugnata deve essere qualificata come atto non legislativo e, di conseguenza, il motivo di ricorso è stato rigettato, atteso che, per tal motivo, il parere dei parlamenti nazionali e il carattere pubblico della deliberazione e del voto in seno al Consiglio non erano necessari.

Da ultimo, le parti attrici sollevavano un vizio di natura procedurale di cui si sarebbe reso colpevole il Consiglio. Precisamente, nel caso in esame, il Consiglio non avrebbe rispettato l'art. 14, par. 1, del proprio regolamento interno nella misura in cui i testi che riportano le modifiche successivamente apportate alla proposta iniziale della Commissione sarebbero stati inviati agli Stati membri unicamente in lingua inglese» (decisione 2009/937/UE del Consiglio, del 1° dicembre 2009, *relativa all'adozione del suo regolamento interno*).

La Corte ha ritenuto valida l'argomentazione difensiva proposta dal Consiglio. A detta di questo, la modifica in parola rientrerebbe in quelle di cui al par. 2 dell'art. 14 di suddetto regolamento, che prevede un regime semplificato per gli emendamenti che non devono essere imperativamente disponibili in tutte le lingue ufficiali dell'Unione; oltretutto, solamente nell'ipotesi di opposizione di uno Stato membro dovrebbero essere presentate al Consiglio anche le versioni linguistiche designate da tale Stato prima che detta istituzione possa continuare a deliberare.

Posto che l'Unione attribuisce grande rilievo alla preservazione del multilinguismo, la cui importanza viene ricordata all'art. 3, par. 3, TUE (così, Corte giust. 5 maggio 2015, *Spagna c. Consiglio*, C-147/13, § 42), la Corte, a ragione, ha ritenuto che tale principio fosse stato pienamente tutelato, verificato che nessuno Stato

membro si è opposto ad una deliberazione sulla base di testi che riprendevano le modifiche concordate redatte in lingua inglese.

Per inciso, come correttamente rilevato dal Consiglio nella sua difesa, trae origine proprio dalla giurisprudenza della Corte il fatto che, ammesso anche che il Consiglio, nell'adozione della decisione impugnata, abbia violato l'art. 14 del suo regolamento interno, un'irregolarità procedurale di questo tipo può inficiare la validità dell'atto solamente nella misura in cui il ricorrente dimostri che, in assenza di tale irregolarità, il procedimento avrebbe potuto dare luogo a un risultato diverso. Nella fattispecie *de qua*, l'Ungheria non ha prodotto tale prova (così, v. Corte giust. 25 ottobre 2005, *Germania e Danimarca c. Commissione*, C-465/02 e C-466/02, § 37).

7. – Nell'analisi dell'ultima macro-questione, dedicata ai vizi di merito, la Corte formula alcune premesse alla sua valutazione circa l'eventuale violazione dei principi generali del diritto dell'Unione.

In particolare, soffermandosi sul principio di proporzionalità, la Grande Sezione ha rammentato che quest'ultimo esige che «gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non eccedano i limiti di quanto è necessario alla realizzazione di tali obiettivi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti» (§ 206).

Occorre aggiungere che, secondo costante giurisprudenza della stessa Corte, il principio di proporzionalità soccombe laddove i Trattati riconoscano un ampio potere discrezionale in capo alle istituzioni dell'Unione ed allorché esse adottino misure in settori che implicano scelte segnatamente di natura politica e valutazioni complesse (da ultima, v. Corte giust. 4 maggio 2016, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, C-358/14, § 78-79). Pertanto, la Corte potrà censurare l'operato di tali istituzioni nel rispetto del principio di proporzionalità solo nella misura in cui la misura sia manifestamente inappropriata in relazione all'obiettivo da perseguire.

È opportuno ricordare che soltanto la Slovacchia riteneva che la decisione in questione non era adeguata a raggiungere l'obiettivo da essa prestabilito e, per questo motivo, violava il principio di proporzionalità, di cui all'art. 5, par. 4, TUE, nonché gli artt. 1 e 5 del protocollo n. 2. Secondo quest'ultima, la decisione impugnata non sarebbe stata idonea a realizzare tale obiettivo in quanto il meccanismo di ricollocazione che essa prevede non rimediava alle carenze strutturali dei regimi di asilo greco e italiano. Tali carenze, collegate incapacità organizzativa relativa alla gestione delle domande dei richiedenti asilo, dovevano essere previamente risolte prima che detta ricollocazione potesse essere effettivamente attuata. Inoltre, il numero poco elevato di ricollocazioni effettuate a tutt'oggi dimostrerebbe che il meccanismo di ricollocazione previsto dalla decisione impugnata era, sin dalla sua adozione, inadatto al raggiungimento dell'obiettivo ricercato.

Anzitutto, come già riferito in precedenza dalla Corte, qualsiasi regime di asilo, anche qualora non presentasse debolezze strutturali in termini di accoglienza e di capacità di trattamento delle domande di protezione internazionale, sarebbe stato gravemente alterato dall'afflusso senza precedenti di migranti che ha avuto luogo in Grecia e in Italia nel corso dell'anno 2015.

Infatti, secondo l'art. 1 e il considerando 18 della decisione interessata, l'obiettivo del meccanismo di ricollocazione era aiutare la Repubblica ellenica e la Repubblica italiana ad affrontare una situazione di emergenza, fornendo «soluzioni strutturali per ovviare alle pressioni eccezionali sui loro sistemi di asilo e migrazione, istituendo un quadro strategico solido che consenta di far fronte alla situazione di crisi e intensifichi il processo di riforma in corso in questi settori». Da tale punto di vista, si intende come la misura di ricollocazione potesse ritenersi necessaria in qualsiasi condizione.

Inoltre, la misura di ricollocazione costituisce solamente una delle misure volte ad alleggerire l'onere gravante sugli *hotspot*, ovvero Grecia e Italia. Pertanto, il rispetto del principio di proporzionalità non va valutato isolatamente, bensì con riferimento al quadro generale delle misure apportate (come, ad esempio, il sostegno finanziario previsto agli Stati di seconda accoglienza per ciascuna persona ricollocata).

La Corte ha ricordato poi che non si può dedurre *a posteriori* dal numero poco elevato di ricollocazioni effettuate in applicazione della decisione impugnata che quest'ultima fosse, *ab origine*, inadatta al compimento dell'obiettivo predisposto, così come sostenuto dalla Repubblica slovacca, nonché dall'Ungheria nell'ambito del suo nono motivo di ricorso.

Segnatamente, occorre richiamare una consolidata giurisprudenza della Corte sul punto, in tema di ricorso per annullamento, secondo la quale: la legittimità di un atto deve essere valutata prendendo in considerazione la situazione di diritto e di fatto esistente al momento della sua adozione e non può essere subordinata a riflessioni retroattive circa la sua idoneità (Corte giust. 17 maggio 2001, *IECC c. Commissione*, C-449/98 P, § 87); quando il legislatore dell'Unione è chiamato a valutare gli effetti futuri di una normativa da adottare, sebbene questi effetti non possano essere previsti con certezza, la sua valutazione può essere oggetto di censura solo qualora appaia manifestamente erronea alla luce degli elementi di cui esso disponeva al momento dell'adozione della normativa stessa (in questo senso, v. Corte giust. 12 luglio 2001, *Jippes e a.*, C-189/01, § 84; Corte giust. 9 giugno 2016, *Pesce e a.*, C-78/16 e C-79/16, § 50).

Pertanto, nella fattispecie, il Consiglio, correttamente, ha effettuato un'analisi prognostica degli effetti della ricollocazione sulla base dei dati a disposizione al momento dell'adozione della decisione, come prefigurato nei considerando 12, 14, e 26.

Oltretutto la Corte ha concluso, aggiungendo che, tra i fattori responsabili dello scarso numero di ricollocamenti, vi sono alcuni elementi che non potevano essere previsti dal Consiglio al momento dell'adozione della decisione, tra cui proprio la mancata cooperazione di alcuni Stati membri.

8. – La Repubblica slovacca asseriva altresì che l'obiettivo ricercato dalla decisione interessata poteva essere raggiunto in maniera altrettanto efficace attraverso la predisposizione di altre misure che avrebbero potuto essere adottate sulla base di disposizioni normative già esistenti, meno restrittive per gli Stati membri e meno incidenti sul diritto *sovrano* di ciascuno di essi di decidere liberamente dell'ammissione nel proprio territorio di cittadini di Paesi terzi, nonché sul diritto degli Stati membri, enunciato all'art. 5 del protocollo (n. 2), a che l'onere finanziario ed amministrativo fosse il meno elevato possibile.

La ricorrente corredeva le sue argomentazioni offrendo, a sua detta, le alternative adeguate all'obiettivo da perseguire.

*In primis*, sarebbe stato possibile applicare lo strumento previsto dalla direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, *sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*.

*In secundis*, Grecia e Italia avrebbero potuto attivare il meccanismo cd. di *protezione civile dell'Unione*, di cui all'art. 8 bis del Regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004, *che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea*.

In terza istanza, i due Stati in emergenza avrebbero potuto domandare l'intervento dell'Agenzia Frontex sotto forma di *interventi rapidi*.

Per ultimo, l'art. 78, par. 3, TFUE permetterebbe di mettere in atto misure egualmente idonee, ma allo stesso tempo meno restrittive, come «la fornitura di un aiuto

per facilitare il rimpatrio e la registrazione ovvero un sostegno finanziario, materiale, tecnico e personale ai regimi di asilo italiano e greco» (§ 232).

In relazione a questo motivo di ricorso, la Corte ha rispolverato un argomento utilizzato per giustificare l'idoneità della misura di ricollocazione in rapporto all'art. 78.3 TFUE. Proprio tale disposizione, ricorda la Grande Sezione, riconosce ampia discrezionalità d'azione nella scelta delle misure da adottare. Nella fattispecie, oltretutto, la situazione di emergenza nella quale la decisione impugnata doveva essere adottata spingeva il Consiglio a selezionare le misure più rapidamente attuabili e atte a produrre effetti concreti al fine di aiutare tali Stati membri a controllare gli importanti flussi migratori nel loro territorio. Ecco perché una misura vincolante, come quella della ripartizione delle persone ricollocate, si imponeva, nell'ipotesi particolare, a ragione.

Dal canto suo, l'Ungheria faceva valere un motivo identico a quello della Slovacchia, ma sulla base di diverse argomentazioni. Secondo quest'ultima, dal momento che, diversamente da quanto previsto dalla proposta iniziale della Commissione, essa non è più presente, nel testo definitivo della decisione impugnata, tra gli Stati membri beneficiari, non era giustificabile che la decisione impugnata stabilisse ugualmente la ricollocazione di 120 000 richiedenti.

La Corte ha respinto anche quest'argomentazione, stabilendo che la necessità di conservare il numero di 54 000 richiedenti, inizialmente destinato a ricollocazioni dall'Ungheria, poteva altresì trovare sostegno, nel considerando 16 della decisione impugnata. Da questo risulta, infatti, che, «a motivo della situazione di instabilità e dei continui conflitti nelle zone immediatamente vicine alla Grecia e all'Italia, era assai probabile che una pressione significativa e crescente avrebbe continuato ad esercitarsi sui regimi di asilo greco e italiano dopo l'adozione della decisione impugnata» (§ 271).

Poiché l'Ungheria non ha dimostrato, sulla base di elementi precisi, che i dati statistici presi in considerazione dal Consiglio per fissare a 120 000 il numero complessivo di persone da ricollocare non fossero pertinenti, bisogna constatare che il Consiglio, avendo stabilito tale cifra, sulla base delle considerazioni e dei dati di cui *supra*, anche dopo il ritiro dell'Ungheria quale Stato membro beneficiario della ricollocazione, non ha commesso alcun errore manifesto di valutazione, che causerebbe l'annullamento della decisione impugnata.

In via subordinata, l'Ungheria imputava al Consiglio di averla inserita tra gli Stati membri di ricollocazione dopo che essa aveva rinunciato allo *status* di Stato membro beneficiario quale previsto dalla proposta iniziale della Commissione. A tal proposito, non sarebbe contestabile il fatto che tale Stato membro sia stato sottoposto anch'esso, al pari di Grecia e Italia, ad una pressione migratoria di un certo rilievo. Per questo motivo, la decisione impugnata avrebbe fatto ricadere sull'Ungheria un onere sproporzionato imponendole quote di ricollocazione obbligatorie allo stesso titolo degli altri Stati membri, nonostante la situazione di emergenza incombente su di essa.

La Corte ha ritenuto che, di fronte al rifiuto dell'Ungheria di beneficiare del meccanismo di ricollocazione come era stato proposto dalla Commissione, il Consiglio non poteva essere censurato, sotto il profilo del principio di proporzionalità, «per aver dedotto dal principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità imposto dall'art. 80 TFUE – nonostante tale emergenza – che l'Ungheria doveva vedersi attribuire delle quote di ricollocazione, al pari di tutti gli altri Stati membri che non beneficiavano di tale meccanismo di ricollocazione» (§ 293).

A questo proposito, la ricerca di un equilibrio tra i diversi interessi in gioco, che prenda in considerazione non già la situazione particolare di un singolo Stato membro, bensì quella dell'insieme degli Stati membri, «non può essere considerata contraria al principio di proporzionalità» (§ 290; in questo senso, v. Corte giust. 18 giugno 2015, *Estonia c. Parlamento e Consiglio*, C-508/13, § 39).

Occorre rilevare che la decisione impugnata prevedeva, all'art. 4, par. 5, e all'art. 9, la possibilità per uno Stato membro, nel rispetto di alcune condizioni prestabilite dalla decisione, di domandare una sospensione degli obblighi che gli incombono in quanto

Stato membro di ricollocazione, così come avvenuto per Austria (decisione n. 2016/408) e Svezia (decisione n. 2016/946 del Consiglio). Tale meccanismo di aggiustamento non era mai stato attivato.

Pertanto, è possibile concludere, a detta della Corte, che la predisposizione di tali meccanismi di aggiustamento testimonia che le misure di ricollocazione previste dalla decisione impugnata permette di tener conto, in modo proporzionato, della situazione specifica di ciascuno Stato membro sotto questo aspetto.

Con l'ultimo motivo del ricorso, l'Ungheria faceva notare che la decisione impugnata avrebbe violato i principi di certezza del diritto e di chiarezza normativa, in quanto non avrebbe determinato in modo chiaro i criteri di scelta per la ricollocazione dei richiedenti. In particolare, il modo in cui le autorità degli Stati membri beneficiari sono chiamate a decidere sul trasferimento dei richiedenti verso uno Stato membro di ricollocazione «avrebbe come effetto l'estrema difficoltà per tali richiedenti sapere *a priori* se essi faranno parte delle persone ricollocate e, in caso affermativo, in quale Stato membro saranno ricollocati» (§ 313).

In relazione a questo profilo, la Corte ha mostrato che il Consiglio non ha violato i principi di certezza del diritto e di chiarezza normativa, precisando, ai considerando 23, 24, 35, 36 e 40 della decisione in questione, i rapporti reciproci tra le disposizioni di tale atto e quelle di atti legislativi adottati nell'ambito della politica comune dell'Unione in materia di asilo.

Va aggiunto che la decisione prevede modalità specifiche di determinazione dello Stato membro di ricollocazione, legate all'interesse superiore del minore e ai legami familiari, analogamente a quanto previsto dal regolamento *Dublino III*.

Inoltre, la Corte ha fatto presente che il considerando 34 della decisione in questione prefigura un insieme di elementi che sono volti, in particolare, a che i richiedenti asilo vengano ricollocati in uno Stato membro verso il quale essi intrattengono legami familiari, culturali o sociali e di cui occorre tener in considerazione al momento della designazione dello Stato di seconda accoglienza, e ciò al fine di promuovere l'integrazione dei richiedenti in seno a tale Stato.

La decisione impugnata, pertanto, non può essere ritenuta arbitraria rispetto al sistema oggettivo dettato dal regolamento *Dublino III*. Al contrario, infatti, questi due sistemi sono entrambi fondati su valutazioni oggettive, e non sull'indicazione di una preferenza da parte del richiedente asilo.

Specificatamente, la Corte ha rammentato che la regola della competenza dello Stato membro di prima accoglienza, disposta dall'art. 13, par. 1, del regolamento *Dublino III*, che è l'unica regola di determinazione dello Stato membro competente dettata da tale regolamento alla quale la decisione impugnata deroga, non si ricollega alla scelta del richiedente per un determinato Stato membro ospitante e non mira specificamente a garantire che sussista un legame linguistico, culturale o sociale tra tale richiedente e lo Stato membro competente.

Del resto, come si evince dal considerando 35 della decisione in questione, l'impossibilità per i richiedenti asilo di scegliere lo Stato membro di ricollocazione è controbilanciato dal diritto di azionare un ricorso effettivo contro la decisione di ricollocazione ai fini del rispetto dei loro diritti fondamentali; per questo motivo, il richiedente asilo viene informato della decisione di ricollocazione prima della ricollocazione effettiva.

9. – La pronuncia della Corte ha sconfessato gli argomenti delle ricorrenti sia sotto i profili del merito, che sotto quelli di tipo procedurale.

Per evitare il rischio di emettere una sentenza *politicizzata*, la Grande Sezione ha anzitutto utilizzato argomenti procedurali cari alla propria giurisprudenza, come «lo scrutinio limitato all'assenza di valutazioni manifestamente inappropriate o irragionevoli, il riferimento alla natura discrezionale delle decisioni assunte, [...]»

piuttosto che puntare [solamente] su elementi più innovativi ma meno gestibili in termini di rapporti con le autorità nazionali, effetto che sarebbe stato probabilmente provocato da una piena valorizzazione del principio di solidarietà sancito dall'art. 80 TFUE» [S. Penasa (2017), *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE Online*; v. anche C. Favilli (2015), *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'«emergenza» immigrazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, pp. 785-788].

Tuttavia, è di chiara evidenza che la sentenza in oggetto si connota di una valenza intrecciata di profili non solo giuridici, bensì anche politici. Invero, la decisione impugnata rappresenta una delle poche espressioni del principio di solidarietà che i Trattati ritengono operante fra gli Stati membri.

Come noto, l'esigenza di solidarietà veniva evocata ripetutamente già nel Trattato di Roma e ne costituisce una caratteristica del tutto centrale; «essa si impone, leggendo il Trattato, fra gli orientamenti forti del progetto di integrazione europea e si rivolge già nel 1957 sia agli Stati membri sia ai singoli» [S. Labayle (2017), *Les valeurs de l'Union, Aix-en-Provence*, pp. 117-118].

Benché sia sorprendentemente assente dal novero dei valori fondamentali dell'Unione di cui all'art. 2 TUE, la solidarietà è, attualmente, menzionata nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea quale parte dei «valori indivisibili e universali» sui quali l'Unione è fondata, nonché in altre disposizioni della versione consolidata di Lisbona; per citarne una, l'articolo 3, par. 3, TUE, precisa che l'Unione promuove non solo «la solidarietà tra le generazioni», ma anche «la solidarietà tra gli Stati membri» (ancora, v. *la clausola di solidarietà* di cui all'art. 222 TFUE, inserita proprio dal Trattato di Lisbona).

In questo senso l'Avvocato generale Bot, nelle sue conclusioni, ha insistito nell'affermare che la solidarietà costituisce uno dei principi alla base della costruzione europea, ritenendo, fin dai primi punti, che i presenti ricorsi offrissero l'occasione per ricordare che «la solidarietà costituisce al contempo la ragion d'essere e la finalità del progetto europeo» [§ 17; così anche B. Favreau (2010), *La Charte des droits fondamentaux: pourquoi et comment?*, in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, pp. 3-38].

Fin dalla sua codificazione nei Trattati, tuttavia, il concetto di solidarietà ha sollevato un conflitto interpretativo, insito nella natura stessa del valore, che la pone a cavallo tra l'obbligo giuridico e l'obbligo morale. A tal proposito, i Trattati non aiutano a individuarne la natura giuridica, poiché la nozione di solidarietà non è definita in nessun punto nei Trattati [sul principio di solidarietà in generale, v. C. Boutayeb (2011), *La solidarité dans l'Union européenne – Éléments constitutionnels et matériels*, Parigi].

A ragion veduta, parte della dottrina osserva che «i Trattati le attribuiscono una portata variabile in funzione del contesto – ora oggettivo o parametro per l'azione dell'Unione, ora valore di base, ora criterio degli obblighi che gli Stati membri hanno sottoscritto aderendo all'Unione. Il denominatore comune che lega le diverse espressioni della solidarietà nell'ambito dell'Unione consiste nel riconoscimento dell'esistenza di un "interesse comune", separato e separabile dalla somma degli interessi individuali» [R. Bieber, F. Maiani (2012), *Sans solidarité point d'Union européenne, Regards croisés sur les crises de l'Union économique et monétaire et du Système européen commun d'asile*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, Parigi, p. 295].

Con specifico riferimento alle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione, i quali costituiscono l'oggetto del titolo V del capo 2 del TFUE, dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è innegabile che la solidarietà costituisca un principio guida dell'azione dell'Unione [ex multis, v. *Searching for Solidarity in EU Asylum and Border Policies, a collection of short papers following the Odysseus Network's First Annual Policy Conference*, 26-27 febbraio 2016, Université libre de Bruxelles; E. Küçük (2016), *The principle of solidarity and fairness in sharing responsibility*:

*more than window dressing?*, in *European Law Journal*, Londra, pp. 448-469; J. Bast (2016), *Deepening supranational integration: interstate solidarity in EU migration law*, in *European Public Law*, n. 22, Issue 2, Alphen aan den Rijn, pp. 289-304; G. Morgese (2014), *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. Caggiano (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione*, Torino, p. 366 ss].

Lo attesta, da una parte, l'art. 67, par. 2, TFUE, secondo il quale l'Unione «sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi»; dall'altra, l'art. 80 TFUE, ai sensi del quale «le politiche dell'Unione [di questo capo] e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù [di tale] capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio».

D'altronde, anche sul piano internazionale, il principio di solidarietà si configura, allo stesso modo, come un valore fondamentale della politica d'asilo. Il quarto considerando del preambolo della convenzione sullo *status* dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951 (cd. *Convenzione di Ginevra*) stabilisce che «dalla concessione del diritto d'asilo possono risultare oneri eccezionalmente gravi per determinati Paesi e che una soluzione soddisfacente dei problemi di cui l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha riconosciuto l'importanza e il carattere internazionali non può essere conseguita senza solidarietà internazionale».

Con riferimento alla fattispecie, come riportava correttamente l'Ag, «a fronte della disparità di fatto esistente fra gli Stati membri data la loro situazione geografica e la loro vulnerabilità nei confronti di flussi migratori massicci, l'adozione di misure sul fondamento dell'art. 78, par. 3, TFUE, e la loro applicazione effettiva sono ancor più imperative» (§ 22).

La portata innovativa della decisione impugnata, e della conseguente sentenza a protezione della solidarietà, risiede, pertanto, nell'aver (ri)affermato che la solidarietà fra gli Stati membri ha un contenuto concreto e un carattere vincolante e che il meccanismo di distribuzione dei richiedenti asilo, basato su quote di ricollocazione proporzionali, riveste carattere obbligatorio, consentendo al principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri sancito all'articolo 80 TFUE di non restare *lettera morta*.

La suddetta caratteristica, essenziale e innovativa quantomeno con riferimento alla prassi, svela la natura politicamente sensibile delle cause in questione; infatti, tanto la decisione del Consiglio quanto la sentenza della Corte sono volte a contrastare la posizione assunta da parte di alcuni Stati membri a favore di una solidarietà assunta liberamente e fondata unicamente su impegni volontari.

Del resto, si spiegherebbe così l'assenza del principio di solidarietà dai valori fondanti dell'Unione elencati all'art. 2 TUE. Tale *lacuna legis* costituisce certamente una lacuna ideologica e non una lacuna tecnica. Invero, altrimenti, comportamenti in violazione del principio di solidarietà avrebbero permesso l'attivazione della cd. *clausola di sospensione* e della relativa procedura ai sensi dell'art. 7 TUE, certamente più gravosa di quella di cui agli artt. 258-260 TFUE.

In questo modo, l'Unione ha dimostrato di disporre degli strumenti necessari.

Resta da verificare se essa sarà in grado di metterli anche in atto. La decisione, infatti, ancora oggi, trova solo parziale applicazione, con un numero di richiedenti ricollocati nettamente inferiore a quanto prestabilito. Solo Finlandia e Malta hanno, fin dall'inizio, ottemperato agli obblighi di ricollocazione come stabiliti dalla decisione. La questione si presenta ancor più paradossale se si realizza che la mancata ricollocazione si manifesta *per facta concludentia*, da parte di Stati membri che hanno votato a favore dell'adozione di tale decisione in seno al Consiglio [sull'approccio di Polonia, Slovacchia e Ungheria, v. B. Nagy (2017), *Sharing the Responsibility or Shifting the Focus? The Responses of the EU and the Visegrad Countries to the Post-2015 Arrival of Migrants and*

*Refugees*, Central European University, Working Paper n. 17, Budapest; sul *Gruppo di Visegrad (V4)*, v. A. Circolo (2017), *La sospensione dei diritti degli Stati membri alla luce di violazioni gravi dei valori UE*, in *Gazzetta Forense*, lug-ago, Napoli, pp. 768-769].

Il caso in oggetto può costituire un *turning point* in tal senso. Se è vero che la Corte ha mantenuto un atteggiamento maggiormente *politically correct* rispetto a quello assunto dall'Avvocato generale Bot, è altrettanto vero che anche essa, seppur in filigrana, ha ricollegato l'inefficacia delle misure di ricollocazione all'atteggiamento passivo di alcuni Stati membri ed ha rilevato che «Inoltre, risulta che il numero poco elevato di ricollocazioni effettuate a tutt'oggi in applicazione della decisione impugnata può spiegarsi con un insieme di elementi che il Consiglio non poteva prevedere al momento dell'adozione di quest'ultima, tra cui, in particolare, la mancanza di cooperazione di alcuni Stati membri» (§ 223).

La sentenza potrebbe assumere cioè la veste di *starting point* per l'attivazione del meccanismo che i Trattati destinano a protezione degli obblighi derivanti dall'*acquis unionale*, ovvero la procedura d'infrazione.

Del resto, già in passato, l'allora Corte della Comunità europea invitava a censurare comportamenti di questo genere: «nel consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l'obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto [dell'Unione] e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini (...); questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli Stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico [dell'Unione]» (Corte giust. 7 febbraio 1973, *Commissione c. Italia*, causa 39/72, § 24-25; v. anche Corte giust. 7 febbraio 1979, *Commissione c. Regno Unito*, causa 128/78, § 12).

Come è rilevabile dalle parti in causa delle suddette sentenze, spetterà alla Commissione, anche questa volta, azionare eventuali ricorsi per inadempimento, in virtù della veste di *guardiana dei Trattati* affidatale dall'art. 17 TUE.

## Dati personali: un cantiere aperto e in continua evoluzione

*di Angela Corra*

**Title:** Personal data: in continuous evolution

**Keywords:** Personal data; professional examination; right to access and rectification.

1. – Con la sentenza del 20 dicembre 2017 la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla questione se le risposte fornite da un candidato durante una prova d'esame redatta a mano, incluse le eventuali correzioni degli esaminatori, integrino la nozione di «dati personali» ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU 1995, L 281, p. 31).

2. – La vicenda da cui origina la domanda di pronuncia pregiudiziale concerne la controversia tra il sig. Peter Nowak e il Data Protection Commissioner (nella specie il garante irlandese per la protezione dei dati personali), in merito al rifiuto di quest'ultimo di consentire al primo l'accesso alla copia della propria prova d'esame conclusasi con esito sfavorevole, in ragione del fatto che le informazioni ivi contenute non costituiscono dati personali.

Se la decisione dell'Autorità irlandese per la protezione dei dati personali aveva trovato accoglimento nelle successive pronunce, rispettivamente del Tribunale circondariale irlandese (Circuit Curt), dell'Alta Corte (Hight Curt) e della Corte di Appello (Cort of Appeal), la questione sollevata dal Sig. Nowak suscitava, tuttavia, dubbi da parte della Suprema Corte irlandese in ordine alla nozione di «dati personali» rilevante ai fini della menzionata normativa europea, determinando la formulazione di due distinte, ma connesse, questioni interpretative.

Il giudice del rinvio chiede, pertanto, *in primis*, se l'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46 debba essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, le risposte scritte fornite da un candidato durante un esame professionale e le eventuali annotazioni dell'esaminatore ad esse relative costituiscano dati personali, ai sensi di tale disposizione. *In secundis*, nel caso in cui la risposta al primo quesito dovesse essere affermativa, quali siano i fattori pertinenti nel determinare, nei singoli casi, se la prova d'esame costituisca dati personali e quale peso debba essere conferito a tali fattori.

3. – Preliminarmente all'esame della specifica vicenda, preme sottolineare che il tema della tutela dei dati personali ha assunto nell'Unione europea una portata strategica. Le

nuove estensioni della raccolta e del trattamento delle informazioni personali e la pervasività del controllo sulle persone, operato da parte di soggetti pubblici e privati, hanno progressivamente provocato la moltiplicazione della richiesta di tutela e la consapevolezza dell'impossibilità di circoscrivere le relative problematiche nel quadro giuridico tradizionale.

Invero, in un contesto caratterizzato da un inarrestabile dinamismo e da un'incessante mutevolezza, si è determinato ciò che è stato considerato come un vero e proprio allungamento della categoria dei diritti in uno spazio i cui confini si disperdono sfumando sempre più in un "villaggio globale" (N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990; S. RODOTÀ, *Apologia dei diritti*, consultabile su <http://it.scribd.com/doc/53206551/Apologia-dei-diritti-Stefano-Rodota-I-diritti-dell-uomo-oggi-Norberto-Bobbio>). Le difficoltà della progettazione politica e le lungaggini dei processi normativi, hanno fatto sì che l'esperienza giuridica non rimanesse immune da queste nuove tensioni.

Un ruolo chiave nel superamento del disorientamento giuridico che ne è derivato ha assunto la ricca giurisprudenza della Corte di Giustizia degli ultimi anni. Il riferimento è, in particolare, alle oltre dieci sentenze susseguitesì nel corso di un biennio che hanno contribuito a disegnare un quadro uniforme della disciplina in materia di protezione dei dati personali (sentenza del 13 maggio 2014, *Google Spain, Google Inc. e Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, (causa C-131/12); sentenza del 17 luglio 2014, cause riunite C-141/12 e C-372/12, *Y.S. e a.*; sentenza del 2 ottobre 2014, causa C-127/13 *P, Strack/Commissione*; sentenza dell'11 dicembre 2014, causa C-212/13, *Ryneš*; sentenza del 16 aprile 2015, cause riunite da C-446/12 a C-449/12, *Willelms e a.*; sentenza del 16 luglio 2015, causa C-615/13 *P, ClientEarth e PAN Europe/EFSA*; sentenza del 16 luglio 2015, causa C-580/13, *Coty Germany*; sentenza del 1° ottobre 2015, causa C-201/14, *Bara e a.*; sentenza del 1° ottobre 2015, causa C-230/14, *Weltimmo*; sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*, cui si aggiunge per rilevanza, sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*) e a riformulare le stesse categorie tradizionali (dignità della persona, autodeterminazione individuale, diritto alla salute) messe in discussione dalle nuove sfide della realtà sociale.

Sul versante legislativo, quel dinamismo si è ben presto tradotto in una impellente esigenza di norme giuridiche chiare e coerenti, condivise ed efficaci (C. Casonato, *Bioetica e pluralismo nello Stato Costituzionale*, consultabile in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)). Così, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha dedicato alla protezione dei dati personali, considerata oggetto di un diritto fondamentale, gli articoli 7 e 8. Ma già dagli anni '90, la materia è stata oggetto di un'ampia regolamentazione secondaria da parte dell'Unione: oltre alla citata direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati, la direttiva 2002/58/CE sull'e-privacy, modificata nel 2009; la direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati (dichiarata invalida dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con decisione dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, in quanto, data l'estrema diffusione dei mezzi di comunicazione elettronica, provocava gravi interferenze con i diritti fondamentali della quasi totalità della popolazione europea); il regolamento (CE) n. 45/2001 sul trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari; nonché, nell'ambito dell'ex terzo pilastro, la decisione quadro del Consiglio del novembre 2008 sulla protezione dei dati personali trattati nel settore della polizia e della giustizia penale.

Il processo di consolidamento della protezione dei dati personali è, poi, stato interessato, a partire dal 2012, dalla intensa attività della Commissione che ha avviato un nuovo percorso di riforme legislative, tendenti al rafforzamento del controllo delle persone sui propri dati a fronte dell'invadenza degli strumenti tecnologici di comunicazione e del fenomeno della "globalizzazione", e che ha condotto all'adozione di un regolamento e di una direttiva destinati ad entrare in vigore nell'ormai prossimo mese di maggio 2018: il regolamento generale sulla protezione dei dati personali n.

2016/679 del 27 aprile 2016 che abroga la direttiva 95/46/CE (UE); la direttiva (UE) 2016/680 del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

4. – Ripercorso brevemente il contesto normativo nel quale si inserisce la sentenza in epigrafe, va osservato che con essa la Corte di giustizia, condividendo nella sostanza le conclusioni già formulate dall'avvocato generale Juliane Kokott il 20 luglio 2017, ha affermato il principio di diritto, in forza del quale l'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46/CE deve essere interpretato nel senso che le risposte scritte fornite da un candidato durante un esame professionale e le eventuali annotazioni dell'esaminatore relative a tali risposte costituiscono dati personali, ai sensi di tale disposizione.

La soluzione alle questioni pregiudiziali proposte passa attraverso un puntuale esame della disciplina vigente, ma tiene espressamente conto anche della imminente entrata in vigore del nuovo regolamento. Sul punto, infatti, la Corte evidenzia che, sebbene la direttiva sulla protezione dei dati sarà presto sostituita dal regolamento generale sulla protezione dei dati, la nozione di dati personali non ne risulterà modificata. Pertanto, la soluzione alla domanda di pronuncia pregiudiziale *de qua* sarà rilevante anche per la futura applicazione del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati.

A tale proposito, con specifico riferimento alla prima questione proposta, i giudici ricordano che l'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46 definisce i dati personali come «qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile». Ai sensi della medesima disposizione, «si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale».

Ebbene, alla luce della previsione normativa esposta è pacifico, secondo la Corte, che un candidato a un esame professionale sia una persona fisica che possa essere identificata, direttamente, mediante il suo nome, o indirettamente, mediante un numero d'identificazione, rispettivamente apposti sulla prova d'esame o sulla pagina di copertina della prova; a nulla rilevando, diversamente da quanto sembrerebbe affermare il garante per la protezione dei dati personali irlandese, la circostanza se l'esaminatore possa o meno identificare il candidato al momento della correzione e della valutazione della prova di esame. Infatti, affinché un dato possa essere qualificato come «dato personale», non è necessario che tutte le informazioni che consentono di identificare il soggetto interessato siano in possesso di una sola persona (come chiarito nella sentenza del 19 ottobre 2016, *Breyer*, C-582/14, EU:C:2016:779, punto 43).

Del resto, anche considerando l'ipotesi in cui l'esaminatore non conosca l'identità del candidato al momento della valutazione dell'elaborato prodotto nel corso di una prova, l'ente che ha organizzato l'esame dispone di tutte le informazioni necessarie per identificare in ogni momento, senza difficoltà o dubbi tale candidato mediante il suo numero di identificazione, apposto sulla prova d'esame o sulla pagina di copertina di tale prova e, quindi, di attribuirgli le sue risposte.

Nel verificare se le risposte scritte fornite dal candidato durante un esame professionale e le relative annotazioni dell'esaminatore costituiscano informazioni concernenti tale candidato, ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46, la Corte, conformandosi all'orientamento della sua giurisprudenza, rileva che l'ambito di applicazione della direttiva 95/46 è molto ampio e che i dati personali a cui si riferisce sono vari (sentenza del 7 maggio 2009, *Rijkeboer*, C-553/07, EU:C:2009:293, punto 59 e giurisprudenza ivi citata).

Infatti, l'uso dell'espressione «qualsiasi informazione» nell'ambito della definizione della nozione di «dati personali», di cui al ricordato articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46, riflette l'obiettivo del legislatore dell'Unione di attribuire un'accezione ampia a tale nozione (sentenza del 6 novembre 2003, C-101/2001, *Lindqvist*), che non è limitata alle informazioni sensibili o di ordine privato, ma che è potenzialmente idonea a ricomprendere qualsiasi tipo di informazioni, tanto oggettive quanto soggettive, sotto forma di pareri o di valutazioni, purché esse siano «concernenti» la persona interessata.

Tale ultima condizione è soddisfatta qualora, in ragione del suo contenuto, della sua finalità o del suo effetto, l'informazione sia connessa a una determinata persona. Per stabilire se i dati «concernono» una persona, in altre parole, dovrebbe ricorrere un elemento di «contenuto», un elemento di «finalità» oppure un elemento di «risultato» (come evidenziato nel già citato *Parere di ARTICOLO 29*). Orbene, coerentemente con tale ultimo assunto, accogliendo le istanze formulate dal sig. Nowak, la Corte di giustizia, ha considerato che tali risposte costituiscono informazioni integranti dati personali, in quanto connesse alla sua persona. Nello specifico, la Corte ha ritenuto che il contenuto delle risposte scritte fornite da un candidato a un esame professionale rispecchia il suo livello di conoscenza e di competenza in un dato settore, nonché i suoi processi di riflessione, il suo giudizio e il suo spirito critico; che la raccolta di tali risposte è finalizzata a valutare le capacità professionali del candidato e la sua idoneità a esercitare un dato mestiere; che, infine, l'uso di tali informazioni, che si traduce, segnatamente, nel successo o nel fallimento del candidato all'esame di cui trattasi, può avere un effetto sui diritti e interessi dello stesso, in quanto può determinare o influenzare le sue possibilità di accedere alla professione o all'impiego desiderati.

La constatazione che le risposte scritte fornite da un candidato a un esame professionale costituiscano informazioni concernenti tale candidato, in ragione del loro contenuto, della loro finalità e del loro effetto vale, peraltro, anche quando si tratti, come nella fattispecie, di un «open book exam», cioè di un esame con libera consultazione di materiale. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale, qualsiasi esame è diretto a verificare e a stabilire le prestazioni individuali di una specifica persona, segnatamente del candidato, e non, diversamente, ad esempio, da un sondaggio rappresentativo, ad ottenere informazioni non associabili a tale persona.

Il ragionamento della Corte in ordine all'ampia nozione di dati personali, comprensiva di qualsivoglia informazione sulla vita privata e familiare in senso stretto, ma anche sulle attività di qualunque tipo, come sui rapporti di lavoro o sul comportamento economico e sociale di una persona, sembra condivisibile, oltre che in linea con le finalità perseguite dalla disciplina in esame, indicate dall'articolo 1 della direttiva 95/46/CE, ovvero proteggere i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali. Da un lato, infatti, è necessario considerare che il concetto stesso di vita privata e vita familiare è ampio, come ha chiaramente statuito la Corte europea dei diritti umani (*causa Amann/Svizzera* del 16.2.2000, §65: "[...] il termine "vita privata" non va interpretato in modo restrittivo. In particolare, il rispetto della vita privata comprende il diritto a stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani; inoltre, non vi è alcuna ragione di principio per giustificare l'esclusione di attività di natura professionale o imprenditoriale dalla nozione di "vita privata"; sentenza *Niemietz/Germania* del 16 dicembre 1992, serie A n. 251-B, pagg. 33-34, § 29, e la sentenza *Halford*, pagg. 1015-16, § 42). Dall'altro lato, le norme sulla protezione dei dati personali vanno oltre la protezione dell'ampio concetto del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Basti pensare che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce la protezione dei dati personali all'articolo 8, quale diritto autonomo, separato e differente dal rispetto della vita privata di cui all'articolo 7, e che lo stesso avviene a livello nazionale in alcuni Stati membri.

Di conseguenza, la direttiva fa specifico riferimento al trattamento dei dati personali al di là dei contesti domestici e familiari, come quello previsto dal diritto del

lavoro (articolo 8, paragrafo 2, lettera b)), in cui la vicenda in esame potrebbe avere riflessi, per le condanne penali, le sanzioni amministrative o i procedimenti civili (articolo 8, paragrafo 5), oppure per l'invio di materiale pubblicitario (articolo 14, lettera b).

I giudici, del resto, sembrano ben consapevoli che il dichiarato scopo della direttiva vada tenuto presente nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme in esame, proprio in considerazione della portata sostanziale che esso assume nel determinare le modalità applicative della disciplina ad una serie di situazioni in cui i diritti degli individui non sarebbero, in realtà, a rischio e, al contempo, nel mettere in guardia da interpretazioni che lascerebbero sprovviste di un'adeguata tutela circostanze che, come quella in esame, invece, la meriterebbero.

Per le ragioni suesposte, la decisione dell'autorità garante irlandese di negare al Sig. Nowak l'accesso alla propria prova d'esame configura un'indebita restrizione dell'interpretazione della definizione di dati personali, che non tiene conto della flessibilità suggerita dal legislatore europeo nell'applicazione delle norme ai dati.

Al riguardo, va notato che le autorità nazionali per la protezione dei dati personali sono chiamate a svolgere, nel quadro della loro missione di controllo dell'applicazione delle norme sulla protezione dei dati, un ruolo essenziale, interpretando le disposizioni giuridiche e fornendo un orientamento concreto ai responsabili del trattamento dei dati e alle persone interessate. Esse dovrebbero proprio nella prassi applicativa prediligere una definizione sufficientemente ampia da anticipare le evoluzioni e cogliere tutte le "zone d'ombra", facendo un uso legittimo della flessibilità offerta dalla direttiva. A ben vedere, infatti, il testo della direttiva invita allo sviluppo di una politica in grado di coniugare un'interpretazione estesa della nozione di dati personali con un adeguato equilibrio nell'applicazione delle norme della medesima disciplina.

5. – Per quanto riguarda l'altra questione posta all'attenzione della Corte, segnatamente relativa alle annotazioni dell'esaminatore sulla prova d'esame, i giudici affermano che anch'esse costituiscono, al pari delle risposte fornite, informazioni concernenti tale candidato. Infatti, ripercorrendo il medesimo ragionamento condotto con riferimento a queste ultime, anche con riguardo alle annotazioni, è agevole ritenere che il contenuto delle stesse riflette l'opinione o la valutazione dell'esaminatore sulle prestazioni individuali del candidato durante l'esame e, in particolare, sulle sue conoscenze e competenze nel settore di cui trattasi; che esse hanno lo scopo di documentare la valutazione fatta dall'esaminatore delle prestazioni del candidato e che possono produrre effetti per quest'ultimo, decretandone un successo od un fallimento. Né tale ultima constatazione sembrerebbe essere contraddetta dal fatto che tali annotazioni costituiscano anche informazioni concernenti l'esaminatore. È assolutamente pacifico, infatti, che la medesima informazione possa riguardare più persone fisiche e costituire per le stesse, a condizione che tali persone siano identificate o identificabili, un dato personale ai sensi dell'articolo 2, lettera a) della direttiva 95/46.

Sul punto la Corte evidenzia che, peraltro, la qualificazione come dati personali delle risposte scritte fornite da un candidato durante un esame professionale e delle eventuali annotazioni dell'esaminatore ad esse relative non può essere influenzata, contrariamente a quanto avrebbero voluto il garante per la protezione dei dati personali e il governo irlandese, dalla circostanza che tale qualificazione conferisca, in linea di principio, a tale candidato i diritti di accesso e di rettifica, riconosciuti dall'articolo 12, lettere a) e b), della direttiva 95/46.

A tale proposito, i giudici rammentano che, in base al considerando 25 della direttiva 95/46, dalla qualificazione di una informazione come dato personale discende l'applicabilità dei principi di tutela previsti da quest'ultima e che si esprimono, da un lato, in un complesso di obblighi gravanti sui soggetti responsabili del trattamento dei dati (*id est*, obblighi relativi in particolare alla qualità dei dati, alla sicurezza tecnica, alla

notificazione all'autorità di controllo, alle circostanze in cui il trattamento può essere effettuato) e, dall'altro lato, nel diritto delle persone, i cui dati sono oggetto di trattamento, di esserne informate, di poter accedere ai dati e di poterne chiedere la rettifica o di opporsi al trattamento in talune circostanze.

Pertanto, escludere dalla qualificazione di «dati personali» le informazioni concernenti un candidato, contenute nelle risposte da lui fornite durante un esame professionale e nelle annotazioni dall'esaminatore ad esse riferite, equivarrebbe a sottrarre interamente tali informazioni al rispetto dei principi e delle garanzie in materia di tutela dei dati personali (segnatamente, dei principi relativi alla qualità di tali dati e alla legittimità del loro trattamento, di cui agli articoli 6 e 7; nonché dei diritti di accesso, di rettifica e di opposizione della persona interessata, come riconosciuti dagli articoli 12 e 14, e del controllo esercitato dall'autorità garante, ai sensi dell'articolo 28 della medesima direttiva).

Invero, conformemente a quanto rilevato nelle proprie conclusioni dall'avvocato generale, in capo al candidato è ravvisabile l'interesse legittimo a potersi opporre a che le informazioni a lui connesse siano trattate, in mancanza di espresso consenso, al di fuori del procedimento di esame e, precisamente, a che siano trasmesse a terzi o pubblicate. Parimenti, l'ente che organizza l'esame, in qualità di responsabile del trattamento dei dati, è tenuto a garantire che le risposte e le relative annotazioni siano conservate in modo da evitare che terzi vi abbiano accesso in modo illecito.

Con specifico riferimento ai diritti di accesso e di rettifica, previsti dall'articolo 12, lettere a) e b), della direttiva 95/46, la Corte ritiene necessario operare un'importante precisazione: se è escluso che il diritto di rettifica possa consentire al candidato di «rettificare», a posteriori, risposte «sbagliate» (non a caso, coerentemente con tale ultimo assunto, l'articolo 6, paragrafo 1, lettera d) della direttiva 95/46, stabilisce che l'esattezza e la completezza dei dati personali devono essere valutate con riguardo alla finalità per la quale tali dati sono stati rilevati), in quanto gli errori, eventualmente contenuti nelle risposte della prova d'esame, non costituiscono un'inesattezza dalla quale discenderebbe il diritto menzionato all'articolo 12, lettera b); non è, viceversa, escluso che si presentino situazioni nelle quali le risposte di un candidato a un esame e le relative annotazioni dell'esaminatore si rivelino inesatte, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 95/46, come nel caso in cui le prove siano state scambiate in modo tale che le risposte di un altro candidato siano state attribuite al candidato interessato o che le annotazioni dell'esaminatore non documentino correttamente la valutazione fatta alle risposte del candidato.

Peraltro, ai sensi dell'articolo 12, lettera b) della direttiva 95/46, in capo al candidato permane il diritto di chiedere al responsabile per il trattamento dei dati che le sue risposte all'esame e le annotazioni dell'esaminatore ad esse riferite, trascorso un certo periodo di tempo, necessario al conseguimento delle finalità per le quali quei dati sono stati rilevati o successivamente trattati, siano cancellate. Pertanto, nel caso di specie, si può ritenere condivisibile la conclusione della Corte per cui la conservazione delle informazioni concernenti il candidato, in una forma tale da consentire la sua identificazione, non risulta più necessaria una volta che il procedimento di esame sia definitivamente concluso e non possa più essere oggetto di ricorso.

Dalla considerazione per cui le risposte scritte fornite dal candidato durante un esame professionale e le eventuali annotazioni dell'esaminatore ad esse relative possono essere assoggettate alla verifica della loro esattezza e della necessità della loro conservazione e possono essere oggetto di rettifica o di cancellazione, i giudici fanno coerentemente discendere il riconoscimento in capo allo stesso candidato del diritto di accesso a tali risposte e a tali annotazioni, ai sensi dell'articolo 12, lettera a) della direttiva. Tale riconoscimento appare conforme alle richiamate finalità perseguite dalla normativa europea e consistenti nel garantire la tutela del diritto alla vita privata di tale candidato rispetto al trattamento dei dati che lo riguardano (v., a contrario, sentenza del 17 luglio 2014, YS e a., C-141/12 e C-372/12, EU:C:2014:2081, punti 45 e 46).

In tale contesto, la Corte rammenta che la tutela del diritto fondamentale al rispetto della vita privata impone che qualsiasi persona fisica possa assicurarsi che i dati personali che la riguardano siano esatti e che siano trattati in maniera lecita. Come emerge dal considerando 41 della direttiva 95/46, il diritto di accesso è necessario proprio per consentire alla persona interessata di ottenere, eventualmente, da parte del responsabile del trattamento la rettifica, la cancellazione o il congelamento di tali dati e, di conseguenza, di esercitare il diritto previsto all'articolo 12, lettera b) (sentenza del 17 luglio 2014, YS e a., C-141/12 e C-372/12, EU:C:2014:2081, punto 44 e giurisprudenza ivi citata).

Una limitazione di siffatti diritti sarebbe, del resto, concepibile solo nelle ipotesi espressamente previste dal legislatore. Al riguardo, nell'affermare il carattere di eccezionalità delle relative previsioni, i giudici ricordano che, tanto la direttiva 95/46 quanto il regolamento 2016/679, che la sostituisce, riconoscono la possibilità per gli Stati membri di adottare disposizioni legislative limitative dei diritti ivi previsti, a condizione che tale limitazione costituisca una misura necessaria alla salvaguardia dei diritti e delle libertà altrui o a tutela di «altri importanti obiettivi di interesse pubblico generale dell'Unione o di uno Stato membro».

6. – Il nuovo intervento della Corte di Giustizia, chiamata ancora una volta a pronunciarsi in ordine alla definizione di dati personali, assume, dunque, un rilievo fondamentale se si considera che le informazioni sulle prassi attualmente in uso negli Stati membri dell'UE testimoniano incertezze e diversità da uno Stato all'altro; differenze che, spesso, hanno ripercussioni sul corretto funzionamento della disciplina sulla protezione dei dati.

È opportuno ribadire che, dall'iter motivazionale seguito dalla Corte di giustizia nella fattispecie *de qua* e nei precedenti giurisprudenziali richiamati, si evince che il legislatore europeo ha inteso adottare un concetto ampio di dati personali, seppure non illimitato. Infatti, la direttiva ha definito il proprio campo di applicazione escludendo una serie di attività, ma al contempo ammettendo una certa flessibilità nell'applicazione delle sue disposizioni.

Ma, soprattutto, va ribadito l'importante ruolo svolto dalla Corte di giustizia che, consapevole della necessità di condurre un'analisi approfondita del concetto di dati personali, ha esercitato spesso anche un ruolo politico anticipatorio rispetto alle scelte del legislatore europeo (la tendenza della CGUE ad anticipare anche il contenuto del nuovo regolamento in materia di protezione dei dati personali, è stata sottolineata da O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. Inf.* 2014, p. 569 ss.; G. Sartor - M. Viola de Azevedo Cunha, *Il caso Google e i rapporti regolatori Usa/EU*, in *Dir. Inf.* 2014, p. 657 ss. e A. Mantelero, *Il futuro regolamento EU sui dati personali e la valenza 'politica' del caso Google: ricordare e dimenticare nella digital economy*, in *Dir. Inf.* 2014, p. 681 ss.; P. Piroddi, *Questioni internazionalprivatistiche sui motori di ricerca*, in *Dir. Inf.* 2014, p. 623 ss.). Così, muovendo dall'ampia definizione di dato personale, i giudici europei hanno costruito il diritto alla protezione dei dati personali come il diritto di un soggetto di controllare l'insieme delle informazioni che al medesimo si riferiscono e che costituiscono il suo riflesso e delineano lo stesso suo essere nella società dell'informazione (Cfr. G. Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*).

Pertanto, l'esito della complessa attività interpretativa sinora compiuta dalla giurisprudenza europea su un elemento cruciale per l'applicazione delle norme sulla protezione dei dati – la definizione di dati personali – ha avuto ed ancora è destinato ad avere *pro futuro* un forte impatto soprattutto su questioni di primaria importanza. Basti pensare alla gestione dell'identità nel quadro dell'e-Government e dell'e-Health e della tecnologia RFID, a partire dalla quale si aprono le nuove prospettive di riforma in un

quadro normativo già segnato da grande complessità, sia sul versante della tutela della privacy riguardo alle violazioni o comunque delle intrusioni commesse dai privati coi fini più vari, per il tramite dell'autorità pubblica, sia sul versante della tutela apprestata nei confronti della stessa autorità pubblica.

## La pronuncia di una Corte costituzionale non può incidere sull'obbligo dei giudici di ultima istanza di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia

*di Sofia Felicioni*

**Title:** A judgment of a Constitutional Court can not affect the duty of a national court of last instance to refer a question for a preliminary ruling to the Court of Justice

**Keywords:** Actions for annulment; principle of solidarity; relocation.

1. – Il 20 dicembre 2017 la Prima Sezione della Corte di Giustizia ha definito con sentenza la causa C-322/16, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale con la quale il Consiglio di Stato (Italia) ha prospettato all'attenzione del giudice europeo due distinte questioni. In particolare, con la prima questione è stato chiesto alla Corte se l'articolo 267, paragrafo 3, del TFUE possa essere interpretato nel senso di escludere la sussistenza, in capo a un organo giurisdizionale di vertice di uno Stato membro, dell'obbligo di sottoporre alla Corte stessa una questione di interpretazione tramite rinvio pregiudiziale, nel caso in cui, nel corso del medesimo giudizio *a quo*, la Corte costituzionale di quello Stato abbia valutato la legittimità della disciplina nazionale contestata utilizzando un parametro interno sostanzialmente coincidente con le norme di diritto dell'Unione che andrebbero a costituire l'oggetto della questione interpretativa da sottoporre all'attenzione della giurisdizione europea. In via subordinata, nell'eventualità che la questione di interpretazione dell'articolo 267, paragrafo 3, TFUE venisse risolta nel senso di ritenere sussistente l'obbligo di rinvio pregiudiziale, il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire se il principio generale del legittimo affidamento, le disposizioni e i principi sanciti dagli articoli 26 (mercato interno), 49 (diritto di stabilimento), 56 (libertà di prestazione dei servizi) e 63 (libertà di circolazione di capitali) del TFUE, nonché dall'articolo 16 (libertà d'impresa) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ostino all'adozione e all'applicazione di una normativa nazionale che stabilisce, attraverso un atto integrativo della convenzione già in essere, nuovi requisiti e obblighi anche a carico di soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito.

2. – Le questioni pregiudiziali che il giudice amministrativo italiano, con ordinanza n. 2334 del 1° giugno 2016, ha prospettato alla Corte di Giustizia hanno tratto la propria origine dal contenzioso nazionale che ha visto la Global Starnet Ltd contrapporsi al Ministero dell'Economia e delle Finanze e all'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (d'ora in avanti AAMS).

Già concessionaria dell'AAMS per l'attivazione e la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento e intrattenimento, la società Global Starnet Ltd – allora B Plus Giocolegale Ltd – aveva partecipato al programma, istituito dal decreto legge n. 39/2009 all'articolo 12, comma 1, lettera l), di «concreta sperimentazione e [...] avvio a regime di sistemi di gioco costituiti dal controllo remoto attraverso videoterminali in ambienti dedicati», ed, essendo stata autorizzata a installare i videoterminali in questione dietro versamento delle somme stabilite all'articolo 1, comma 1, della relativa legge di conversione (n. 77/2009), aveva acquisito il diritto di proseguire nella concessione senza alcuna soluzione di continuità, ai sensi dell'articolo 21, comma 7, lettera a), del decreto legge n. 6778/2009. Al fine di assicurare che la fase di sperimentazione e avvio a regime di cui al citato articolo 12, comma 1, lettera l), del decreto legge n. 39/2009 giungesse a buon fine, quest'ultima norma aveva, infatti, prospettato due diverse modalità di affidamento in concessione della rete per la gestione telematica del gioco lecito: la prima, indirizzata alle società già concessionarie al tempo dell'entrata in vigore della normativa *de qua*, subordinava il riconoscimento del diritto alla prosecuzione della concessione alla proposizione di una tempestiva richiesta di affidamento e alla intervenuta autorizzazione a installare i detti videoterminali; la seconda, finalizzata a consentire l'affidamento a ulteriori operatori di gioco, prevedeva che i medesimi venissero sottoposti a una selezione operata sulla base dei requisiti definiti dall'amministrazione competente.

Senonché, la successiva legge di stabilità per il 2011 – vale a dire la n. 220/2010 – ha introdotto delle nuove prescrizioni in merito ai rapporti concessori, sia costituiti che costituendi, andando, così, ad aggravare le condizioni che la Global Starnet Ltd avrebbe dovuto rispettare per poter beneficiare delle concessioni per l'organizzazione e la gestione telematica dei giochi pubblici. E proprio sulla scorta delle statuizioni di cui alla legge n. 220/2010 l'AAMS ha adottato il decreto contenente la determinazione dei requisiti richiesti per l'attività di gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento e intrattenimento, nonché indetto il bando di gara per l'affidamento in concessione della realizzazione e conduzione della relativa rete di gestione.

Avendo il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, adito dall'allora B Plus Giocolegale Ltd per ottenere l'annullamento dei due atti amministrativi in questione, accolto solo in parte i motivi del ricorso promosso dalla società concessionaria, quest'ultima ha impugnato la sentenza di primo grado innanzi al Consiglio di Stato, facendo valere la presunta violazione – avvenuta ad opera della legge n. 220/2010 – degli articoli 3, 41 e 42 della Costituzione italiana, nonché eccependo la lesione – operata dalla medesima legge – dei principi del legittimo affidamento, di parità di trattamento e di quelli, facenti capo all'ordinamento dell'Unione e alla CEDU, che impongono la soppressione di qualsiasi ostacolo alla libera circolazione dei beni e alla libera prestazione dei servizi.

Pur avendo parzialmente accolto il ricorso prospettato, nei termini ora brevemente riportati, dalla Global Starnet Ltd – statuendo che, nel caso di specie, non fosse necessario procedere all'affidamento di una nuova concessione mediante gara e riconoscendo, così, alla società appellante il diritto alla prosecuzione del rapporto senza soluzione di continuità – il Consiglio di Stato ha ritenuto di dover sollevare un incidente di costituzionalità innanzi alla Consulta, sottoponendole la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 79, della legge n. 220/2010, oltre che dei precedenti commi 77 e 78, in quanto da esso richiamati, in relazione al parametro costituito dagli articoli 3, 41, primo comma, e 42, terzo comma, della Costituzione. La Corte costituzionale, definendo la questione con la sentenza n. 56 del 2015, ha escluso che le disposizioni normative contestate contrastino con il parametro di giudizio invocato dal giudice remittente, dichiarando, tra l'altro, che la certezza del diritto e il principio del legittimo affidamento sono valori sì tutelati dalla Costituzione italiana, ma non in termini assoluti e, dunque, inderogabili, risultando, al contrario, ammissibile che

delle posizioni consolidate vengano incise negativamente da interventi normativi giustificati da sopravvenuti obiettivi di interesse pubblico, ferma restando l'insopprimibile necessità che la detta incisione risulti proporzionata agli interessi perseguiti.

Continuando a nutrire dei dubbi in merito alla compatibilità con il diritto dell'Unione della normativa nazionale giudicata non incostituzionale dalla Consulta, il Consiglio di Stato, sollecitato dalla parte ricorrente, ha provveduto nuovamente a sospendere il procedimento principale, sottoponendo all'attenzione della Corte di Giustizia, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, due questioni pregiudiziali.

3. – Con la prima questione, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di Lussemburgo di chiarire la portata interpretativa del medesimo articolo 267, paragrafo 3, del TFUE, domandandole se, dalla lettura della disposizione di cui trattasi, sia legittimo ricavare l'esclusione dell'obbligo – altrimenti sussistente in capo a un organo giurisdizionale di vertice – di rinviare alla Corte stessa una questione di interpretazione del diritto dell'Unione in via pregiudiziale, laddove, nel corso del giudizio nazionale innanzi ad esso pendente, la Corte costituzionale di quello Stato membro abbia avuto l'occasione di valutare la legittimità delle norme interne contestate raffrontandole a un parametro, pure esso di diritto interno, di contenuto sostanzialmente analogo alle pertinenti norme euro-unitarie.

Concordando con le conclusioni presentate sul punto dall'avvocato generale Nils Wahl, la Corte ha ritenuto di dover rispondere negativamente a tale questione, sottolineando quanto l'efficacia di quel sistema di cooperazione tra essa e i giudici nazionali, che è rappresentato dal meccanismo di rinvio pregiudiziale, insieme con il principio del primato del diritto dell'Unione risulterebbero frustrati laddove si ritenesse di poter limitare la libertà di quelli di prospettare alla sua attenzione qualsiasi questione pregiudiziale essi ritengano necessaria. Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, i giudici nazionali godono della più ampia facoltà di invocarla per la soluzione di questioni, vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, che siano sorte nel corso di controversie innanzi ad essi pendenti e sulle quali abbiano la necessità di pronunciarsi (sentenze *Cartesio*, C-210/06, punto 88; *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, punto 41).

In particolare, il fatto che, all'interno del singolo ordinamento, i giudici comuni siano tenuti a sottoporre le disposizioni normative nazionali di sospetta incostituzionalità al sindacato del giudice costituzionale, non li priva della facoltà, né tanto meno li esime dall'obbligo, di richiedere l'intervento del giudice europeo ai sensi dell'articolo 267 TFUE, in quanto, diversamente opinando, si andrebbe a compromettere irrimediabilmente la stessa efficacia del diritto dell'Unione, oltre che a tradire gli intenti perseguiti dal medesimo procedimento di rinvio pregiudiziale (sentenze *Mecanarte*, C-348/89, punti 39, 45 e 46; *Melki e Abdeli*, punto 45; *A*, C-112/13, punto 38; *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, punto 34). È evidente, infatti, che la finalità di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione, alla quale il meccanismo di cui all'articolo 267 TFUE tende, verrebbe quantomeno ostacolata, nel suo raggiungimento, laddove i giudici nazionali non fossero liberi di sottoporre alla Corte di Giustizia le questioni interpretative con le quali dovessero scontrarsi nell'espletamento della funzione che gli è propria, rimanendo vincolati alle valutazioni a proposito formulate da altri organi giurisdizionali. Al fine di evitare che, all'interno dell'Unione e tra gli Stati che la compongono, si producano delle divergenze giurisprudenziali su questioni di diritto euro-unitario è, perciò, fondamentale che tutti i giudici nazionali preservino la piena facoltà – nei casi in cui manchino gli estremi per il configurarsi di un vero e proprio obbligo – di rivolgersi alla Corte di Lussemburgo, specialmente laddove ritengano che le valutazioni operate da un organo giurisdizionale superiore possano

indurli a pronunciare una decisione contraria al diritto Ue (sentenze *Elchinov*, C-173/09, punto 27; *Križan*, C-416/10, punto 68).

Nel caso del Consiglio di Stato italiano, in particolare, l'attivazione del procedimento di cui all'articolo 267 TFUE non si configurerebbe nei termini di una facoltà, bensì in quelli di un obbligo, trattandosi di un giudice di ultima istanza contro le cui decisioni non è possibile esperire alcun ricorso giurisdizionale di diritto interno. Come la medesima Corte ha affermato a partire dal caso *Cilfit*, infatti, al di là delle ipotesi in cui la corretta applicazione del diritto euro-unitario si imponga in modo così evidente da non lasciar spazio ad alcun ragionevole dubbio in merito alla soluzione da assegnare alla questione controversa, il giudice le cui decisioni non siano impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuto ad adempiere il suo obbligo di rinvio tutte le volte in cui si trovi a nutrire dei dubbi in merito alla validità o all'interpretazione del diritto dell'Unione (sentenza *Cilfit e a.*, 283/81, punto 16), a meno che la soluzione ricercata non risulti da una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia formatasi sul punto e sempre che non vengano riscontrati dei profili di identità materiale tra la questione dibattuta ed altri quesiti, sollevati in precedenza in relazione a fattispecie analoghe e già decisi dalla Corte in via pregiudiziale.

Su questo stato dei fatti, peraltro, non può incidere in alcun modo la circostanza per cui, come nel caso di specie, un giudice costituzionale si sia pronunciato dichiarando la compatibilità della normativa interna oggetto di contestazione con la Costituzione, non rilevando a tal fine il fatto che il parametro, prettamente nazionale, utilizzato dalla Corte nel suo giudizio vada sostanzialmente a coincidere con delle norme di diritto Ue. In effetti, nonostante le connessioni che, su diversi livelli, legano gli Stati membri all'Unione siano molto intime, non può disconoscersi l'evidenza della separatezza e della autonomia che caratterizza i rispettivi ordinamenti, il che rende difficilmente configurabile la possibilità che una Corte costituzionale nazionale, attraverso un'opera di interpretazione del diritto interno, possa contribuire a chiarire delle questioni interpretative che involgono il diritto dell'Unione europea.

Per queste ragioni, la Corte di Giustizia ha ritenuto di statuire, in risposta alla prima delle due questioni pregiudiziali prospettate, che l'aver il giudice costituzionale di un dato ordinamento dichiarato una normativa nazionale conforme a Costituzione, utilizzando un parametro interno nella sostanza sovrapponibile alle pertinenti norme euro-unitarie, non produce alcuna incidenza rispetto all'obbligo che, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, i giudici di ultima istanza hanno di prospettare alla Corte stessa una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione.

4. – Attraverso la seconda questione, la Corte di Lussemburgo è stata chiamata a valutare nel merito la compatibilità dell'articolo 1, paragrafo 78, lettera b), punti 4, 8, 9, 17, 23 e 25, della legge n. 220/2010 con il principio generale del legittimo affidamento, nonché con le disposizioni e i principi sanciti dagli articoli 26, 49, 56 e 63 del TFUE e dall'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Le norme nazionali oggetto di censura sono quelle attraverso le quali il legislatore italiano ha assoggettato a ulteriori obblighi non solo i nuovi concessionari, ma pure i titolari delle concessioni già in corso, imponendogli in particolare sei nuove condizioni per l'esercizio della loro attività: il mantenimento, per l'intera durata della concessione, di un certo rapporto di indebitamento (punto n. 4); la sottoposizione ad autorizzazione preventiva da parte dell'AAMS, a pena di decadenza dalla concessione, delle operazioni implicanti mutamenti soggettivi del concessionario, dei trasferimenti di partecipazioni suscettibili di comportare un certo grado di riduzione dell'indice di solidità patrimoniale del concessionario medesimo, nonché degli atti di destinazione del surplus di profitti generato tramite l'esercizio di certe attività a scopi diversi dagli investimenti legati alle attività oggetto di concessione (punti nn. 8, 9, 17); la definizione, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di effettività, di sanzioni, previste a titolo di penali di entità

graduabile in funzione della gravità dell'inadempimento, a fronte della violazione delle clausole della convenzione che siano imputabili al concessionario, anche a titolo di colpa (punto n. 23); l'obbligo, per il concessionario uscente, di proseguire nell'ordinaria amministrazione delle attività oggetto di concessione fino al trasferimento delle stesse al nuovo concessionario (punto n. 25).

Secondo l'opinione della società ricorrente, le disposizioni contestate – dal momento che impongono delle prescrizioni riguardanti l'attività di gestione concreta dell'impresa (punti nn. 4, 17, 25), sottopongono delle operazioni implicanti mutamenti soggettivi dei concessionari e di trasferimento delle partecipazioni ad autorizzazione preventiva dei pubblici poteri, pena la perdita dello *status* di concessionario (punti nn. 8 e 9) e definiscono unilateralmente le sanzioni da infliggere nel caso di inadempimento delle clausole della convenzione accessiva alla concessione (punto n. 23) – si porrebbero in contrasto con la libertà di stabilimento delle imprese negli Stati membri, con il diritto alla libera prestazione dei servizi e con il divieto di restrizioni ai movimenti di capitali tra i Paesi dell'Unione. Per di più, l'applicazione estesa anche ai concessionari già attivi nel mercato dei requisiti introdotti dalla legge n. 220/2010 determinerebbe la vanificazione degli investimenti da questi operati al fine di ottenere la prosecuzione del rapporto ai sensi dell'articolo 21, comma 7, del decreto legge n. 78/2009, imponendogli un sacrificio patrimoniale che ostacolerebbe l'esercizio delle attività da parte dei prestatori di servizi già stabilitisi in Italia e che rappresenterebbe, peraltro, una irragionevole violazione del loro affidamento nella certezza della propria posizione giuridica.

Conformandosi al filone giurisprudenziale secondo cui, laddove una misura nazionale vada ad incidere contemporaneamente su una molteplicità di libertà fondamentali, la Corte è tenuta, in linea di principio, a esaminarla solo con riguardo alla libertà che, tra tutte quelle coinvolte e alla luce delle circostanze specifiche del caso, risulti essere quella primaria, alla quale tutte le altre possono essere ricondotte (sentenze *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International*, C-42/07, punto 47; *Attanasio Group*, C-384/08, punto 40), il giudice europeo ha proceduto a valutare la conformità della normativa contestata esclusivamente rispetto agli articoli 49 e 56 TFUE, all'articolo 16 della Carta di Nizza (salvo, poi, ritenere non necessario un esame separato della libertà d'impresa) e al principio della tutela del legittimo affidamento.

Ricordando – in virtù di un costante indirizzo giurisprudenziale – che «tutte le misure che vietino, ostacolino o rendano meno interessante l'esercizio delle libertà garantite dagli articoli 49 TFUE e 56 TFUE» rappresentano delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi (sentenza *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, C-463/13, punto 45), la Corte ha rinvenuto nell'articolo 1, paragrafo 78, lettera b), punti 4, 8, 9, 17, 23 e 25, della legge n. 220/2010 gli estremi di tale qualificazione, essendo le condizioni contemplate dalla normativa richiamata effettivamente idonee a impedire ai soggetti già concessionari di far fruttare il loro precedente investimento. Nella specie, però, dal momento che le riscontrate restrizioni riguardano una disciplina – quale è quella dei giochi d'azzardo – che rifugge da un'opera di armonizzazione a livello europeo, essendo profonde le divergenze di ordine morale, religioso e culturale che, in tale ambito, dividono gli Stati membri, il giudice dell'Unione ha riconosciuto, in capo a questi ultimi, la sussistenza di un ampio potere discrezionale in ordine alla scelta degli obiettivi perseguibili mediante la medesima disciplina. Obiettivi che, in ogni caso, debbono «soddisfare le condizioni che risultano dalla giurisprudenza della Corte per quanto riguarda segnatamente la loro giustificazione sulla base di motivi imperativi di interesse generale e la loro proporzionalità» (punto 40).

Procedendo secondo il consueto schema di analisi trifasico applicato in materia, la Corte di Giustizia – dopo aver verificato che le disposizioni controverse potessero, in effetti, configurare delle restrizioni alle libertà di cui agli articoli 49 e 56 TFUE – ha, dunque, ritenuto indispensabile esaminare la *ratio* delle norme oggetto di censura, individuando gli interessi pubblici a tutela dei quali il legislatore italiano ha inteso

assoggettare i futuri concessionari, così come gli attuali titolari di concessioni, a nuovi obblighi. Invero, rinvenendo gli obiettivi perseguiti dalle disposizioni in questione nell'esigenza di migliorare la solidità patrimoniale dei concessionari, di rafforzarne l'affidabilità e l'onorabilità nonché di contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore, la Corte – sulla scorta di quanto da essa stessa sistematicamente dichiarato in precedenza – non ha avuto dubbi nel ritenere che simili finalità possano costituire dei motivi imperativi di interesse generale capaci di giustificare la restrizione di libertà fondamentali quali quelle sancite dagli articoli 49 e 56 del TFUE e dall'articolo 16 della Carta di Nizza, rimettendo, in ogni caso, al giudice del rinvio il compito di procedere a tali verifiche attraverso una valutazione globale di tutte le circostanze del caso.

Alla stessa conclusione la Corte è giunta rispetto alla verifica dell'idoneità delle misure restrittive previste dalla normativa contestata a conseguire gli obiettivi ad esse sottesi senza, tuttavia, andare oltre quanto è strettamente necessario per il loro raggiungimento, rientrando l'accertamento della proporzionalità delle misure in questione fra le competenze del giudice del rinvio, il quale è tenuto a procedere in tal senso tenendo conto delle indicazioni fornite dalla Corte medesima (sentenze *Politanò*, C-225/15, punto 49; *Laezza*, C-375/14, punto 37; *Digibet e Albers*, C-156/13, punto 40). Nella prospettiva di segnare gli argini del giudizio nazionale, la Corte ha ribadito l'utilità delle misure normative oggetto di pronuncia ai fini della realizzazione degli obiettivi dalle stesse perseguiti, evidenziandone i profili di compatibilità con il diritto dell'Unione. Indicazioni più puntuali sono state suggerite con riferimento alla misura stabilita dall'articolo 1, paragrafo 78, lettera b), punto 23, della legge n. 220/2010, la cui proporzionalità il giudice nazionale è tenuto a valutare tenendo conto, «in particolare, della natura e della gravità dell'infrazione che detta sanzione mira a punire, nonché delle modalità di determinazione dell'importo di tale sanzione» (punto 61).

Infine, il giudice di Lussemburgo ha valutato la rispondenza della normativa interna oggetto di contestazione al principio della tutela del legittimo affidamento; principio che, secondo il giudice *a quo*, sarebbe stato presumibilmente violato da atti, quali quelli impugnati nel procedimento principale, che, incidendo in senso peggiorativo sulla posizione giuridica dei preesistenti concessionari, avrebbero trascurato di considerare e tutelare le loro legittime aspettative e, per l'appunto, il loro legittimo affidamento nella permanenza di un determinato assetto regolatorio.

Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, il principio del legittimo affidamento – che «costituisce il corollario del principio della certezza del diritto, [il quale] esige che le norme giuridiche siano chiare e precise, ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario» (sentenza *Duff*, C-63/93, punto 20) – gode di piena legittimazione giuridica, nonostante l'assenza di una base normativa esplicita di riferimento. È proprio attraverso l'opera creativa della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado, infatti, che ne è stata sancita, prima, l'appartenenza all'ordinamento comunitario (sentenza *Töpfer*, C-112/77) e che gli è stata riconosciuta, poi, la natura di principio fondamentale (sentenza *Dürbeck*, C-112/80), al quale la giurisprudenza europea – perlopiù traendo ispirazione dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale tedesca – ha conferito una portata applicativa decisamente ampia. Nonostante l'ampiezza del suo raggio di applicazione – che si estende fino a riguardare, oltre agli atti amministrativi, anche quelli legislativi, operando peraltro non solo nell'ambito dei rapporti che legano gli Stati membri tra di loro o alle istituzioni euro-unitarie, ma anche nelle relazioni tra queste ultime e i cittadini dell'Unione –, l'affidamento legittimo non può che ricevere una tutela, per così dire, flessibile, costituendo la sua protezione il risultato della ponderazione tra interessi contrapposti ed essendo necessario, perciò, determinare caso per caso il punto di equilibrio tra le varie esigenze coinvolte.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte, il presupposto fondamentale dell'operatività del principio di cui si discute è, in ogni caso, rappresentato dal fatto che

«rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, siano state fornite all'interessato dalle autorità competenti dell'Unione» (sentenza *HGA e a./Commissione*, da C-630/11 P a C-633/11 P, punto 132) e che le aspettative che ne derivano siano state vanificate da un'istituzione europea o da altro organismo operante nelle vesti di agente dell'Ue, non potendo, in caso contrario, ravvisarsi la sussistenza di una aspettativa fondata e, in quanto tale, capace di attribuire all'amministrato il diritto di avvalersi della tutela in questione. Come è stato affermato nella già citata sentenza *Duff*, infatti, «il principio della tutela del legittimo affidamento può essere fatto valere nei confronti di una normativa comunitaria solo se la Comunità stessa ha precedentemente determinato una situazione tale da giustificare l'applicazione di questo principio» (punto 20), escludendosi che gli operatori economici possano legittimamente confidare nell'aspettativa di non risultare soggetti all'esercizio di poteri restrittivi.

Come emerge dalle conclusioni dell'avvocato generale, nel caso di specie non sarebbe stata fornita alcuna assicurazione, né da parte di un'istituzione europea né tantomeno ad opera di un organismo, pure nazionale, operante nelle vesti di agente dell'Unione, in ordine alla stabilità dell'assetto regolatorio della materia, essendo mancata, peraltro, pure una qualche misura dell'Unione che sia stata in grado di ledere la posizione giuridica vantata dalla società ricorrente. A fronte di una situazione in cui nessun impegno chiaro ed espresso è stato assunto da parte delle autorità competenti, dunque, un operatore economico prudente ed accorto non avrebbe dovuto confidare nella conservazione di una situazione che le autorità nazionali, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, avrebbero potuto legittimamente modificare. Come a tal proposito ha specificato la Corte, «un operatore economico non può riporre affidamento nel fatto che non interverrà assolutamente alcuna modifica legislativa, bensì può unicamente mettere in discussione le modalità di applicazione di una modifica siffatta» (punto 47). Dal momento che la disciplina contestata contemplava l'esistenza di un periodo transitorio di 180 giorni, giudicato dalla Corte di durata sufficiente al fine di consentire l'adeguamento dei concessionari alle nuove condizioni, il giudice dell'Unione ha rimesso a quello del rinvio il compito di valutare in concreto la rispondenza della normativa oggetto di discussione al principio della tutela del legittimo affidamento, pur specificando la propria propensione a concludere sul punto in senso positivo.

In virtù di tali considerazioni, in risposta al secondo quesito il giudice di Lussemburgo ha statuito che né gli articoli 49 e 56 del TFUE, né il principio del legittimo affidamento devono essere interpretati nel senso di escludere la possibilità che il legislatore nazionale introduca una normativa con la quale, a soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito, vengano imposte delle nuove condizioni per l'esercizio di tale attività attraverso un atto di integrazione della convenzione accessiva alla concessione già in corso, laddove il giudice del rinvio ritenga che la disciplina in questione possa essere giustificata alla luce di motivi imperativi di interesse generale, sia idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non ecceda quanto necessario per raggiungerli.

5. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia è tornata a pronunciarsi sulla portata assunta dall'obbligo previsto dall'articolo 267, paragrafo 3, TFUE, vagliandola, in particolare, alla luce dei rapporti intercorrenti tra il medesimo procedimento di rinvio pregiudiziale obbligatorio e le questioni di legittimità che vengano prospettate incidentalmente ai giudici costituzionali nazionali.

Come è noto, nell'ambito dell'ordinamento italiano – alla stregua di quanto è avvenuto anche in altri Stati membri dell'Unione – la relazione intercorrente tra i detti procedimenti ha conosciuto uno sviluppo che è stato inizialmente condizionato dalla scarsa propensione del giudice costituzionale a entrare in rapporto diretto con quello europeo; una rigidità di atteggiamento, questa, che, nel tempo, si è progressivamente

attenuata, lasciando emergere delle intenzioni ben più collaborative, con le quali la Consulta è giunta addirittura a riconoscere la propria natura di “giurisdizione nazionale”, in quanto tale legittimata ad esperire autonomamente il rimedio di cui all’art. 267 TFUE tanto in sede di giudizio di costituzionalità promosso in via principale (ordinanza n. 103 del 2008) quanto in occasione del sindacato incidentale di legittimità (ordinanze n. 207 del 2013 e n. 24 del 2017).

Per quanto specificamente attiene all’ordine logico e cronologico di trattazione delle questioni nei casi di c.d. doppia pregiudizialità, la Corte costituzionale italiana ha costantemente sostenuto – salvi dei recentissimi mutamenti di prospettiva (si veda la sentenza n. 269 del 2017) – la necessità di affrontare in via prioritaria quella implicante l’intervento della Corte di Giustizia, volendosi riservare, in tal modo, il diritto a esprimere l’ultima parola. Da questo punto di vista, il fatto che, nella vicenda giudiziaria oggetto di commento, la Consulta sia stata interpellata prima del giudice europeo rappresenta, dunque, un’anomalia rispetto alla prassi seguita di consueto, il cui scopo fondamentale è quello di scongiurare il rischio che la Corte costituzionale venga contraddetta e che, per tale ragione, le sue decisioni perdano di rilievo e autorevolezza. Vero è, però, che la circostanza per cui, nella fattispecie, le valutazioni della Corte di Giustizia non si siano distaccate da quelle in precedenza offerte – con riferimento a un parametro normativo formalmente diverso ma, come si è detto, sostanzialmente analogo – dal giudice costituzionale italiano ha, di fatto, delegato l’eventualità che tale rischio si concretizzasse.

La Corte di Lussemburgo, d’altro canto, ha sempre difeso con estrema determinazione il suo ruolo di interprete ultimo del diritto euro-unitario, non trascurando di valorizzare, nel contempo, le prerogative di cui i giudici nazionali dispongono in quanto giudici “decentrati” del diritto Ue. Ed è proprio nell’ottica di preservare la sua funzione nomofilattica che la Corte di Giustizia non ha perso, neanche nel caso di specie, l’occasione di presidiare le potenzialità di un meccanismo, quale è quello prefigurato dall’articolo 267 TFUE, che rappresenta uno strumento fondamentale di cooperazione giudiziaria all’interno dell’Unione, per il tramite del quale essa, avvalendosi della collaborazione attiva dei giudici comuni nazionali, mira a garantire l’uniforme e coerente applicazione del diritto euro-unitario nel territorio dei Paesi membri. Una missione, quest’ultima, che, sulla scia della trasformazione che il diritto dell’Unione europea ha vissuto a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, negli ultimi tempi pare venir favorita anche da quei giudici costituzionali che, come quello italiano, hanno man mano abbandonato le loro roccaforti, riconoscendo la propria collocazione nell’ambito di «un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di Giustizia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico» (Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017).

## Aspettativa per l'esercizio del mandato parlamentare e trattamento discriminatorio del lavoratore a tempo determinato

*di Nicolò Fuccaro*

**Title:** The leave of absence to exercise the parliamentary mandate and the discriminatory treatment of fixed-term workers

**Keywords:** principle of non-discrimination; leave of absence; parliamentary mandate.

1. – La causa definita con la sentenza in commento ha ad oggetto due questioni pregiudiziali, sottoposte alla Corte di Giustizia dell'Unione europea dal Tribunale amministrativo n. 1 di Oviedo (Spagna) nell'ambito di una controversia relativa alla mancata concessione dell'aspettativa dal lavoro ad una dipendente dell'amministrazione eletta deputata del Parlamento delle Asturie.

La citata controversia pendente davanti al giudice spagnolo nasce dal ricorso della sig.ra Vega González, dipendente da lungo tempo dell'amministrazione del Principato delle Asturie, la quale da poco più di quattro anni ricopriva l'incarico di funzionario ad interim in sostituzione di un funzionario in distacco. Questa, una volta candidatasi ed eletta parlamentare, chiedeva di essere collocata in aspettativa per incarichi particolari o, in alternativa, per motivi personali, vedendosi respingere la domanda dall'amministrazione. La Direzione generale della Funzione pubblica spagnola adduceva a motivazione di detto diniego il fatto che le posizioni di aspettativa sopra menzionate spettano unicamente ai funzionari di ruolo e non, quindi, a quelli ad interim.

Vedendosi respinto il ricorso amministrativo, la dipendente agiva in giudizio davanti al Tribunale amministrativo di Oviedo, il quale ha interpellato la Corte di Giustizia, dubitando della conformità della disciplina interna con la direttiva 1999/70/CE, secondo cui – come affermato da una consolidata giurisprudenza – differenze di trattamento relative alle condizioni di impiego tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato collidono con il principio di non discriminazione, salvo siano giustificate da ragioni oggettive. Tra queste ragioni – secondo il giudice spagnolo – non può rientrare il carattere temporaneo dell'incarico ricoperto dalla sig.ra Vega González da più di quattro anni: visto l'ampio lasso di tempo trascorso, non sussisterebbero (più) le condizioni di necessità e urgenza giustificative della nomina ad interim.

Inoltre, il Tribunale amministrativo evidenzia la particolare rilevanza del diritto di elettorato passivo, riconosciuto dalla Costituzione spagnola all'art. 23, comma 1, secondo cui i cittadini hanno diritto a partecipare agli affari pubblici, direttamente o tramite rappresentanti liberamente eletti in elezioni periodiche a suffragio universale. Si

lascia così intendere che non può essere ammessa una compressione di tale diritto politico fondamentale, cui sarebbe soggetta la dipendente vincolata – secondo il Ministero – ad optare tra il mantenimento del suo impiego e il pieno esercizio del mandato parlamentare.

2. – Si consideri il contesto normativo entro cui si svolge la causa decisa dalla CGUE. La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata a Strasburgo il 9 dicembre 1989, al punto 7 – richiamato dal considerando 3 della direttiva 1999/70 – stabilisce che «la realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea», obiettivo perseguito «mediante il ravvicinamento di tali condizioni, che costituisca un progresso, soprattutto per quanto riguarda la durata e l'organizzazione dell'orario di lavoro e le forme di lavoro diverse dal lavoro a tempo indeterminato, come il lavoro a tempo determinato, il lavoro a tempo parziale, il lavoro temporaneo e il lavoro stagionale».

Il miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato, in particolare, è direttamente e imprescindibilmente connesso con la garanzia del rispetto del principio di non discriminazione (dei lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato), come convenuto dalle parti contraenti l'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (Unione delle confederazioni delle industrie, Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica, Confederazione europea dei sindacati), concluso il 18 marzo 1999 ed allegato alla citata direttiva che ne ha dato attuazione.

Tale principio, volto ad evitare che un rapporto di lavoro a termine sia utilizzato dal datore di lavoro per privare il dipendente dei diritti riconosciuti al lavoratore a tempo indeterminato, è più volte ribadito tanto nella direttiva (al considerando 14), quanto nell'Accordo quadro allegato (al terzo comma del preambolo nonché alle clausole 1 e 4). Più specificamente, la clausola 4 (rubricata «Principio di non discriminazione»), oggetto delle questioni pregiudiziali, al punto 1 dispone che «per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o un rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive». Come la Corte aveva già avuto modo di affermare con chiarezza (v., *ex multis*, sentt. *de Diego Porras*, C-596/14, punto 27; *Nierodzik*, C-38/13, punto 24; *Del Cerro Alonso*, C-307/05, punto 38), il principio di diritto sociale espresso dalla clausola 4, e più in generale dall'Accordo quadro, non può essere interpretato restrittivamente.

In relazione a quanto disposto dalla citata clausola, il giudice del rinvio domanda alla Corte di Giustizia se nella nozione di «condizioni di impiego» vi debba rientrare la situazione giuridica che consente al lavoratore a tempo determinato eletto ad un incarico politico rappresentativo di essere collocato nella posizione amministrativa di aspettativa, con sospensione e conservazione del posto di lavoro, al pari di un lavoratore a tempo indeterminato.

Sul versante del diritto interno, la disciplina organizzativa della funzione pubblica dell'Amministrazione asturiana si trova nella Ley del Principado de Asturias 3/1985, la quale menziona tra le posizioni amministrative di servizio l'«aspettativa per incarichi particolari», precisando che i funzionari *ad interim* – ossia coloro che occupano temporaneamente posti vacanti finché questi non vengono ricoperti da funzionari di ruolo, ovvero che sostituiscono questi ultimi in caso, anche, di distacco – non possono essere collocati in aspettativa per incarichi particolari (art. 59, par. 2). Diversamente, la stessa legge dispone che i funzionari (di ruolo) dell'amministrazione hanno diritto ad essere collocati in aspettativa per incarichi particolari in caso di elezione alla carica di deputato del Parlamento del Principato delle Asturie (art. 64, par. 1, lett. g)), potendo così beneficiare della conservazione dell'incarico che occupavano e, altresì, degli scatti

per anzianità di servizio e dell'avanzamento di carriera, computandosi a tale scopo il tempo trascorso in detta posizione (par. 2).

Posta in questi termini la normativa nazionale, con la seconda questione pregiudiziale viene chiesto se essa si ponga in contrasto con l'interpretazione da attribuire al principio di non discriminazione previsto dalla clausola 4 dell'Accordo quadro.

3. – Per quanto concerne la prima questione pregiudiziale, nella giurisprudenza sovranazionale – come la Corte stessa evidenzia – la nozione di «condizioni di impiego» è stata esaminata e definita nella sua portata solo con riferimento ad alcuni specifici elementi, diversi dalla posizione amministrativa di aspettativa dal lavoro, quali la retribuzione spettante, l'orario e la durata del lavoro giornaliero, il calendario lavorativo, le ferie, i congedi. Come si può intuire, non vi può essere dubbio circa l'inclusione di tali elementi nella nozione considerata, mentre quale problema in più è lecito attendersi rispetto ad altri casi. Il criterio coniato per determinare univocamente se una misura possa essere definita condizione di impiego è stato individuato in «quello dell'impiego, vale a dire il rapporto di lavoro sussistente tra un lavoratore e il suo datore di lavoro» (v. punto 30 della sent. in commento, nonché le ivi richiamate sentt. *Carratù*, C-361/12, punto 35; *Nierodzik*, cit., punto 25; *de Diego Porras*, cit., punto 26).

Tuttavia, la definizione in tali termini attribuita alla nozione in esame appare piuttosto tautologica, mancando di sufficienti specificazioni che ne chiariscano più puntualmente il significato e facendovi, così, potenzialmente rientrare una vastissima gamma di situazioni, posizioni ed elementi normativi e contrattuali. Una più precisa e convincente interpretazione dell'espressione «condizioni di impiego» è stata fornita nella causa *de qua* dall'avvocato generale, secondo cui con essa ci si deve riferire «ai diritti e obblighi che definiscono un dato rapporto di lavoro, ossia le condizioni alle quali una persona assume un impiego», comprendendovi pertanto «aspetti quali la retribuzione, l'orario di lavoro, i diritti all'aspettativa retribuita o non retribuita ecc.» (punto 22 delle conclusioni).

Per quanto spetti in linea di principio al giudice del rinvio determinarne obiettivi e natura, dell'opera di sussunzione delle fattispecie concrete nella portata applicativa della nozione si è fatta carico la Corte di Giustizia, che nel tempo vi ha incluso, tra l'altro, misure quali le indennità (o le maggiorazioni corrispondenti a scatti) triennali per anzianità di servizio (v. sentt. *Del Cerro Alonso*, cit., punto 47; *Regojo Dans*, C-177/14, punto 43), l'indennità spettante al lavoratore per l'illecita apposizione di un termine – da parte del datore di lavoro – al contratto (v. sent. *Carratù*, cit., punto 37) o per la risoluzione di un contratto a tempo determinato (v. sent. *de Diego Porras*, cit., punto 31), le disposizioni relative ai periodi di servizio necessari per poter essere classificato in una categoria retributiva superiore (v. sent. *Rosado Santana*, C-177/10, punto 46), la riduzione del tempo di lavoro e la conseguente riduzione salariale (v. ord. *Rodrigo Sanz*, C-443/16, punto 33), il termine di preavviso di risoluzione del contratto a tempo determinato (v. sent. *Nierodzik*, cit., punto 27).

Ciò detto, sulla scorta delle considerazioni svolte dall'avvocato generale, la CGUE giunge a includere nella nozione in parola la posizione di aspettativa per incarichi particolari, per due ordini di ragioni. In primo luogo, si ritiene che tale posizione sia da ricomprendere nella nozione «condizioni di lavoro», in quanto soddisfa il criterio suindicato, comportando la sospensione di alcuni elementi del rapporto di lavoro e, al contempo, la permanenza di altri. Inoltre – venendo al secondo profilo – la Corte evidenzia che, accanto alla sospensione del rapporto di lavoro, la disciplina di cui all'art. 64, par. 2, della legge 3/1985 dispone la conservazione dell'incarico precedentemente ricoperto fino alla reintegrazione del lavoratore, fermo restando l'accumulo dell'anzianità di servizio per il tempo intercorso ai fini del computo degli scatti triennali e della progressione di carriera. Tali elementi sono stati inclusi dalla citata

giurisprudenza di Strasburgo nella nozione oggetto della questione. In particolare, come persuasivamente affermato dall'avvocato generale, la circostanza in cui si è trovata la sig.ra Vega González, che per esercitare pienamente il mandato rappresentativo, a seguito della mancata concessione dell'aspettativa, avrebbe dovuto far cessare il suo rapporto di lavoro, non può che riguardare le «condizioni di impiego».

L'argomento avanzato dal Governo spagnolo, secondo cui la situazione in esame non riguarda le «condizioni di impiego», in quanto la decisione di partecipare alle elezioni e di assumere a tempo pieno la carica parlamentare ha natura volontaria e unilaterale, è logicamente errato, ben potendo alcune di tali «condizioni» dipendere dalle scelte o dal comportamento di una delle parti (si pensi – come suggerisce l'avvocato generale – alla situazione di gravidanza di una lavoratrice, che le conferisce il diritto di beneficiare del congedo di maternità). È nelle finalità stesse dell'istituto dell'aspettativa, spettante per legge e senza condizioni ai funzionari di ruolo, concorrere a formare uno *status*, comprensivo di diritti e doveri del lavoratore, che definisce il rapporto tra funzionario e datore di lavoro.

Inoltre, secondo il giudice sovranazionale, se l'espressione in parola fosse interpretata in senso restrittivo, non ricomprendendovi nell'alveo applicativo il diritto all'aspettativa per incarichi particolari, risulterebbe depotenziata la tutela dai trattamenti discriminatori apprestata dall'Accordo quadro a favore dei lavoratori a tempo determinato (v. punto 38 della sent. in commento, nonché sentt. *Nierodzik*, cit., punto 27; *de Diego Porras*, cit., punto 30).

In conseguenza alle motivazioni appena illustrate circa la prima questione esaminata, la Corte statuisce che va ricompreso nella nozione di «condizioni di impiego» il diritto ad essere collocato in posizione di aspettativa – posizione che prevede la sospensione del rapporto di lavoro con la conservazione del posto, senza l'interruzione dell'avanzamento di carriera – di cui può beneficiare il lavoratore eletto ad un incarico parlamentare per tutta la durata del mandato.

4. – Si prenda ora in esame la seconda questione pregiudiziale sottoposta alla Corte, riguardante la compatibilità della disciplina interna rispetto alla normativa sovranazionale, con particolare riferimento alla clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro.

Com'è noto, il principio di non discriminazione – specularmente al principio di eguaglianza – prevede che situazioni uguali, analoghe o paragonabili non devono essere trattate in maniera diversa, mentre situazioni diverse non devono essere trattate in maniera uguale, salvo che detto trattamento – precisa la CGUE (al punto 42 della sent. in commento; v. anche, *ex multis*, sentt. *Rosado Santana*, cit., punto 65; *de Diego Porras*, cit., punto 42) – non sia «oggettivamente giustificato». Tale ultima precisazione, da un certo punto di vista, può apparire pleonastica, in quanto per ritenere «oggettivamente giustificato» un trattamento uguale per situazioni diverse o, viceversa, un trattamento diverso per situazioni uguali, occorre necessariamente che la situazione per qualche verso o aspetto non sia, rispettivamente, del tutto diversa ovvero uguale. Tuttavia, la sussistenza di «ragioni oggettive» è proprio il criterio utilizzato dalla clausola 4 dell'Accordo quadro per consentire eccezioni al principio di non discriminazione, ossia per legittimare un trattamento del lavoratore a tempo determinato «meno favorevole» rispetto a quello riservato al lavoratore a tempo indeterminato con esso comparabile.

Per quanto concerne il tema qua trattato, infatti, si può notare che le due categorie se sotto un certo aspetto (quale la durata del contratto di lavoro) differiscono, mentre sotto un altro profilo (ad esempio le mansioni svolte) possono essere del tutto analoghe. Il caso di specie ne dà dimostrazione: la sig.ra Vega González, pur essendo inquadrata come funzionario *ad interim*, era chiamata a svolgere le stesse mansioni del funzionario in distacco che era andata temporaneamente a sostituire. Alla luce di ciò, ci si deve dunque chiedere se sia – per riprendere l'espressione utilizzata dalla giurisprudenza – «oggettivamente giustificato» un trattamento differenziato di due situazioni solo in

parte diverse ovvero, da un'altra prospettiva, in parte analoghe. A seconda che si valorizzino gli elementi di analogia oppure quelli differenziali, si perverrà a conclusioni opposte.

Secondo la disciplina asturiana, giova ribadirlo, soltanto ai funzionari di ruolo può essere concessa l'aspettativa per incarichi particolari in caso di elezione al Parlamento del Principato delle Asturie, mentre un funzionario interinale, per poter esercitare tale mandato, deve rassegnare le dimissioni dal posto di lavoro.

Per valutare se sussistono ragioni giustificative di detta differenza di trattamento, va verificato se il lavoro svolto da un dipendente nella posizione della sig.ra Vega González non fosse identico o, quantomeno, paragonabile a quello spettante a un lavoratore a tempo indeterminato. Se le mansioni fossero differenti, si potrebbe ammettere che il diritto all'aspettativa sia riservato soltanto a quest'ultima categoria di dipendenti. Al fine di compiere questa verifica, devono essere assunti a parametro di confronto tra le due situazioni una serie di fattori – giù indicati dalla giurisprudenza precedente (v. sentt. *Nierodzik*, cit., punto 31; *de Diego Porras*, cit., punto 40) –, quali la natura del lavoro, le condizioni di formazione e le condizioni di impiego.

L'accertamento della comparabilità della posizione della ricorrente a quella dei dipendenti a tempo indeterminato della medesima amministrazione, come precisa la Corte (al punto 46), spetta al giudice del rinvio. Questi, ritenute le situazioni comparabili, dovrà poi constatare se sussista una disparità di trattamento e, in caso affermativo, se tale disparità possa essere giustificata da «ragioni oggettive», ovvero sia da «elementi precisi e concreti, caratterizzanti la condizione di lavoro di cui trattasi, nel particolare contesto in cui questa s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, i quali consentano di verificare se detta disparità risponde ad una reale necessità, è idonea a conseguire l'obiettivo perseguito ed è necessaria a tal fine» (punto 46 della sent. in commento; v. anche sent. *de Diego Porras*, cit., punto 45).

Alcune criteri orientatori per la definizione della portata applicativa della nozione di «ragioni oggettive» vengono forniti – o, meglio, ribaditi – dalla Corte stessa, escludendo che in essa possano rientrare differenze di trattamento per il solo fatto che siano previste da una normativa nazionale generale e astratta (si pensi a una legge o a un contratto collettivo), nonché che tali differenze possano essere giustificate per la sola natura temporanea dell'impiego, come sostenuto anche dal giudice del rinvio. Si è segnalato, peraltro, che quest'ultimo ha ritenuto che i caratteri di urgenza e necessità della nomina temporanea non potessero costituire – nel caso di specie, diversamente che in linea teorica – elementi giustificativi della difformità di trattamento, in quanto l'incarico era ricoperto dal medesimo dipendente da più di un quadriennio.

Infine, viene evidenziato come il mancato riconoscimento del diritto a beneficiare del periodo di aspettativa per l'esercizio del mandato parlamentare non sia affatto indispensabile, né funzionale al raggiungimento dell'obiettivo – fissato dalla legge 3/1985 – di consentire la conservazione del posto e l'avanzamento di carriera dei dipendenti a tempo indeterminato eletti ad incarichi politici. Il beneficio esteso anche ai funzionari *ad interim* garantirebbe ad essi di essere reintegrati nel posto di lavoro, al termine del mandato, sempre che nel mentre questo non sia stato assegnato ad un funzionario di ruolo.

Pertanto, sulla scorta degli argomenti sopra sviluppati, la Corte di Giustizia risponde alla domanda del Tribunale amministrativo asturiano sentenziando che la normativa interna, escludendo in modo assoluto la possibilità per i funzionari interinali di beneficiare dell'aspettativa per incarichi particolari, contrasta con il diritto dell'Unione, secondo l'interpretazione che è da attribuire al principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

5. – Con la presente decisione, il giudice di Strasburgo ha avuto modo di fornire un ulteriore (benché circoscritto a una peculiare fattispecie) contributo interpretativo volto, da un lato, a meglio definire la nozione di «condizioni di impiego» e, da un altro, a circoscrivere più puntualmente le «ragioni oggettive» idonee a giustificare un trattamento diversificato del lavoratore a tempo determinato rispetto a quello a tempo indeterminato. Così stabilendo, tale pronuncia – come si è cercato di dar conto – si pone in scia con la precedente giurisprudenza della CGUE, aggiungendo un tassello al mosaico di diritti e doveri che compone lo *status* giuridico del lavoratore.

## **Marchio dell'UE: la Corte di Giustizia si esprime sul rapporto tra azione per contraffazione e domanda riconvenzionale di nullità: quali gerarchie decisionali?**

*di Giuseppe Mantica*

**Title:** EU trade mark: the Court of Justice states about the relationship between the action for infringement and the counterclaim for a declaration of invalidity: which decision-making hierarchies?

**Keywords:** unitary character of the EU trade mark; Relationship between an action for infringement and a counterclaim for a declaration of invalidity; principle of procedural autonomy.

1. – Con sentenza del 19 ottobre 2017, la nona Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affrontato due questioni pregiudiziali (ai sensi dell'art. 267 TFUE) sollevate dalla Oberster Gerichtshof (la Corte suprema austriaca), riguardo all'interpretazione dell'art. 99, par. 1, del Regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio, col quale l'allora Comunità europea intese prevedere un regime comunitario dei marchi, consentendo alle imprese di acquisire, mediante una procedura unica, marchi che godano di una protezione uniforme e producano i loro effetti sull'intero territorio comunitario. In particolare, i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati in merito al rapporto tra la domanda di contraffazione del marchio e quella riconvenzionale di nullità dello stesso, proposta da colui che è stato convenuto nel primo procedimento.

2. – Lo spunto della pronuncia in commento origina da una vicenda che vede parti di un contenzioso giudiziario due cittadini austriaci, il sig. Raimund e la sig.ra Aigner, entrambi commercianti di prodotti pressoché identici (nella fattispecie, preparati a base di erbe da aggiungere a bevande alcoliche) aventi la medesima denominazione "Baucherlwärmer". Il primo è titolare del segno distintivo discendente dal marchio UE appositamente registrato presso l'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (d'ora innanzi EUIPO), e, dal momento che la seconda vendeva i propri prodotti dietro identica denominazione, promuove azione di contraffazione lamentando la violazione dei diritti connessi alla tutela accordata dalla registrazione del marchio. Per tutta risposta, la signora, due anni più tardi, avanza una domanda riconvenzionale di nullità di detto marchio, sul presupposto che la controparte avesse a suo tempo registrato il marchio in malafede, dal momento che egli sapeva che la signora, e il padre della stessa prima di lei, commerciavano già i propri prodotti, dietro la stessa denominazione, prima ancora che il sig. Raimund ottenesse un diritto di proprietà industriale sul segno in questione. Lo spunto della pronuncia in commento origina da una vicenda che vede parti di un contenzioso giudiziario due cittadini austriaci, il sig.

Raimund e la sig.ra Aigner, entrambi commercianti di prodotti pressoché identici (nella fattispecie, preparati a base di erbe da aggiungere a bevande alcoliche) aventi la medesima denominazione "Baucherlwärmer". Il primo è titolare del segno distintivo discendente dal marchio UE appositamente registrato presso l'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (d'ora innanzi EUIPO), e, dal momento che la seconda vendeva i propri prodotti dietro identica denominazione, promuove azione di contraffazione lamentando la violazione dei diritti connessi alla tutela accordata dalla registrazione del marchio. Per tutta risposta, la signora, due anni più tardi, avanza una domanda riconvenzionale di nullità di detto marchio, sul presupposto che la controparte avesse a suo tempo registrato il marchio in malafede, dal momento che egli sapeva che la signora, e il padre della stessa prima di lei, commerciavano già i propri prodotti, dietro la stessa denominazione, prima ancora che il sig. Raimund ottenesse un diritto di proprietà industriale sul segno in questione.

3. – I due procedimenti così instauratisi – domanda per contraffazione del marchio e domanda riconvenzionale di nullità – si sono svolti presso il Tribunale commerciale di Vienna, competente sul territorio austriaco a conoscere delle controversie in materia di marchi UE. Precisamente, il primo di essi è pervenuto ad una pronuncia di respingimento della domanda, avendo il Tribunale accolto l'obiezione della parte resistente secondo cui il ricorrente avrebbe acquisito il marchio in malafede, contravvenendo alle buone pratiche. Tale statuizione è stata poi confermata nel giudizio d'appello tenutosi dinnanzi al Tribunale regionale superiore di Vienna. Il secondo procedimento, invece, pende ancora in primo grado in quanto, inizialmente, il relativo giudizio ha subito una sospensione ordinata dal Tribunale commerciale fino a che una sentenza circa la domanda per contraffazione non fosse divenuta definitiva; in seguito, a fronte di un apposito procedimento di impugnazione, detta sospensione è stata revocata dal giudice di grado superiore.

Tornando, ancora, al procedimento sulla contraffazione, questo non si è arrestato al giudizio d'appello, avendo il sig. Raimund promosso ricorso per cassazione presso la Corte suprema austriaca, deducendo che i precedenti giudici non avrebbero potuto statuire sull'eccezione della malafede senza previamente riunire le due cause o senza che vi fosse una sentenza passata in giudicato concernente la domanda riconvenzionale. È a questo punto che il giudice adito, data la peculiarità della vicenda che vede due stesse parti implicate in due procedimenti distinti ma, per così dire, "intrecciati", solleva due questioni pregiudiziali. In sostanza, infatti, la Corte suprema austriaca è chiamata a stabilire, in primo luogo, se la sentenza emessa nel procedimento per contraffazione possa validamente pronunciarsi prima di una decisione sulla domanda riconvenzionale. In secondo luogo, in caso di risposta negativa, ovvero ammettendo che debba attendersi una pronuncia sulla domanda riconvenzionale per poter pronunciarsi su quella per contraffazione, il giudice del rinvio chiede se detta pronuncia possa essere anche solo contestuale o debba necessariamente essere definitiva.

4. – L'intera – doppia – questione pregiudiziale ruota attorno all'interpretazione dell'art. 99 del regolamento citato in apertura, il quale afferma che l'eccezione di nullità del marchio proposta da chi è convenuto in un procedimento di contraffazione può essere accolta solo se la validità del marchio stesso sia contestata mediante una domanda riconvenzionale. Il dubbio del giudice del rinvio, in particolare, nasce prendendo atto del contrasto ermeneutico che può sorgere intorno alla disposizione richiamata e che può offrire scenari differenti. A soffermarsi sul dato letterale, parrebbe bastevole la semplice proposizione della domanda riconvenzionale affinché sia rispettato il requisito richiesto dalla norma. Per contro, dando voce allo scopo prefissato dalla norma stessa, che è quello di evitare differenziazioni tra le situazioni giuridiche derivanti dai due tipi di

procedimento pendenti, sarebbe necessaria una pronuncia in merito alla validità del marchio, prima di pronunciarsi sulla sua contraffazione. Proprio dallo scontro-incontro tra l'interpretazione letterale e teleologica della disposizione in oggetto la Corte di Giustizia coglie le basi argomentative per risolvere le questioni sottoposte.

5. – Nell'approccio analitico alla prima questione la Corte esordisce ribadendo l'importanza di interpretare le norme comunitarie non solo *ex litteras* ma anche in base allo scopo sotteso, in generale, al contesto normativo di riferimento. Così, osserva che la presunzione di validità di cui all'art. 99 consente a ogni Tribunale dei marchi dell'Unione Europea (d'ora innanzi, per speditezza espositiva, Tribunale) di considerare validi gli stessi salvo che il convenuto in un procedimento per contraffazione presenti idonea contestazione tramite domanda riconvenzionale di nullità. Tuttavia, non perde tempo a constatare che dal testo della disposizione non è dato determinare se il Tribunale debba accogliere la domanda riconvenzionale prima di respingere l'azione per contraffazione. Ed è allora che vira il proprio approccio verso un'interpretazione più sistematica, richiamando l'art. 104 del medesimo regolamento, secondo cui un Tribunale adito, tra le altre, per un'azione per contraffazione, è tenuto a sospendere il procedimento quando la validità del marchio sia già contestata presso un altro Tribunale o sia stata presentata all'EUIPO una domanda di nullità. In virtù di ciò la Corte evidenzia che, se si ritenesse sufficiente proporre una domanda riconvenzionale presso lo stesso Tribunale affinché quest'ultimo possa statuire sull'azione per contraffazione prima di pronunciarsi sulla riconvenzionale, risulterebbe una maggiore restrizione delle disposizioni del regolamento sulla connessione di cause pendenti presso Tribunali diversi piuttosto che presso lo stesso Tribunale. Ciò che la Corte giudica illogico.

A rafforzare il proprio convincimento, l'iter argomentativo della Corte prosegue incentrandosi sull'obiettivo perseguito dal regolamento, che è il carattere unitario del marchio dell'Unione Europea, così come sancito dal combinato disposto tra l'art. 1, par. 2 e il considerando 16: ogni vicenda giuridica che involge lo stesso, e in particolare le decisioni sulla validità, hanno effetto e si estendono all'intera Unione, al fine di evitare che vi siano decisioni contrastanti tra quelle rese dai Tribunali e dall'EUIPO. Tale aspetto è rafforzato, oltre che dalle citate norme in materia di connessione, anche dalla previsione di cui all'art.100, che impone a un Tribunale di trasmettere all'EUIPO una copia della sentenza passata in giudicato in merito a una domanda riconvenzionale di nullità di un marchio dell'Unione Europea. Da tale obiettivo la Corte fa discendere l'effetto *erga omnes* che deve avere la decisione con cui un Tribunale dichiara la nullità di un marchio nell'ambito di una domanda riconvenzionale di nullità, in modo che abbia effetto nell'insieme dell'Unione e non solo tra le parti del procedimento, come avviene quando il Tribunale respinga l'azione per contraffazione alla luce di un motivo di nullità senza però una previa statuizione proprio sulla domanda riconvenzionale di nullità dal convenuto proposta nell'ambito della prima azione. Dunque, per far sì che vengano garantiti il carattere unitario del marchio e l'obiettivo di scongiurare decisioni contrastanti in materia, è necessario che la dichiarazione di nullità del marchio valga per l'insieme dell'Unione senza che vincoli le sole parti processuali; e la Corte, sul finire del proprio ragionamento, osserva come ciò non possa che essere soddisfatto se non quando il Tribunale statuisca sulla domanda riconvenzionale di nullità prima che sull'azione per contraffazione.

6. – Sciolti in tal senso i dubbi sottesi alla prima questione, non rimane alla Corte che stabilire se la decisione sulla domanda riconvenzionale, requisito necessario per poter statuire sull'azione di contraffazione, possa non essere definitiva o debba necessariamente essere passata in giudicato. In un primo momento, la Corte prende atto della totale mancanza, nel corpo del regolamento, di specifiche norme che impongano o,

per contro, neghino ai Tribunali di seguire l'una o l'altra strada. A fronte di una siffatta situazione, la Corte tenta di fornire una risposta rifacendosi a una serie di principi generali supportati negli anni da una costante giurisprudenza. Il primo tra questi è quello dell'autonomia processuale, in forza del quale agli ordinamenti interni degli Stati membri spetta di designare i giudici competenti e le modalità procedurali a garanzia dei diritti spettanti ai singoli in virtù del diritto dell'Unione, fermo l'obbligo di garantirne la tutela effettiva. In tal senso, la Corte richiama due corollari che rispondono al principio di leale cooperazione tra Stati membri e Unione. Si tratta dei principi di equivalenza e di effettività, in accordo ai quali dette modalità procedurali non devono, rispettivamente, essere meno favorevoli di quelle riguardanti ricorsi analoghi di natura interna o rendere di fatto oltremodo difficile o impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario.

I giudici di Lussemburgo passano poi a vagliare il rispetto di detti principi da parte della Corte suprema austriaca.

Ebbene, nella fattispecie ritengono osservato il principio di equivalenza, poiché viene riconosciuto che un'azione per contraffazione possa essere respinta per il motivo di nullità del marchio solo qualora il marchio venga dichiarato nullo, perlomeno simultaneamente, in base ad una domanda riconvenzionale. Precisamente, la Corte di Giustizia concorda con il massimo organo giurisdizionale austriaco, in quanto interprete del diritto interno, sul fatto che tale requisito garantisce che l'eccezione di nullità nel contesto dell'azione per contraffazione, che ha effetto solamente *inter partes*, possa essere accolta solo se il marchio venga dichiarato nullo per lo stesso motivo nell'ambito di una domanda riconvenzionale, che ha efficacia *erga omnes*. Quanto al principio di effettività, questo è ritenuto soddisfatto dalla trattazione congiunta, da parte del Tribunale, della domanda riconvenzionale di nullità e dell'azione di contraffazione.

Dunque, se il Tribunale è tenuto ad attendere una pronuncia sulla riconvenzionale per pronunciarsi sull'azione per contraffazione, cionondimeno non è tenuto ad attendere il passaggio in giudicato, in quanto, ad avviso della Corte, ciò significherebbe incorrere in gravi ritardi nell'ambito del procedimento per contraffazione, dovendosi attenere al comportamento delle parti nei procedimenti relativi ai ricorsi avverso la decisione di accoglimento della riconvenzionale di nullità. Invero, afferma che l'obbligo del giudice di risolvere la controversia non può essere sopraffatto dall'eventualità che una parte tenti di ritardare, attraverso il sistema delle impugnazioni, il passaggio in giudicato delle sentenze emesse in primo grado. Conclude la Corte, infatti, che coincidendo le parti delle controversie, esse dispongono di armi di difesa identiche e devono sopportare le conseguenze della propria condotta processuale.

7. – Può sembrare che la Corte di Giustizia sia intervenuta su una semplice questione processuale di poco conto. La pronuncia in commento rappresenta un *novum* nel suo panorama giurisprudenziale in merito al rapporto tra il procedimento per contraffazione di un marchio dell'Unione Europea e la domanda riconvenzionale di nullità dello stesso. In effetti, che prima d'ora non vi fosse stata occasione di pronunciarsi sul tema potrebbe in astratto giustificarsi sulla base del dettato apparentemente chiaro dell'art. 99 del regolamento sul marchio dell'Unione Europea. Tuttavia, soltanto senza fermarsi sul dato letterale della disposizione in questione si può contribuire, e la Corte contribuisce, a dare corpo e attuazione ai concreti obiettivi che la normativa si pone. Di talchè la pronuncia diventa importante e, per certi versi, strategica, nei termini in cui si può comprendere, senza eccessivi sforzi, come vada oltre gli aspetti puramente processualistici di cui si occupa. Invero, dietro al corredo di norme procedurali che muovono l'attenzione prima del giudice del rinvio e, quindi, della Corte di Giustizia, si cela l'esigenza di garantire, sotto e tramite ogni aspetto, l'unitarietà del marchio all'interno dell'intero territorio dell'Unione. Quello che nella dimensione di ogni ordinamento interno può sembrare un inutile dilungarsi su faccende di interesse

squisitamente processualistico tramuta, in prospettiva comunitaria, in un fondamentale apporto ai principi sottesi, in generale, al funzionamento del mercato unico e, in particolare, con riferimento al marchio quale segno distintivo. Quel marchio che consente ai clienti di identificare una certa realtà aziendale e al titolare di distinguere i propri prodotti da quelli altrui e che racchiude i valori di un'attività, oltre a essere parte di una determinata proprietà intellettuale e fondamentale per il successo di un'impresa in ogni Stato membro.

In tale contesto, a ragione la Corte risolve la prima questione nei termini oramai noti, prediligendo le domande riconvenzionali di nullità rispetto alle eccezioni per lo stesso motivo sollevate nell'ambito dei procedimenti per contraffazione. In tal senso, infatti, privilegia l'effetto *erga omnes* della pronuncia di annullamento in luogo dell'effetto meramente *inter partes* proprio della pronuncia sull'azione per contraffazione. E, in un certo senso, non potrebbe essere altrimenti, se si pensa che, prima di esaminare se i diritti discendenti dal marchio siano stati violati, occorre verificare la validità di detto marchio, come questione previa *sine qua non*.

Nondimeno, maggiori riserve potrebbero esprimersi in riferimento alla risoluzione della seconda questione pregiudiziale, secondo cui non sarebbe necessario che la decisione sulla domanda riconvenzionale passi in giudicato divenendo definitiva. A ben vedere, infatti, una contestuale pronuncia in esito ai due procedimenti pendenti non pare scongiurare *in toto* il rischio che si ottengano decisioni contraddittorie, in particolare con riferimento alle successive vicende impugnatorie. Chi, ad esempio, potrebbe negare con assoluta certezza che solo una delle due sentenze venisse impugnata fino a ribaltare, definitivamente, la statuizione del primo grado? La decisione della Corte, dunque, rischia di lasciare aperta una problematica che in futuro potrà ripresentarsi, in eguali o diversi termini. Ciò tanto più che la stessa ha lasciato sul punto, di fatto, ampio margine discrezionale alle alte giurisdizioni nazionali, richiamandosi al principio di autonomia processuale, appoggiando, nella fattispecie e senza apparente avallo argomentativo, la prassi della Corte suprema austriaca riguardo la risoluzione della seconda questione. Non si vede, insomma, come lo scopo di evitare sentenze divergenti possa soddisfarsi attribuendo sì la priorità di pronuncia alla domanda riconvenzionale, ma non attendendone il passaggio in giudicato.

In sostanza, ben ha fatto la Corte di Giustizia, alla prima occasione utile, ad elevarsi a garante del carattere unitario del marchio europeo individuando, per così dire, le "gerarchie" processuali nelle relative dinamiche giudiziarie. Nulla osta, tuttavia, a pensare che il lavoro chiarificatorio possa essersi svolto solamente a metà. In un tale scenario, non è escluso che possa nuovamente profilarsi, in futuro, una questione rimasta...a metà.



## Il diritto di iniziativa e l'obbligo di motivazione del rifiuto della registrazione: adeguatezza vs. chiarezza

*di Massimiliano Mezzanotte*

**Title:** The right of initiative and the obligation to motivate for refusing registration: adequacy vs. clarity

**Keywords:** Right of initiative; Refuse of registration; EU Commission obligation to motivate

1. – L'iniziativa popolare europea rappresenta, insieme al diritto di petizione, un formidabile strumento di democrazia diretta. L'art. 11, par. 4, del Trattato sull'Unione europea riconosce ai cittadini, in numero di almeno un milione ed appartenenti ad un numero significativo di Stati membri, di prendere l'iniziativa di invitare la Commissione europea "nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario in atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati".

La disciplina di questo importante strumento è stata precisata dal regolamento n. 211 del 2011, che specifica e attua il contenuto del Trattato, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello procedurale (sul punto, M. Mezzanotte, *La democrazia diretta nei Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2015, 93 e segg.). Essa prevede che, a seguito della raccolta delle firme, nel rispetto dei vincoli imposti dal richiamato regolamento, inizi la fase dei controlli. A livello statale, secondo l'art. 8, gli organizzatori presentano le dichiarazioni di sostegno alle autorità competenti, individuate dagli Stati membri, ai fini della verifica e della certificazione.

Dopo questo momento, si svolge il vero e proprio controllo da parte della Commissione. Quest'ultima, dopo aver ricevuto un'iniziativa, la pubblica sul suo registro, predispone un incontro con gli organizzatori e, entro tre mesi, manifesta le sue conclusioni giuridiche e politiche, che vengono rese pubbliche e notificate agli organizzatori ed al Parlamento europeo, specificando quali saranno le azioni che vorrà intraprendere.

La Commissione può anche esprimere un rifiuto. In questo caso, di rilievo sono le motivazioni adottate, perché permettono di individuare le ragioni giuridiche e politiche che hanno portato a escludere l'ammissibilità. In particolare, i limiti che interessano l'iniziativa sono molteplici. Ad esempio, essa deve vertere "su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati" (art. 11, comma 4, TUE). O ancora essa deve rientrare nelle competenze dell'Unione e non porsi in contrasto con le norme dei trattati e con le carte dei diritti.

Nelle motivazioni in cui si ha il rigetto, la Commissione indica anche le forme di impugnazione, ovvero il ricorso al Tribunale europeo alle condizioni previste dall'art. 263 TFUE o la denuncia al Mediatore europeo.

Un caso deciso dalla Corte di giustizia, grande sezione, il 12 settembre 2017 (causa C. 589/15 P), atteneva proprio al controllo giurisdizionale effettuato su una sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 30 settembre 2015 che aveva rigettato il ricorso avverso la richiesta di annullamento di una decisione di diniego di registrazione di un'iniziativa dei cittadini europei.

Nello specifico, il 13 luglio 2012, un cittadino greco aveva trasmesso alla Commissione una proposta dal titolo "Un milione di firme per un'Europa della solidarietà", volta a ottenere il riconoscimento da parte dell'Unione del "principio dello stato di necessità, in base al quale, quando l'esistenza finanziaria e politica di uno Stato è minacciata dal rimborso di un debito odioso, il rifiuto di pagamento di tale debito è necessario e giustificato". La Commissione, basandosi sulle norme del regolamento e dopo aver analizzato gli articoli del TFUE invocato nell'iniziativa, aveva rifiutato la registrazione, in quanto essa esulava manifestamente dalla sua competenza a presentare una proposta di adozione di un atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei Trattati.

La decisione della Commissione è stata impugnata avanti il Tribunale dell'Unione, evidenziando come erroneamente l'organo comunitario non aveva dato seguito all'iniziativa, che era diretta all'adozione di un atto giuridico basato sugli artt. 122, paragrafi 1 e 2, e 136, paragrafo 1, lettera b), TFUE nonché sulle norme di diritto internazionale.

Il profilo più interessante della sentenza di primo grado è però l'esame d'ufficio del motivo vertente sul difetto o sull'insufficienza della motivazione; il Tribunale ha in sostanza *motu proprio* scandagliato le ragioni che hanno portato a escludere l'ammissibilità dell'iniziativa, rilevandone la peculiarità e l'essenzialità.

Resta a questo punto da analizzare la decisione del giudice di secondo grado, al fine di valutare le sue considerazioni proprio in merito a questo punto nodale.

2. – Le ragioni di doglianza erano quattro; mentre il secondo, il terzo e il quarto motivo attenevano a errori di diritto, solamente il primo si focalizzava su un profilo di grande rilievo, ossia sull'obbligo di motivazione del rifiuto della registrazione. Si lamentava cioè la sussistenza di un vizio di cui sarebbe stata affetta la decisione del Tribunale, dovuta alla mancata indicazione dettagliata e chiara in ordine all'incompetenza della Commissione, requisito richiesto dall'art. 4 del ricordato regolamento n. 211/2011. Sarebbe mancata da un lato l'individuazione della manifesta incompetenza della Commissione ad adottare l'atto, dall'altro la chiarezza e precisione in merito all'individuazione del fondamento giuridico della competenza della Commissione a presentare un atto giuridico.

Nel rigettare il motivo, la Corte sottolinea che l'obbligo di motivazione degli atti giuridici derivi direttamente dall'art. 296 TFUE. La giurisprudenza ne ha però specificato i caratteri, richiedendo l'adeguatezza, in relazione alla natura dell'atto, la chiarezza e inequivocità dell'*iter* logico seguito, "in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e da permettere al giudice competente di esercitare il proprio controllo". Ma soprattutto serve la concretezza, ossia il riferimento al caso concreto, che permette di far riferimento "non solo al tenore di tale atto, ma anche al suo contesto e al complesso di norme giuridiche che disciplinano la materia".

Tali principi erano stati rispettati nella decisione impugnata. Sotto il profilo del fondamento, il Tribunale avrebbe correttamente ritenuto che la proposta di ICE non avesse alcuna base giuridica idonea a legittimare la presentazione di un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei Trattati. Sotto quello contenutistico, la decisione ha correttamente analizzato l'esistenza di una motivazione dalla natura dell'atto e dal contesto in cui è stato adottato. Detto in altri termini, il Tribunale ha sottolineato che "tenuto conto della natura stessa del diritto di ICE e dell'incidenza che può avere la decisione relativa al rifiuto di registrazione di una proposta di ICE sulla vita democratica

dell'Unione, la Commissione deve motivare la propria decisione di rifiuto della registrazione di una siffatta proposta in modo da far apparire chiaramente i motivi che giustificano tale rifiuto". A tal fine, la proposta deve essere corredata di informazioni ampie sull'oggetto, sugli obiettivi e sul contesto, al fine di permettere alla Commissione di comprendere a pieno il contenuto dell'atto attraverso la spiegazione fornita dagli organizzatori.

Tale requisito, però, difettava nel caso di specie, dal momento che la proposta era carente di informazioni più dettagliate sulla pertinenza degli articoli invocati; in ragione di tale mancanza, la Commissione si sarebbe correttamente limitata a valutare solo le disposizioni invocate a fondamento dell'ICE che avessero una maggiore pertinenza, senza considerare le altre. Tali indicazioni erano sufficienti per conoscere le ragioni del rifiuto e per permettere al giudice dell'Unione di esercitare il controllo su tale motivazione.

3. – La questione posta all'attenzione della Corte si concentra su un punto nodale, ossia sulla motivazione del diniego dell'ICE. Essa serve a dare forma e sostanza al rifiuto della Commissione di dar corso all'iniziativa popolare. Forma perché consente di individuare e discutere sul fondamento giuridico della proposta. Sostanza perché deve individuare, secondo un chiaro *iter* logico, il perché non possa essere adottato un atto in esecuzione delle norme dei Trattati dell'Unione. Proprio in ragione di ciò, i requisiti essenziali della motivazione servono a permettere il controllo da parte dei giudici comunitari.

Più nello specifico, gli elementi costitutivi sono la chiarezza, l'inequivocità, l'adeguatezza e la concretezza. In merito al primo, come precisato anche nella decisione in commento, si richiede che la motivazione indichi "chiaramente i motivi che giustificano tale rifiuto". In realtà, il requisito della chiarezza in questa ipotesi si atteggia quasi specularmente alle ragioni che giustificano l'adozione di un atto normativo. D'altronde, se la chiarezza è un elemento fondamentale dell'atto normativo (come peraltro precisato nella *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea*), esso deve essere presente sin dalla fase dell'iniziativa, sia per accettare che per rifiutare un atto di impulso.

L'inequivocità è altro elemento fondamentale; essa è un corollario della chiarezza, dal momento che il rigetto deve far comprendere in modo chiaro le ragioni che hanno portato a questa decisione.

L'adeguatezza è invece un concetto che presenta un certo grado di discrezionalità, che potrebbe sfociare nella vaghezza. Questo dato emerge proprio da un passo della decisione, in cui si evidenzia che questo requisito viaggia in simbiosi con la concretezza, costituendo insieme un'endiadi. In particolare, sottolinea la Corte, "la motivazione deve essere adeguata alla natura dell'atto di cui trattasi" e inoltre "l'obbligo di motivazione deve essere valutato in funzione delle circostanze del caso". Nel contempo però "la motivazione non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti, in quanto per accertare se la motivazione di un atto soddisfi i requisiti di cui all'articolo 296 TFUE occorre far riferimento non solo al tenore di tale atto, ma anche al suo contesto e al complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia interessata". In sostanza, la Commissione può scegliere nell'intero panorama normativo le norme più utili alle sue argomentazioni, divenendo il suo uno scrutinio volto ad acclarare l'opportunità giuridica di un'iniziativa.

Questo controllo però rischia di spingersi al di là di quanto previsto dalla normativa, poiché esso dovrebbe fermarsi alla verifica di una competenza nel senso indicato dall'iniziativa in capo alla Commissione ai fini dell'attuazione dei trattati. Ciò ovviamente rende alquanto aleatoria l'iniziativa stessa, soprattutto nei casi in cui vi sia la possibilità di pronunciarsi non su tutti gli aspetti della richiesta, ma solo su parte di essa. La Corte ritiene infatti che "la Commissione aveva ben il diritto di pronunciarsi

solamente su quella delle disposizioni invocate in blocco in tale proposta che le sembrasse meno carente di pertinenza [...] senza doversi giustificare specificatamente in relazione a ciascuna di tali disposizioni né, a maggior ragione, motivare l'assenza di pertinenza di ogni altra disposizione del Trattato UE". Ebbene tale rilievo stride con quella parte della decisione in cui si afferma che la Commissione debba indicare in modo chiaro le ragioni del rifiuto, laddove la Corte lasci invece trasparire un certo grado di discrezionalità sulla pertinenza della normativa richiamata a fondamento dell'iniziativa.

L'unico rimedio a eccessi da parte della Commissione è il ricorso all'autorità giudiziaria comunitaria (sulla giurisprudenza a riguardo, A. Maffeo, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 3/2018, 17 e segg.). Anche in questo caso, però, la verifica avviene solo a posteriori, solo dopo che il complesso meccanismo è stato azionato e non, come invece appare preferibile, prima della raccolta delle sottoscrizioni delle proposte. Sul tema si tornerà nella parte finale di questo lavoro.

4. – La motivazione appare allora l'elemento fondante l'iniziativa; questo dato viene particolarmente valorizzato nella decisione in esame, laddove si sottolinea che l'iniziativa aveva un "carattere molto succinto" e l'"assenza di chiarezza", quasi a sottolineare la necessità di procedere all'esplicitazione puntuale delle ragioni poste a fondamento dell'atto.

Ma se ciò vale per l'iniziativa, a maggior ragione deve trovare applicazione nel caso di rifiuto di registrazione. Ciò è sottolineato dal Tribunale (prima sezione), nella decisione del 19 aprile 2016 (causa T- 44/14), in cui si evidenzia che il rigetto della registrazione è atto idoneo "a pregiudicare l'effettività stessa del diritto dei cittadini di presentare un'ICE, sancito dall'articolo 24, primo comma, TFUE. Di conseguenza, una decisione del genere deve far risultare chiaramente i motivi che giustificano tale rifiuto". Specifica, in modo ancora più incisivo, che "il cittadino che abbia presentato una proposta di ICE deve essere posto in grado di capire le ragioni di tale diniego di registrazione. Spetta alla Commissione, investita di una proposta di ICE, valutarla, ma anche motivare la propria decisione di rifiuto tenendo conto della sua incidenza sull'esercizio effettivo del diritto sancito dal Trattato. Ciò deriva dalla natura stessa di tale diritto, il quale, come viene chiarito al considerando 1 del regolamento n. 211/2011, è inteso a rafforzare la cittadinanza europea e a potenziare il funzionamento democratico dell'Unione attraverso una partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell'Unione stessa (sentenza del 30 settembre 2015, Anagnostakis/Commissione, T-450/12, Racc., in fase di impugnazione, EU:T:2015:739, punto 26)".

Appare allora evidente come la motivazione del diniego sia essenziale sia sotto il profilo formale che sostanziale, essendo volta a limitare un diritto fondamentale dell'Unione europea. La relativa omissione o carenza provoca quindi un vizio che porta all'annullamento del diniego. Il dato emerge chiaramente nella decisione del Tribunale del 3 febbraio 2017 (causa T-646/13), in cui si afferma che "la Commissione è venuta meno al proprio obbligo di motivazione non indicando quali, tra le misure enunciate nell'allegato della proposta di ICE, non rientravano nella sua competenza, né i motivi a sostegno di tale conclusione".

Tale profilo assume quindi rilievo anche sotto una differente angolatura. La motivazione, oltre alle ragioni giuridiche, deve indicare, secondo l'art. 10 del regolamento n. 211 del 2011, anche quelle di natura politica. Questo potrebbe portare anche a ragionare in termini di conformità dell'iniziativa proposta con le linee politiche della Commissione. E' allora da chiedersi se questo strumento, più che essere diretto alla formazione di un atto legislativo ai fini dell'attuazione dei trattati, non sia volto a esercitare una pressione politica nei confronti delle istituzioni comunitarie. In tal modo esso diviene un mezzo volto a colmare il *gap* democratico esistente e a permettere sia di dare voce ai cittadini sia alla Commissione di raccordarsi con le esigenze e le necessità

provenienti dalla collettività. Certo, in tale prospettiva lo strumento sembrerebbe molto depotenziato, in considerazione del significato costituzionale che ha l'iniziativa come strumento di democrazia diretta; nel contempo, però, esso incarna l'opportunità data ai cittadini di influire indirettamente sulle scelte politiche dell'Unione. Proprio in ragione di tale impatto, la Commissione dovrà esaminare le iniziative con la massima attenzione (J.-C. Piris, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, trad. it. *Il trattato di Lisbona*, a cura di C. Gracci, Bologna, 2013, 157).

5. – Dall'analisi fin qui svolta, è emerso che la fase dell'ammissibilità della proposta assume un ruolo centrale. Essa infatti può portare a vanificare gli sforzi compiuti dai promotori e volti alla raccolta delle firme necessarie. Questo momento è disciplinato dall'art. 10 del regolamento n. 211/2011, in base al quale la Commissione, entro tre mesi dalla ricezione di un'iniziativa, "espone in una comunicazione le sue conclusioni giuridiche e politiche riguardo all'iniziativa dei cittadini, l'eventuale azione che intende intraprendere e i suoi motivi per agire o meno in tal senso".

È stata sottolineata l'importanza delle motivazioni del diniego, ossia la necessità che, in ossequio al principio di buona amministrazione, vi sia un esame accurato ed imparziale di tutti gli elementi della fattispecie. Tale dato appare sicuramente di grande rilievo sotto il profilo giuridico, perché dà piena attuazione ai vincoli che l'art. 296 TFUE impone agli organi dell'Unione. La problematica però può essere analizzata anche sotto un altro profilo.

È utile a riguardo ragionare su quanto previsto dall'art. 8 della proposta di regolamento attuativo del diritto di iniziativa, la quale prevedeva che, dopo aver raccolto almeno 300.000 dichiarazioni di sostegno di firmatari di almeno tre diversi Stati membri, gli organizzatori presentassero alla Commissione la richiesta di decisione in merito all'ammissibilità della richiesta. Entro due mesi, la Commissione avrebbe dovuto decidere sull'ammissibilità, valutando se la materia fosse rientrata nelle sue attribuzioni e su tematiche per le quali avrebbe potuto adottare un atto legislativo dell'Unione europea.

Questo meccanismo non è nuovo; alcuni Paesi dell'Unione europea (Austria, Polonia e Slovenia) prevedono una sorta di controllo preliminare, sebbene di natura solo formale, volto a impedire la raccolta delle firme per quelle iniziative inammissibili. In sostanza, è necessario prima raccogliere un determinato numero di firme, al fine di portare l'iniziativa all'attenzione dell'organo competente, per poi proseguire, dopo questo *screening* preliminare, all'integrazione delle firme necessarie (N. Rodean, *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*, Milano, 2014, 94).

Tale prospettiva non è stata seguita nella versione definitiva del regolamento comunitario, nel quale è stato cancellato tale filtro, che avrebbe agevolato sicuramente gli organizzatori, consentendogli, prima della conclusione dell'*iter*, di verificare le problematiche dell'atto di iniziativa.

Appare allora forse opportuno, utilizzando il meccanismo previsto dall'art. 22 del regolamento n. 211/2011 ("Clausola di revisione"), che si valuti l'opportunità di modificare il regolamento richiamato per permettere agli organi comunitari di procedere a un controllo anticipato sull'ammissibilità delle richieste; ciò avrebbe un duplice vantaggio, ovvero sia di permettere agli organizzatori, sin dalle battute iniziali, di verificare la corrispondenza della propria attività ai requisiti imposti, sia soprattutto di evitare che ogni iniziativa si trasformi in lunghi conflitti giudiziari, come quello analizzato nella presente nota.



## La legittimità delle limitazioni statali agli alimenti OGM alla luce del principio di precauzione

*di Simone Pitto*

**Title:** The legitimacy of national restrictions to the commercialization of OGM products in the light of the precautionary principle

**Keywords:** OGM products; precautionary principle; food safety

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia, nel decidere su una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Udine con decisione del 10 dicembre 2015, ha affermato importanti principi in merito alle modalità di operatività del principio di precauzione nel commercio alimentare, con particolare riferimento alla coltivazione e alla commercializzazione di prodotti OGM potenzialmente nocivi per la salute dell'uomo.

La Corte, inoltre, ha avuto modo di fornire rilevanti indicazioni sul margine di discrezionalità degli Stati membri per l'adozione, nei rispettivi ordinamenti, di misure provvisorie di limitazione alla coltivazione di determinati prodotti alimentari e mangimi, anche laddove la Commissione europea non ritenga sussistere rischi per la salute.

2. – Il giudizio da cui è originata la pronuncia pregiudiziale aveva ad oggetto l'accertamento della responsabilità penale di alcuni imprenditori agricoli, accusati di aver coltivato una varietà di mais geneticamente modificato, conosciuto come MON810, la cui coltivazione era stata vietata in Italia dal 2013.

Occorre premettere che l'importazione e l'immissione in commercio della predetta qualità di mais era stata autorizzata dalla Commissione Europea già a partire dalla decisione del 22 aprile 1998, in virtù della direttiva 90/220/CEE del Consiglio, che disciplinava l'inserimento nel mercato e nell'ambiente di organismi geneticamente modificati.

Alcuni Stati membri, fra i quali la Francia e l'Italia, nutrivano, tuttavia, diversi dubbi circa il possibile impatto nocivo sulla salute umana di tale variante di granturco geneticamente modificato, alla luce di alcuni recenti studi scientifici.

Sulla scorta di tali dati, nell'aprile del 2013, il governo italiano aveva chiesto alla Commissione di attivare le misure d'emergenza previste dall'art. 34 del regolamento n. 1829/2003 – recante la disciplina della circolazione di alimenti e mangimi geneticamente modificati sul territorio dell'Unione – e vietare la coltivazione di tale tipologia di mais geneticamente modificato.

A sostegno della richiesta le autorità italiane fornivano alcuni studi scientifici del Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura (CRA) e dell'Istituto

Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) attestanti presunti effetti nocivi di tali prodotti sulla salute umana.

La Commissione, tuttavia, non riconosceva la sussistenza dell'urgenza necessaria ad adottare le misure di cui al regolamento CE 178/2002 e si limitava ad incaricare l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (di seguito, per brevità anche "E.F.S.A.") di valutare la sussistenza di prove scientifiche a sostegno della pericolosità dei MONS810.

A seguito del rifiuto della Commissione di adottare i richiesti provvedimenti d'urgenza ed in pendenza dell'esito della valutazione dell'EFSA, l'Italia, con il D.M. del 12 luglio 2013 del Ministro della Salute, di concerto con il Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali ed il Ministero dell'Ambiente, decideva di limitare la coltivazione e l'immissione in commercio sul territorio nazionale dei MONS810, fino all'adozione di misure d'urgenza da parte della Commissione e comunque non oltre i diciotto mesi dalla data del decreto ministeriale.

Nella vigenza del divieto – anche al fine di garantirne l'effettività – era stata inoltre introdotta, all'art. 4, par. 8, del decreto legge del 24 giugno 2014, un'ipotesi speciale di delitto per chiunque avesse violato "*i divieti di coltivazione introdotti con atti adottati, anche in via cautelare, ai sensi degli articoli 53 e 54 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002*".

Successivamente, peraltro, le misure provvisorie di divieto di coltivazione erano state ulteriormente prorogate dal Decreto del Ministro della Salute del 22 gennaio 2015.

Si colloca in questo quadro il giudizio *a quo*, nel quale alcuni imprenditori agricoli friulani erano imputati per aver violato il suddetto divieto di coltivazione e seminato mais transgenico MONS818 nei propri terreni.

3. – Nell'ambito di tale giudizio, il Tribunale di Udine, dubitando della conformità delle preclusioni della disciplina italiana, di cui al DM 12 luglio 2013, al diritto dell'Unione europea, proponeva domanda di pronuncia pregiudiziale *ex art. 267* del TFUE alla Corte di Giustizia, in relazione a quattro questioni:

- (1) se, a fronte della richiesta di uno Stato membro come quella dell'Italia, la Commissione sia obbligata ad adottare le misure d'emergenza di cui all'art. 53 del regolamento n. 178/2002, anche laddove non ritenga l'esistenza di rischi per la salute umana rispetto a certi alimenti e/o mangimi;
- (2) se, a seguito della valutazione contraria della Commissione all'adozione delle misure d'emergenza, lo Stato membro richiedente possa procedere autonomamente ad adottare misure d'emergenza provvisorie nel proprio ordinamento;
- (3) se, in particolare, le predette misure d'emergenza provvisorie di uno Stato membro possano essere adottate, in ottemperanza al principio di precauzione, anche in assenza della prova di un rischio grave e manifesto per la salute dell'uomo, animale o per l'ambiente nell'utilizzo di un alimento o mangime;
- (4) se, infine, ove la Commissione abbia espresso valutazione contraria e l'Agenzia per la sicurezza alimentare abbia confermato l'assenza della necessità di adottare misure d'emergenza, uno Stato membro possa mantenere vigenti le misure provvisorie d'emergenza precedentemente adottate una volta trascorso il periodo provvisorio di durata delle stesse.

La Corte, nell'affrontare le suddette questioni, premette, innanzitutto, una ricostruzione del quadro normativo rilevante in materia di circolazione di alimenti e mangimi.

Il *thema decidendum*, in particolare, ruota intorno all'interpretazione da attribuirsi all'art. 34 del regolamento (CE) n. 1829/2003, recante la specifica disciplina eurounitaria per l'autorizzazione alla coltivazione e commercializzazione di alimenti e mangimi geneticamente modificati, nel quadro della disciplina generale contenuta nel

Regolamento (CE) n. 178/2002 che ha fissato i principi fondamentali della legislazione alimentare dell'Unione e istituito l'E.F.S.A.

Invero, l'art. 34 poc'anzi richiamato, rubricato "*Misure d'emergenza*", consente l'adozione di una serie di misure emergenziali previste dagli artt. 53 e 53 del regolamento (CE) n. 178/2002 nel caso in cui:

- i. sia manifesta la sussistenza di un potenziale grave rischio per la salute umana, degli animali e dell'ambiente cagionato da prodotti autorizzati dal regolamento;
- ii. sorga, in alternativa, la necessità, anche a seguito di un parere dell'E.F.S.A., di sospendere o modificare un'autorizzazione relativa a prodotti contemplati dal regolamento.

Nello specifico, l'art. 53 del regolamento n. 178/2002 consente alla Commissione, in via autonoma o su richiesta di uno Stato membro, di adottare misure urgenti di sospensione, limitazione e regolazione delle modalità di immissione nel mercato di prodotti alimentari o mangimi provenienti da Stati membri o da paesi terzi (in tal caso con sospensione delle importazioni).

Anche l'art. 53 – come l'art. 34 del regolamento 1829/2003 – riconosce, peraltro, quale presupposto per procedere alle misure emergenziali, la presenza manifesta di un rischio grave per la salute umana prodotto da alimenti o mangimi.

Il successivo art. 54, inoltre, disciplina il procedimento per adottare possibili iniziative emergenziali da parte degli Stati membri. Laddove, infatti, a fronte di una segnalazione ufficiale di uno Stato membro alla Commissione, quest'ultima determini di non adottare i provvedimenti di cui all'art. 53, lo Stato membro richiedente può a sua volta adottare misure cautelari provvisorie nel proprio ordinamento.

In tal caso, tuttavia, lo Stato è tenuto a informare immediatamente la Commissione e gli altri Stati membri.

La norma precisa, dunque, il carattere provvisorio e straordinario delle misure che gli Stati possono adottare anche a fronte dell'inerzia della Commissione. Tali caratteristiche si evidenziano altresì nell'ultimo comma dell'art. 54, in base al quale lo Stato membro può mantenere in vigore le predette misure cautelari "*fino all'adozione delle misure comunitarie*".

Una volta premessi i suindicati cenni al quadro normativo rilevante, la Corte passa dunque in rassegna le diverse questioni, lasciando per ultima la terza – evidentemente più delicata, tanto che quasi esclusivamente su tale questione si sono incentrate le conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek – e analizzando congiuntamente la seconda e la quarta questione.

4. – Quanto alla prima questione, invece, la Corte adotta una risposta piuttosto schematica: il dubbio del rimettente riguardava l'obbligo della Commissione di adottare le misure d'emergenza di cui all'art. 54 del regolamento 178/2002 ogni volta in cui fosse informata ufficialmente da uno Stato membro ed anche nel caso in cui non vi fosse un rischio manifesto per la salute umana rappresentato da un determinato prodotto.

La Corte, al riguardo, si limita a rilevare come l'ambito di discrezionalità della Commissione nell'adozione di tali misure sia limitato, dall'art. 34, alla sola presenza di un grave e manifesto rischio per la salute umana, degli animali o dell'ambiente. Detto rischio rappresenta, dunque, l'unico limite che la Commissione è tenuta a rispettare, essendo invece irrilevante la richiesta di uno Stato membro circa l'adozione di tali misure.

Pertanto – conclude la Corte – ove la Commissione non ritenga sussistente tale rischio, può legittimamente astenersi dall'adottare le misure d'urgenza.

5. – La seconda e la quarta questione vengono affrontate congiuntamente nella motivazione, ove aventi entrambe ad oggetto, in sostanza, il margine di discrezionalità

di cui godono gli Stati membri da un lato, nell'adottare le misure d'emergenza nel proprio ordinamento a seguito dell'inerzia della Commissione e, dall'altro, nel mantenere dette misure in vigore e finanche prorogarle se provvisorie, fino a che la Commissione non adotti una decisione che ne imponga la proroga, la modificazione o l'abrogazione.

Quanto al primo profilo (questione n. 2) la sentenza riprende i consolidati precedenti giurisprudenziali che, a partire dalla sentenza Monsanto (C-58/10 - Monsanto e altri, depositata in data 8 settembre 2011), hanno affermato la possibilità degli Stati membri di adottare le misure emergenziali di cui all'art. 34 del regolamento n. 1829/2003, purché vengano da tale Stato rispettate le condizioni sostanziali e processuali indicate da tale articolo e dall'art. 54 del regolamento n. 178/2002.

Tra le condizioni procedurali, in particolare, secondo il precedente poc'anzi evocato vanno ricompresi gli obblighi dello Stato membro di:

- informare la Commissione della necessità di adottare le misure emergenziali;
- informare *immediatamente* la Commissione e gli altri Stati membri delle misure cautelari e d'urgenza adottate a livello nazionale a fronte dell'inerzia della Commissione. Per essere immediata, aggiunge la Corte, la comunicazione deve intervenire “*non oltre il momento dell'adozione delle misure urgenti*” (così anche nella sentenza Monsanto).

I requisiti sostanziali per la validità delle misure statali riguardano invece il permanere di un grave rischio per la salute umana, degli animali o dell'ambiente che deve risultare in modo manifesto ai sensi dell'art. 34 del regolamento n. 1829/2003.

I suddetti obblighi procedurali erano stati peraltro rispettati dall'Italia, che aveva dapprima invitato la Commissione ad adottare le misure d'emergenza e, successivamente, aveva provveduto ad informare dell'adozione delle misure nazionali di cui al D.M. del 12 luglio 2013 del Ministro della Salute.

Quanto al secondo profilo (questione n. 4) la Corte sottolinea anzitutto come l'art. 54, paragrafo 3, nel regolare la durata nel tempo delle misure provvisorie adottate dagli Stati, permette che queste restino in vigore fino all'adozione delle misure dell'Unione europea. Tale previsione, osserva la Corte, consente allo Stato membro sia di mantenere tali misure nel proprio ordinamento, sia di prorogarle ove fossero state adottate per un periodo limitato.

Per giungere a tale conclusione, la Corte utilizza un argomento *a contrario*: la soluzione opposta – ossia l'impossibilità di mantenere o prorogare le misure nazionali – costituirebbe infatti un ostacolo “*alla gestione del rischio che gli alimenti o i mangimi di origine comunitaria o importati da un paese terzo possono comportare per la salute umana, la salute degli animali o l'ambiente*”.

L'elemento di rilievo di tale assunto, specie se confrontato con le conclusioni relative alla terza questione, pare essere la possibilità di uno Stato membro di adottare particolari misure nazionali limitative della coltivazione e circolazione di prodotti alimentari, a fronte del rischio di un pregiudizio alla salute.

Al riguardo la Corte, rifacendosi a quanto affermato nella sentenza Monsanto, precisa come al fine di eliminare le conseguenti disparità di trattamento nell'affrontare i rischi alla salute e promuovere l'uniformità del diritto dell'Unione, i giudici dei singoli Stati membri siano competenti a valutare la legittimità delle misure nazionali adottate ex art. 54 e possano (ovvero siano tenuti in caso di organi di ultima istanza) a promuovere una domanda pregiudiziale alla Corte ove nutrano dei dubbi circa la sussistenza dei relativi requisiti.

In definitiva, la Corte risponde alla seconda e alla quarta questione confermando che rientra nella legittima discrezionalità degli Stati membri mantenere in vigore ed eventualmente prorogare le misure d'emergenza imposte nei propri ordinamenti in base all'art. 54 del regolamento, purché siano rispettati i requisiti procedurali e permanga, sul piano scientifico, il rischio manifesto per la salute umana, elementi che potranno essere oggetto di valutazione da parte di tutti i giudici degli Stati membri.

Il nodo centrale della decisione si sposta dunque sul piano della valutazione del grado di rischio che consente l'adozione, da parte degli Stati, delle suddette misure, anche laddove le stesse abbiano un impatto significativo anche rispetto al mercato unico.

Invero, per comprendere tale grado di rischio occorre fare riferimento allo stato delle conoscenze scientifiche relative al prodotto o alla sostanza alimentare di riferimento ed è sotto questo profilo che si concentra la parte più interessante della decisione relativa all'operatività del principio di precauzione in materia alimentare.

6. – Con la terza questione, invero, il giudice del rinvio chiede alla Corte se l'art. 34 del regolamento n. 1829/2003, interpretato alla luce del principio di precauzione, possa consentire agli Stati membri l'adozione di misure d'urgenza, anche in assenza dei presupposti di cui al medesimo articolo 34.

In altre parole, alla Corte di Giustizia viene chiesto di chiarire il modo in cui opera, in materia alimentare, il principio di precauzione rispetto al requisito della sussistenza di un grave rischio per la salute umana, degli animali o dell'ambiente.

Secondo la tesi difesa dalle autorità italiane, in particolare, i predetti requisiti dovrebbero essere interpretati alla luce del principio di precauzione, posto che lo stesso ispira l'intera disciplina del regolamento 1829/2003.

Da tale premessa, sempre secondo tale tesi, si dovrebbe desumere la possibilità di un "allentamento" di tali requisiti e la facoltà di uno Stato membro di adottare misure d'emergenza provvisorie, fondate sul principio di precauzione, anche in assenza del requisito di un grave e manifesto rischio di cui all'art. 34.

Per affrontare la questione la Corte premette, innanzitutto, alcune considerazioni preliminari sul principio di precauzione e sulla sua operatività.

7. – Invero, nel diritto dell'Unione il principio di precauzione trova ampio spazio in diversi settori normativi, quali ad esempio la materia ambientale, ai sensi dell'art. 191, par. 2 del TFUE che lo codifica quale principio fondante della politica europea in materia ambientale.

Detto principio ha trovato ampio sviluppo proprio nel diritto dell'ambiente sia in ambito internazionale (cfr. ad es. il principio 15 della Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992) sia in ambito europolitano (il principio è citato fra l'altro all'art. 191 del TFUE) ma, in termini generali, rappresenta un principio normativo tipico della società del rischio. Esso, infatti, prescrive alle autorità pubbliche l'obbligo di seguire una generale regola di prudenza nell'emanare politiche normative in settori caratterizzati da rischi non esattamente identificati ovvero da un'incertezza delle conoscenze scientifiche.

Sulla base di tale premessa generale, il principio di precauzione impone l'adozione di misure preventive per impedire tutti i possibili pregiudizi derivanti dai diversi fattori di rischio e difficili da definire precisamente in ragione dell'alta tecnicità ovvero scientificità della materia.

Per i fini che maggiormente interessano in questa sede, in materia di legislazione alimentare il principio di precauzione trova un importante riconoscimento all'interno del regolamento n. 178/2002, il quale stabilisce i principi fondamentali della legislazione alimentare europea. In particolare, il Considerando 20 del regolamento impone un uso del principio di precauzione volto a tutelare la salute dei cittadini dell'Unione, anche tramite l'introduzione di ostacoli alla libera circolazione degli alimenti fra gli Stati membri. Il successivo considerando 21, inoltre, specifica il ruolo del principio rispetto alle situazioni di incertezza sul piano scientifico con potenziali rischi per la vita e la salute degli individui. In tali casi, infatti, proprio il principio di precauzione "*costituisce un meccanismo per determinare misure di gestione del rischio o altri interventi volti a garantire il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità*".

Con specifico riferimento agli organismi geneticamente modificati (OGM), la direttiva n. 2001/18 CE menziona in diverse disposizioni il principio di precauzione quale principio di riferimento della materia ed il sopra ricordato regolamento n. 1829/2003, pur non menzionandolo espressamente, pare recepirlo in diverse disposizioni anche grazie al richiamo alla direttiva 2001/18.

Un altro importante riferimento nel diritto derivato al principio di precauzione si riscontra all'art. 7 del regolamento 178/2002, di particolare rilevanza nel caso *de quo*, ove menzionato quale possibile fondamento alternativo all'art. 34 del regolamento n. 1829/2003 per le misure d'emergenza rivendicate dall'Italia.

L'art. 7, rubricato "*principio di precauzione*" ed inserito nella sezione dedicata ai principi fondamentali della legislazione alimentare, consente l'adozione, da parte delle istituzioni europee e degli Stati membri, di misure provvisorie di gestione del rischio necessarie a garantire un elevato livello di tutela della salute anche eventualmente apportando restrizioni al commercio di beni.

Presupposti per l'adozione di tali misure sono in particolare: la necessità di garantire un elevato livello di tutela della vita e della salute umana, obiettivo primario del regolamento come evidenzia il considerando n. 2. Detta delimitazione comporta altresì l'impossibilità di adottare le predette misure per perseguire obiettivi diversi da quello della promozione della salute. In secondo luogo, la sussistenza di un grado d'incertezza sul piano scientifico circa la possibile sussistenza di effetti dannosi per la salute, derivanti da un determinato prodotto, alimento o mangime. Sotto questo profilo la Corte nella decisione in commento riprende alcuni suoi precedenti nei quali aveva avuto modo di specificare come il grado d'incertezza richiesto per attivare la norma non possa limitarsi ad un'incertezza scientifica basata su mere supposizioni, ma sia necessaria la concreta, se pur non perfetta, identificazione dei potenziali effetti nocivi delle sostanze o degli alimenti indubbiati "sulla base dei dati scientifici disponibili più affidabili" (cfr. *ex multis* le sentenze del 28 gennaio 2010, Commissione/Francia - C-333/08; del 19 gennaio 2017, Queisser Pharma - C-282/15; del 17 dicembre 2015, Neptune Distribution - C-157/14, oltre alla sopra richiamata sentenza Monsanto).

Un ulteriore requisito contemplato dall'art. 7 riguarda la proporzionalità della misura. Sotto tale aspetto, la Corte aveva avuto modo di affermare in precedenti decisioni (in particolare nella sentenza 17 ottobre 2013, Schaible - C-101/12) come per essere proporzionata, la misura deve trovare un giusto equilibrio tra il livello elevato di tutela della salute quale obiettivo fondamentale della legislazione alimentare ed il corretto funzionamento del mercato interno, il quale non deve subire eccessive ed ingiustificate compressioni.

Si colloca in tale prospettiva anche l'ultimo dei requisiti dell'art. 7 del regolamento, la provvisorietà delle misure di gestione del rischio, che rappresenta uno dei parametri utili a evitare un'eccessiva e non proporzionata limitazione del mercato. Il requisito della provvisorietà della misura si collega altresì al tema dell'attualità delle conoscenze e delle certezze scientifiche, ove richiede che si faccia riferimento ai dati scientifici più attuali disponibili al momento dell'adozione della misura, dati che potrebbero col tempo essere superati e richiedere un'implementazione ovvero una riduzione delle misure poste in essere.

Così la *ratio* delle misure di cui all'art. 7 può essere ricercata nella possibilità di adottare misure precauzionali provvisorie, fondate su un potenziale rischio per la salute, in attesa di ulteriori e più puntuali informazioni scientifiche utili a provvedere ad una più corretta valutazione del fattore di rischio.

Conseguentemente, al ricorrere dei suddetti requisiti, il diritto dell'Unione consente l'adozione di misure emergenziali e provvisorie anche non basate su certezze scientifiche ma anche sulla mera impossibilità di escludere con certezza l'esistenza di un rischio attuale per la salute dell'uomo (cfr. punto 42 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale).

8. – Tornando al corpo della decisione in commento, la Corte, per affrontare la terza questione, premette una breve disamina circa il differente ambito di operatività delle misure provvisorie di gestione del rischio fondate sul principio di precauzione ai sensi dell'art. 7 del regolamento 178/2002 e delle diverse misure d'emergenza, su cui s'incentra il dubbio del Tribunale di Udine, disciplinate dall'art. 34 del regolamento 1829/2003.

Mentre le prime, infatti, riguardano la legislazione alimentare in genere e prescrivono l'esistenza di una situazione d'incertezza sul piano scientifico che possa giustificare l'adozione di misure provvisorie fondate sul principio di precauzione, le seconde impongono una regola specifica per l'adozione delle sole misure di cui agli artt. 53 e 54 del regolamento 178/2002, in relazione alla commercializzazione di prodotti autorizzati in base al regolamento 1829/2003, ossia limitatamente agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati.

Ciò premesso, dal diverso ambito di operatività e dalla diversa *ratio* delle due misure, discendono altresì diversi requisiti per la loro adozione. Tale aspetto appare particolarmente rilevante laddove, proprio sulla differenza tra i requisiti previsti per far luogo alle misure s'incentra la decisione della Corte circa la corretta interpretazione da attribuirsi all'art. 34 alla luce del principio di precauzione.

In particolare, se è vero che anche le misure di cui all'art. 54 del regolamento n. 1829/2003 debbono essere interpretate alla luce del principio di precauzione, quale principio fondamentale della legislazione alimentare, tale interpretazione non può tuttavia spingersi a lenire, ovvero eludere i diversi e autonomi requisiti previsti dall'art. 34 del regolamento 1829/2003 per l'adozione di misure d'emergenza in relazione al commercio di OGM.

La Corte sembra motivare questa conclusione anche alla luce del diverso grado di certezza scientifica relativo a possibili rischi per la salute che giustifica l'adozione delle due tipologie di misure.

Da un lato, infatti, le misure fondate sul principio di precauzione, ai sensi dell'art. 7 del reg. n. 178/2002, possono essere adottate laddove, a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti nocivi per la salute e permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico che non consente di identificare con precisione la natura e la portata dei diversi fattori di rischio. In tali situazioni il principio di precauzione impone, dunque, l'adozione di un approccio cautelativo che, sul piano normativo, si traduce nella possibilità di adottare misure provvisorie di gestione del rischio.

Dall'altro lato, l'art. 34 del regolamento 1829/2003 consente l'adozione di misure d'emergenza (quindi anche qualitativamente differenti dalle precedenti) ogni volta in cui risulti *«manifesto» che prodotti autorizzati da quest'ultimo regolamento possono comportare un rischio «grave» per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente*. Questo diverso presupposto, specificato, quanto ai contenuti, dalla sentenza Monsanto richiamata dalla Corte, sussiste a ben vedere nel caso di presenza di seri rischi, da accertarsi sulla base di elementi fondati su dati scientificamente attendibili.

Conseguentemente, prosegue la Corte, deve escludersi che le misure di cui all'art. 34 possano essere adottate in virtù di rischi meramente ipotetici ed eventuali fondati su *«semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente»*.

Sussiste, dunque, una differenza nel grado di rischio che giustifica l'adozione delle une e delle altre misure d'urgenza e tale differenza, in conclusione, comporta l'impossibilità di un'interpretazione dell'art. 34 alla luce del principio di precauzione atteso che tale ricostruzione avrebbe come conseguenza un affievolimento del grado di rischio richiesto da tale norma per adottare le misure emergenziali.

Un profilo interessante da rilevare, anche se rimasto a margine del *decisum* riguarda la *ratio* della previsione di un differente grado di rischio per l'adozione delle due tipologie di misure.

Invero, la differenza nel grado di rischio pare doversi motivare (anche se nella sentenza in oggetto tale aspetto è appena accennato) in ragione della particolarità del sistema di autorizzazione alla circolazione dei prodotti OGM di cui al regolamento n. 1829/2003, rispetto alla legislazione alimentare generale cui si riferisce il principio di precauzione richiamato all'art 7 del regolamento n. 178/2002.

In particolare, l'art. 7 del regolamento n. 178/2002 trova applicazione nell'ambito dell'intero settore della legislazione alimentare eurounitaria e dunque anche in relazione a prodotti potenzialmente nocivi che non sono mai stati oggetto di alcuna procedura specifica di autorizzazione.

Per contro, nell'ambito della libera circolazione di alimenti e mangimi transgenici, il regolamento 1829/2003 prescrive, all'art. 4, il divieto d'immissione in commercio di un OGM in assenza del rilascio di un'autorizzazione a norma del regolamento ovvero in caso di mancato rispetto delle condizioni di autorizzazione. Per gli alimenti e i mangimi Ogm, dunque, sono previsti ulteriori e approfondite procedure e controlli tramite l'istituto delle autorizzazioni, le quali coinvolgono una pluralità di soggetti fra cui la Commissione, il Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali, istituito dall'articolo 58 del regolamento (CE) n. 178/2002 e le autorità competenti per materia dei diversi Stati membri.

Tali procedure, dunque, consentono di approfondire i controlli su tale particolare categoria di alimenti e mangimi considerati più sensibili quanto alla presenza di possibili fattori di rischio e, di conseguenza, di ridurre la possibilità di ripercussioni negative sulla salute degli individui dalla commercializzazione di tali alimenti.

Alla luce di tali argomenti, la terza questione viene risolta dalla Corte nel senso che il principio di precauzione in materia di legislazione alimentare, di cui all'art. 7 del regolamento 178/2002, deve essere interpretato nel senso che non consente agli Stati membri di adottare le misure di cui all'art. 54 del regolamento 178/2002, in assenza della sussistenza degli specifici requisiti sostanziali (e procedurali) di cui all'art. 34 del regolamento, ossia in assenza di un grave rischio per la salute umana risultante in modo manifesto.

9. – Fra le righe della conclusione della Corte pare potersi individuare un argomento che poggia sulla ricerca di un equilibrio tra l'esigenza di evitare eccessive limitazioni al commercio di alimenti e mangimi ed il perseguimento della tutela della salute, finalità fondamentale perseguita dalla legislazione alimentare dell'Unione e dal principio di precauzione.

In tale prospettiva, un'anticipazione della soglia di rilevanza del rischio che può giustificare misure restrittive del commercio anche per alimenti Ogm – i quali, per essere commercializzati, hanno già affrontato un rilevante processo autorizzativo votato anche ad accertare l'assenza di rischi per la salute – potrebbe tradursi, con tutta probabilità, in un'eccessiva compressione del commercio di alimenti. Ciò a differenza del diritto dell'alimentazione generale, nell'ambito del quale la disposizione di cui all'art. 7 del regolamento n. 178/2002 ed il principio di precauzione ivi affermato, garantiscono la riduzione dei possibili rischi alla salute rappresentati dalla messa in circolazione di alimenti potenzialmente nocivi.

Al riguardo, senza negare l'obbligo di tenere presente il principio di precauzione anche per le misure di cui all'art. 54, come già affermato nella sentenza Monsanto richiamata nella motivazione, con la sentenza in commento la Corte sembra, tuttavia, aggiungere un elemento ulteriore in merito ad una certa specificità della legislazione in tema di OGM nel quadro complessivo della legislazione alimentare europea.

Anche detta specificità, invero, pare poter giustificare i diversi e autonomi requisiti previsti dall'art. 34 del regolamento n. 1829/2003 alla luce delle caratteristiche particolari del commercio di alimenti transgenici, i quali devono, pertanto, rimanere fermi.

Dalle considerazioni che precedono si desume, dunque, l'impossibilità di un utilizzo interpretativo del principio di precauzione in relazione ai più stringenti limiti previsti dall'art. 34 del regolamento n. 1829/2003 per l'adozione delle misure d'emergenza in materia di Ogm, le quali devono correttamente essere subordinate alla sussistenza di un rischio grave per la salute umana, risultante in modo manifesto, ossia alla luce di seri e consolidati dati scientifici a riprova.

Sotto tale ultimo profilo, anche nell'ottica delle implicazioni della sentenza in commento sugli Stati membri, appare interessante il richiamo operato dalla Corte all'obbligo dei giudici nazionali di verificare la legittimità delle misure nazionali eventualmente adottate dagli Stati membri ex art 34 reg 1829/2003, rispetto ai requisiti sostanziali e procedurali previsti dallo stesso art. 34 e dall'art. 54 del regolamento 178/2002 e, dunque, anche rispetto alla presenza di un sufficiente grado di rischio, idoneo a giustificare il ricorso alle misure emergenziali.



## L'errore sull'errore scientifico al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea

*di Federico Ponte*

**Title:** The error on the scientific under the scrutiny of the EU Court of Justice

**Keywords:** Scientific error; biodiversity; conservation of natural habitats.

1. – Con la decisione in commento la Corte di Giustizia risolve una questione pregiudiziale sorta nei Paesi Bassi tra la Vereniging Hoekschevaards Landschap, un'associazione a tutela del paesaggio e della natura, e lo Staatssecretaris van Economische Zaken, ovvero il Segretario di Stato agli affari economici del Regno dei Paesi Bassi.

Per comprendere la vicenda è necessario premettere tanto il quadro di diritto eurounitario coinvolto che le caratteristiche delle zone geografiche riguardate.

La direttiva 92/43/CEE del 21 maggio 1992, nota come «direttiva habitat», sorge con il dichiarato scopo di salvaguardare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali e, attraverso essi, della flora e della fauna selvatica presente nel territorio dell'Unione europea. A tal fine istituisce la rete «Natura 2000» che, senza intaccare i regimi di proprietà dei singoli territori, vuole garantire la sopravvivenza a lungo termine delle specie e degli habitat più preziosi e minacciati, con una gestione del territorio economicamente ed ecologicamente sostenibile.

Preliminare alla tutela delle aree soggette al regime della rete Natura 2000 è la loro individuazione, e ciò avviene mediante un *iter* a due fasi, regolato dall'articolo 4 della direttiva. In una prima fase gli Stati membri devono proporre alla Commissione, sulla base dei criteri di cui all'allegato III della Direttiva e alle informazioni scientifiche pertinenti, un elenco di siti in cui si individuano gli habitat naturali e le specie previste rispettivamente dall'allegato I e II.

Nella seconda fase la Commissione elaborerà, di concerto coi singoli Stati membri, un progetto di elenco di siti di importanza comunitaria (SIC), individuando habitat e specie di cui, a causa delle minacce che su di essi incombono, si rende necessario garantirne la conservazione.

Così individuati i siti di importanza comunitaria, spetterà agli Stati membri designarli – mediante un atto regolamentare, amministrativo o finanche contrattuale – come zona speciale di conservazione (ZSC), determinando altresì le priorità per la conservazione degli habitat e delle specie al loro interno.

Può essere opportuno dar conto delle conseguenze della designazione di una zona come ZSC. Tanto le misure quanto le modalità di gestione sono lasciate ai singoli Stati membri, in quanto la direttiva si limita ad attribuire ad essi il compito di stabilire «le

priorità in funzione dell'importanza dei siti per il mantenimento o il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, di uno o più tipi di habitat naturali [...], nonché alla luce dei rischi di degrado e di distruzione che incombono su detti siti.».

Con riguardo alle modalità di gestione, si va da modelli che prevedono la designazione di un amministratore individuato al momento della realizzazione della ZSC affiancato da un operatore tecnico (persona fisica) e un comitato di controllo comprensivo degli *stakeholders* (produttori del territorio, associazioni a difesa dell'ambiente, etc.) come in Francia (cfr. artt. L414-1 – L414-7 del *Code de l'environnement*) a modelli che prevedono una gestione concertata principalmente tra gli attori istituzionali, come avviene tra *Lander* e Federazione in Germania (diffusamente si veda D. Amirante (cur.), *La conservazione della natura in Europa. La direttiva Habitat e il processo di costruzione della rete "Natura 2000"*, Milano, 2003, e V. Todaro (cur.), *Reti ecologiche e governo del territorio*, Milano, 2010).

Per quanto riguarda le misure esse sono le più varie, dovendosi adattare all'oggetto di protezione (habitat o specie che sia) insistente sul territorio. Tipici sono i vincoli alla destinazione d'uso del territorio, nonché gli obblighi di trasformazione degli stessi (come nel caso in commento), l'obbligo di adozione di *best practices*, i limiti al traffico veicolare, etc.

In ogni caso, un dato che accomuna le misure che derivano dall'attuazione della direttiva, è che queste rappresentano spesso un costo economico ed anche un onere per l'ordinamento: per questa ragione sono state previste possibili forme di cofinanziamento (art. 8), e non risulta indifferente per gli Stati l'inclusione di una certa porzione di territorio nella rete Natura 2000.

L'articolo 9 della Direttiva consente infine alla Commissione la periodica valutazione del contributo di Natura 2000 alla realizzazione degli obiettivi proposti, potendo in quella sede altresì variare le aree individuate quali SIC.

Va precisato che gli Stati godono di una certa discrezionalità nell'individuare i siti da introdurre nell'elenco, a maggior ragione laddove si avvalgano della possibilità – prevista dall'allegato III – di individuare superfici adatte al non già alla conservazione bensì al ripristino di habitat e specie meritevoli di tutela, con ciò intendendo zone che al momento dell'inclusione non hanno al loro interno elementi oggetto di tutela della direttiva ma che, proprio con l'introduzione nella rete Natura 2000, verranno finalizzate al loro ripristino.

2. – Questo è il caso del Leenheerenpolder, un polder – ossia un tratto di mare artificialmente asciugato con dighe e drenaggio e nello specifico caso adibito a attività agricole – che era stato individuato per essere «depolderizzato», e cioè trasformato in un'area naturale ordinariamente soggetta alle maree al fine di svilupparne il potenziale in termini di ripristino degli habitat e delle specie che all'epoca non possedeva. Ciò in ragione della sua contiguità con le zone umide di Beningerwaard, Tiengemeten e di altri polders limitrofi tutti facenti parte del sito di Haringvliet, baia del delta del Reno ritenuta strategica per la regione biogeografica atlantica.

Il Leenheerenpolder era stato originariamente incluso dalla Commissione, su proposta del Regno dei Paesi Bassi, nei confini del sito di interesse comunitario Haringvliet (con la decisione di esecuzione n. 2004/813). Step successivo sarebbe stata la designazione, da parte dello Stato membro, del sito come zona speciale di conservazione.

Ma al momento della designazione della ZSC, avvenuta con decreto del 4 luglio 2013, il Regno dei Paesi Bassi ha escluso da tale zona il Leenheerenpolder, che con i suoi 110 ettari rappresentava poco meno del 10% dei 11.108 ettari di Haringvliet.

Tale decisione fu dichiarata illegittima dal Raad van State (Consiglio di Stato) dei Paesi Bassi, che rilevò un palese contrasto del decreto con l'art. 4, par. 4, della «direttiva habitat» ove impone la trasformazione in zona speciale di conservazione (entro sei anni

dalla designazione) dei siti di importanza comunitaria, senza prevedere in questa fase nessuna possibilità di rimodulazione del territorio, annullando perciò il decreto.

Impossibilitato a procedere per via esclusivamente «interna» il Regno dei Paesi Bassi si è rivolto allora alla Commissione chiedendo di escludere il Leenheerpolder dal sito di Haringvliet, specificando che l'abbandono del progetto di depolderizzazione era collegato a motivi di carattere politico, sociale e finanziario, stante anche il fatto che il ripristino delle altre zone umide limitrofe era sufficiente a conseguire gli obiettivi di conservazione del SIC.

La Commissione, nella decisione di esecuzione n. 2015/72, ha accolto la richiesta dello Stato membro. Rileva che detta decisione è stata preceduta da una lettera in cui la Commissione ha affermato di accettare la proposta di modifica sulla base delle valutazioni dallo stesso effettuate in ordine alla potenzialità di ripristino delle altre parti del sito e dallo stato di avanzamento delle misure di ripristino già in itinere, qualificando l'originaria inclusione come «errore scientifico».

Si tenga a mente, poiché vi si tornerà, che la qualificazione come errore scientifico della originaria inclusione del polder è stata originariamente prevista dalla Commissione e non dallo Stato membro.

Così, ancora una volta innanzi al Raad van State, con ricorso proposto dal Vereniging Hoekschewaards Landschap che riteneva il polder insostituibile per il ripristino dell'ambiente naturale estauriale, si discute della legittimità della riduzione della superficie del sito Haringvliet mediante l'esclusione del Leenheerpolder, motivato dal fatto che l'inclusione iniziale dell'area era dipesa da errore scientifico.

Ma sarà solo innanzi alla Corte di Giustizia che la Segreteria di Stato argomenterà in termini di errore scientifico, in quanto aveva «a torto, ritenuto, quando aveva proposto di iscrivere il sito Haringvliet nell'elenco dei SIC, che il Leenheerpolder fosse non soltanto idoneo, ma anche necessario per raggiungere gli obiettivi di conservazione di tale sito». È pertanto solo in questa fase che le motivazioni a base delle richieste della decisione si allineano con quelle fondanti la concessione.

3. – Il Raad van State, giudice del rinvio, chiede, in sostanza, «se sia valida la riduzione della superficie del sito Haringvliet mediante l'esclusione del Leenheerpolder, con la motivazione che l'inclusione iniziale di quest'ultimo in tale sito derivava da errore scientifico».

Da queste premesse la Corte coglie l'occasione per rispondere a due distinte domande, strettamente correlate ma la cui risoluzione non sembra integralmente imprescindibile per decidere il caso. Il ragionamento si articola lungo due piani consequenziali, interrogandosi se (1) quello di specie è un errore scientifico, fornendo anche taluni importanti elementi su che cos'è un errore scientifico, e di conseguenza (2) in caso di risposta affermativa, se detto errore sarebbe idoneo alla modifica dei territori inclusioni nelle decisioni di esecuzione della Commissione.

La Corte, nel risolvere la questione pregiudiziale, rileva che è assente una espressa previsione per la rimodulazione dei siti di importanza comunitaria, fatta eccezione per quanto previsto dall'art. 9 della direttiva Habitat. Detto articolo tuttavia si riferisce all'evoluzione naturale del sito e dunque a sopravvenienze che hanno comportato miglioramenti nella conservazione dell'habitat o della specie a seguito della costante vigilanza degli Stati membri su quelle zone.

La fattispecie in esame è ben diversa, poiché apparentemente si discorre della presenza di un vizio all'origine dell'inclusione, per il quale sono state erroneamente valutate le informazioni scientifiche alla base dell'inserimento del sito nella zona speciale di conservazione.

Prima di procedere la Corte richiama ed estende la sua precedente giurisprudenza – pronunciata con riferimento all'altro 'pilastro' della tutela della biodiversità, ovvero la direttiva «uccelli» (Direttiva 79/409/CEE) – in cui si affermato che, in assenza di

disposizioni particolari che dettano regole inerenti le modifiche dell'elenco dei siti di interesse comunitario, esso deve avvenire con le medesime procedure seguite per l'iscrizione del sito in tale elenco (*Cascina Tre Pini*, C-301/12, pt. 26 – In tema S. De Vido, *Tutela della biodiversità e rispetto dei diritti umani. Le sentenze CGUE nei casi Cascina Tre Pini e Deviazione del fiume Acheloo*, in *Riv. giur. amb.*, f. 6, 2014).

Individuato l'iter, la Corte deve determinare le ragioni che consentono il ricorso ad esso. Sempre guardando alla sua giurisprudenza la Corte trova il caso dell'errore amministrativo, rappresentato ad esempio dall'errore di trasmissione/comunicazione collegato all'identificazione di un sito (*Poitou*, C-96/98, pt. 55-57), nonché o quello inerente l'inevitabilità del degrado del medesimo, che impone un vero e proprio obbligo in capo allo Stato di chiedere il declassamento del medesimo (*Cascina Tre Pini*, C-301/12, pt. 27, 30, 32-34).

Ciò in quanto gli elenchi di cui dispone la Commissione devono essere non solo esaustivi, ma anche «pertinenti» con riguardo all'obiettivo della conservazione (*First Corporate Shipping*, C-371/98): un sito non idoneo, o non più idoneo, recherebbe danno tanto alle finalità della direttiva (per cui verrebbero distratte risorse da destinazioni più pertinenti, cfr. *Cascina Tre Pini*, C-301/12, pt. 28) quanto, probabilmente, allo Stato membro.

Alla luce di quanto detto la Corte non può non concludere, sul punto, che l'errore scientifico è destinato a comportare una rivisitazione dell'elenco dei SIC, ed il dettato normativo suffraga questa impostazione poiché tanto l'art. 4, quanto l'allegato III della Direttiva, fanno riferimento a una serie di criteri e di elementi di valutazione che consentono di individuare aree territoriali concretamente funzionali agli scopi della direttiva. A maggior ragione il richiamo alle 'informazioni scientifiche pertinenti' di cui al già citato art. 4, nonché i plurimi richiami alle conoscenze scientifiche nei *considerando* della direttiva, inducono a pensare a una stretta correlazione rigoristiche tra le valutazioni scientifiche e l'individuazione dei SIC.

258

Così argomentato, e così espressamente introdotto un nuovo motivo di revisione dell'elenco dei SIC, tutto induce a pensare che la Corte ritenga di accogliere l'esclusione del Leenheerpolder. Tuttavia ciò non avviene. Ma i giudici di Lussemburgo, rifacendosi agli atti della controversia originaria, evidenziano come nel 2011 sia intervenuta nei Paesi Bassi una decisione di riconsiderare la politica nazionale sulla natura, ed essa non comprendeva né l'ammissione di un errore di valutazione scientifica *ab origine*, né tantomeno una presa di posizione fondata su una rivalutazione degli elementi scientifici già esaminati o su quelli sorti successivamente.

Ciò non bastasse, nella lettera alla Commissione del 30 settembre 2014 le autorità dei Paesi Bassi avevano sostenuto che (1) lo sviluppo del potenziale naturale del polder veniva abbandonato per ragioni politiche, sociali e finanziarie e (2) gli sviluppi che avevano avuto luogo nelle altre parti del sito erano sufficienti per consentire il conseguimento degli obiettivi.

Per di più, né la Commissione – e a maggior ragione nemmeno il Regno dei Paesi Bassi – hanno fornito nel corso del processo alcun elemento scientifico probante. La riduzione del SIC effettuata in occasione dell'ottavo aggiornamento dell'elenco per la regione biogeografica atlantica mediante la decisione di esecuzione n. 2015/72 si palesa pertanto come una sorta di decisione '*escamotage*' che ha consentito alla Commissione di accogliere le istanze dei Paesi Bassi senza svolgere ulteriori attività istruttorie, ratificando in maniera quasi integralmente avalutativa la richiesta di questi.

Da qui la dichiarazione di invalidità della decisione di esecuzione n. 2015/72 nella parte in cui inserisce il sito Haringvliet senza che sia incluso il Leenheerpolder.

4. – È chiaro sia nella ricostruzione della Corte che in quella dell'Avvocato generale che di errore scientifico si è parlato solamente a seguito di una reinterpretazione da parte della Commissione della richiesta del Regno dei Paesi Bassi. Ciò avrebbe potuto indurre

la Corte ad arrestarsi a registrare una sorta di scollamento tra il chiesto dello Stato membro e il pronunciato dell'istituzione eurounitaria, senza svolgere molte delle considerazioni esposte in materia di errore scientifico.

Andare al di là delle richieste presta sovente il fianco a commenti e osservazioni, in quanto le affermazioni ulteriori – proprio in quanto non perfettamente adattabili al contesto – rischiano di alimentare più dubbi che soluzioni.

Sembra infatti emergere dalla Corte che, ove l'errore scientifico fosse stato paventato fin dall'inizio della controversia, gli esiti della pronuncia sarebbero stati differenti. Ma questa affermazione merita di essere precisata. Non è infatti indifferente il criterio di cui all'allegato III della direttiva sulla cui base il sito in questione è stato originariamente selezionato dallo Stato membro per diventare ZSC, ovvero quello che fa espresso riferimento all'idoneità delle aree riguardate a consentire il ripristino della biodiversità. Ciò implica che non è necessario che gli habitat e le specie di interesse comunitario siano già presenti nell'area ma, stante uno stato di conservazione non soddisfacente, l'inclusione di queste nei SIC può consentire il loro sviluppo su di essi.

Ma può effettivamente parlarsi di errore scientifico? Tale sarebbe l'errore *ab origine* sulla possibilità del loco di apportare un supporto al raggiungimento di uno stato di conservazione soddisfacente. In questo caso tuttavia non v'è stato un errore di questo tipo nell'inclusione del polder, poiché esso è tutt'ora virtualmente idoneo a essere riconvertito e a contribuire al ripristino degli habitat e delle specie.

E parimenti non risulta essere stato ritenuto che l'errore sia stato nel considerare necessario il Leenheerenpolder ai fini del ripristino, essendo ciò unicamente un argomento evocato dalle parti in sede di giudizio.

Peraltro con riguardo al criterio del ripristino dell'ambiente l'errore scientifico si atteggia in maniera assai più delicata che con gli altri criteri: in linea generale non mancano incertezze scientifiche in ordine allo stato di conservazione dei tipi di habitat e specie, che attribuiscono agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell'individuazione dei siti da includere nell'elenco dei SIC. Ma una maggiore discrezionalità – che sembra sfociare nella libera valutazione politica – si ha in quei territori che vengono designati, tra i tanti magari possibili, per il ripristino degli habitat e delle specie.

Per dirlo con le parole dell'Avvocato generale: «nella prassi è pertanto improbabile che risultino necessarie *determinate* misure di ripristino» (pt. 58). L'unico limite che si rinviene è quello del divieto di obbligo di degrado, che si violerebbe omettendo di porre in essere azioni di ripristino potenzialmente idonee (*Gibilterra*, C-6/04, pt. 34). Ma laddove c'è la possibilità di scegliere tra più opzioni, la valutazione è integralmente lasciata al singolo Stato membro.

Ecco allora che consentire anche nelle zone destinate al ripristino di avvalersi del richiamo all'errore scientifico – specie in combinato con un atteggiamento della Commissione piuttosto lassista – rischia di spalancare una 'porta larga' alla rimodulazione dei SIC, con quella discrezionalità che in fase di revisione sembrava invece, stando alla Corte, dover essere negata. Ciò a maggior ragione per la considerazione che valutazioni diverse da quelle ambientali non devono aver cittadinanza nella redazione dell'elenco dei SIC (*Stadt Papenburg*, C-226/08, pt. 30-31).

Infatti, sebbene gli Stati membri godano di una certa discrezionalità nell'individuare i siti da introdurre nell'elenco, essi non dovrebbero disporre dello stesso margine di discrezionalità in casi come quelli in esame. La riduzione della superficie – ma ciò varrebbe anche per la cancellazione – di un SIC comporta una duplice valutazione: dapprima dello Stato membro, che dovrà verificare che esso non rivesta più alcun interesse ai fini della conservazione degli habitat, della flora o della fauna. Conseguentemente, anche la Commissione dovrà valutare la non necessarietà delle zone dal punto di vista dell'Unione europea nel suo complesso.

È proprio questa visione di insieme che spetta alla Commissione per conto dell'Unione europea: quello che può non sembrare necessario per un habitat o una specie

all'interno del singolo territorio può al contrario esserlo per la rete Natura 2000 nel suo complesso che ha tarato le sue determinazioni alla luce delle risultanze prospettate da tutti gli Stati membri.

5. – Vista da altra prospettiva, la sentenza in commento non coglie l'occasione per svolgere importanti precisazioni in materia di motivazione degli atti dell'Unione (sul tema, di recente, A. Maffeo, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi*, 2018) in quanto nella decisione di esecuzione si manifesta un quasi totale silenzio sulle ragioni che hanno indotto alla modifica delle ZSC a parte il riferimento, contenuto nel quarto *considerando*, al fatto che «gli Stati membri hanno inoltre proposto di modificare le informazioni relative ai siti contenute nell'elenco dei siti di interesse comunitario per la regione biogeografica atlantica».

Questo in evidente contrasto con l'art. 296, co. 2 del TFUE, poiché anche espandendo l'orizzonte al contesto e alle norme giuridiche che disciplinano la materia in questione (Cfr. *Gaurweiler e a.*, C-62/14, pt. 70) non è in alcun modo possibile prendere in considerazione le ragioni alla base delle variazioni dei SIC se non con il raffronto tra le migliaia di dati contenuti nelle diverse versioni di volta in volta in vigore della direttiva in esame (anche ove era stata dichiarata la non necessità di una motivazione specifica per la singola scelta tecnica, ben più ampio spazio era stato dato all'emersione dell'obiettivo perseguito dall'istituzione. Cfr. cause riunite C-78/16 e C-79/16, pt. 88-94).

L'obbligo di motivazione non sembrerebbe pertanto essere stato assolto, dovendo al contrario anche la stessa Corte lavorare quasi esclusivamente sulla corrispondenza intercorsa tra la Commissione e il Regno dei Paesi Bassi. La Corte ha tuttavia preferito non affrontare nello specifico il punto – pur stimolata dall'Avvocato generale – ritenendo assorbente la questione delle specifiche motivazioni alla base della decisione. Ciò, se da un lato si spiega con la volontà di dar prevalenza agli aspetti sostanziali della tutela della biodiversità a fronte di questioni più formali, nonché – forse – dal timore porre in capo alla Commissione un obbligo eccessivamente oneroso, dall'altro lascia scoperte 'zone grigie', lacunose di motivazione, negli atti di esecuzione.

## **All'altezza delle Forze dell'ordine: accesso ai concorsi in polizia e requisito della statura minima comune per uomini e donne**

*di Benedetta Profumo*

**Title:** Police recruitment: the minimum height requirement common for both sexes

**Keywords:** discrimination; police; minimum physical height.

1. – Con sentenza pronunciata il 18 ottobre 2017 (causa C-409/16, Ypourgos Esoterikon, Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton c. Maria-Eleni Kalliri), la Corte di Giustizia dell'Unione europea è stata chiamata ad accertare se la normativa dello Stato greco, che subordinava l'ammissione dei candidati al concorso per l'arruolamento alla scuola di polizia ad un requisito di statura minima, indipendentemente dal sesso di appartenenza, fosse in contrasto con le direttive europee in materia di discriminazione.

In particolare, si chiedeva di verificare se l'articolo 1, paragrafo 1, del decreto presidenziale 90/2003 - modificativo dell'articolo 2, paragrafo 1, del decreto presidenziale 4/1995 - ai sensi del quale i candidati civili alle scuole per ufficiali e per agenti di polizia dell'Accademia di polizia dovevano, tra gli altri requisiti, "possedere una statura (uomini e donne) di almeno 1 metro e 70 centimetri", fosse conforme alle disposizioni delle direttive 76/207/CEE, 2002/73/CE e 2006/54/CE.

Queste direttive vietano infatti ogni discriminazione indiretta fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro nel settore pubblico, a meno che tale trattamento differenziato sia dovuto a fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, e non vada oltre quanto adeguato e necessario ai fini del conseguimento dello scopo perseguito dalla misura.

2. – La controversia che ha originato la pronuncia è la seguente. La sig.ra Kalliri aveva presentato domanda di partecipazione ad un concorso per l'arruolamento di allievi nelle scuole per ufficiali e agenti di polizia greca per l'anno accademico 2007-2008. Detta domanda era accompagnata dai documenti giustificativi richiesti. Tuttavia il Dipartimento di Polizia di Vrachati (Grecia) le aveva negato la partecipazione al concorso, in quanto essa non possedeva la statura minima di m. 1,70 richiesta dalla normativa ellenica.

La sig.ra K. contestava tale rifiuto dinanzi alla Corte amministrativa d'appello di Atene, la quale accoglieva il ricorso, ritenendo che la previsione dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera f), del decreto presidenziale n. 4/1995, violasse il principio costituzionale della parità dei sessi.

Tale decisione è stata impugnata dal Ministro degli Interni (*Υπουργος Εσωτερικόν*) e dal Ministro della Pubblica Istruzione e dei Culti religiosi (*Υπουργος Εθνικής παιδείας και Θρησκευμάτων*) dinanzi al Consiglio di Stato, il quale ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale in esame.

3. – Primariamente la Corte si è occupata di determinare se la controversia principale rientrasse nell'ambito di applicazione delle disposizioni delle direttive 76/207 e 2006/54. Infatti la controversia riguardava atti amministrativi adottati nell'anno 2007, in relazione ad un concorso relativo all'anno accademico 2007-2008.

Pertanto le disposizioni applicabili, *ratione temporis*, ai fatti della controversia principale non sono quelle della direttiva 2006/54, bensì quelle della direttiva 76/207, in quanto quest'ultima, in base all'articolo 34, paragrafo 1 della direttiva 2006/54, è stata abrogata con effetto a partire dal 15 agosto 2009.

Individuato il parametro di riferimento, la Corte ha rilevato che l'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), di detta direttiva vieta qualsivoglia discriminazione diretta o indiretta in base al sesso nei settori pubblico o privato, compresi gli enti di diritto pubblico, per quanto attiene alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, nonché i criteri di selezione e le condizioni di assunzione. Da ciò deriva che la direttiva 76/207 è applicabile alle persone che desiderano accedere all'occupazione e al lavoro, anche per quanto riguarda i relativi criteri di selezione e le condizioni di assunzione.

In questa ipotesi rientra il caso in esame ove la parte attrice ha presentato una candidatura per partecipare a un concorso per l'ammissione a una scuola di polizia di uno Stato membro.

Inoltre è certo che la normativa oggetto del procedimento principale, la quale stabilisce un limite di altezza, incida sulle condizioni di assunzione di tali lavoratori e, di conseguenza, fissando norme in materia di condizioni di assunzione nel settore pubblico, deve rispettare i limiti dettati dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), della direttiva summenzionata.

4. – La Corte, dunque, ha valutato se detta previsione instaurasse una discriminazione tra persone di genere femminile e maschile.

Essa ha innanzitutto escluso che tale norma creasse una discriminazione diretta: infatti in base all'articolo 2, paragrafo 2, primo trattino, della direttiva 76/207, per discriminazione diretta si intende una situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga.

In questo senso la normativa nazionale prevede una statura minima comune a uomini e donne, pertanto tratta in modo identico, indipendentemente dal sesso di appartenenza, tutte le persone che presentino la loro candidatura al concorso.

La Corte di Lussemburgo si è dunque domandata se la condizione prevista dalla legislazione greca integrasse una discriminazione indiretta. Come noto, secondo una giurisprudenza consolidata, una siffatta discriminazione si verifica quando un provvedimento nazionale, benché formulato in modo neutro, di fatto sfavorisca maggiormente le donne rispetto agli uomini.

Nella fattispecie, i giudici hanno riconosciuto che la normativa oggetto del procedimento principale creasse una discriminazione indiretta, dal momento che,

essendo mediamente di statura più bassa, le donne risultano nettamente svantaggiate dalla previsione di un'altezza minima unica per entrambi i sessi.

5. – Accertata l'esistenza di una discriminazione indiretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, secondo trattino della direttiva 76/207, si è posta la questione di valutare se tale limitazione trovasse una giustificazione oggettiva basata su una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il suo conseguimento fossero appropriati e necessari.

Soltanto in tale ipotesi, infatti, un simile trattamento differenziato avrebbe potuto essere tollerato.

In questo senso si esprime anche la direttiva 2000/78/CE del Consiglio – che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e che possiede struttura, disposizioni e obiettivi analoghi con quelli della direttiva 76/207 – nella parte in cui, all'art 4, prevede che gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica formi un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.

Seppure spetti normalmente al giudice nazionale accertare l'esistenza di siffatte ragioni obiettive nel caso concreto per il quale è stato adito, i giudici di Lussemburgo, come sempre più sovente fanno, si riservano comunque di fornire indicazioni idonee ad aiutare il giudice del rinvio nella decisione.

Nel caso di specie, questi hanno rilevato che, se è certo che l'intento del governo greco di assicurare il carattere operativo ed il buon funzionamento dei servizi di polizia, costituisca una finalità legittima, resta tuttavia dubbio che un requisito di statura minima, come quello previsto dalla normativa oggetto del procedimento principale, sia idoneo per garantire il conseguimento dell'obiettivo legittimamente perseguito e non costituisca una misura eccedente quanto necessario al conseguimento di tale risultato.

Infatti se vi sono funzioni di polizia che esigono l'utilizzo della forza fisica e presuppongono quindi un'idoneità fisica particolare, esistono altresì attività, quali l'assistenza ai cittadini o la regolazione del traffico stradale, che non richiedono apparentemente un ragguardevole impegno fisico.

Inoltre, anche a voler ritenere che tutte le funzioni esercitate dalla polizia greca richiedano un'idoneità fisica particolare, non sembra che una siffatta idoneità sia necessariamente connessa al possesso di una statura minima e che le persone di statura inferiore ne siano naturalmente mancanti.

In tale senso milita il fatto che fino agli inizi degli anni duemila, ovvero prima di essere modificata dal decreto presidenziale 90/2003, la normativa greca imponeva, ai fini dell'ammissione al concorso per l'arruolamento alle scuole per agenti e per ufficiali della polizia greca, una statura minima diversa per gli uomini e per le donne. In particolare stabilendo con riferimento a queste ultime un limite di altezza inferiore pari a m. 1,65.

Inoltre, come sottolineato dalla sig.ra Kalliri, tale dato è ancora più irragionevole nella misura in cui si considera che anche con riguardo alle forze armate, alla polizia portuaria e alla guardia costiera greca, sono imposte stature minime differenziate.

In poche parole la Corte di Giustizia, seppure velatamente e con la specificazione di rinviare l'effettuazione delle necessarie verifiche al giudice nazionale, ha anticipato la soluzione del caso concreto spingendosi ad affermare che detta normativa non è giustificata.

Essa ha ritenuto infatti che tale limitazione difettesse dei requisiti di necessità e proporzionalità, posto che l'obiettivo perseguito dalla disposizione oggetto del procedimento avrebbe potuto essere conseguito per mezzo di misure meno svantaggiose per le donne, ad esempio ricorrendo ad una preselezione dei candidati fondata su prove specifiche che consentano di verificare le loro capacità fisiche e dunque la loro concreta idoneità al servizio.

6. – Passando ad un profilo maggiormente critico, facendo in particolare riferimento allo Stato italiano e ai possibili risvolti di questa sentenza nel diritto interno, va sottolineato che, nell'esperienza italiana, le pronunce sulla legittimità della previsione di limiti di altezza uniformi hanno costituito uno dei rari casi di contenzioso giudiziale in materia di discriminazione indiretta.

Si segnala, in questo senso, che la Corte costituzionale, già nei primi anni novanta, con la sentenza 163/1993, ha dichiarato incostituzionali alcune disposizioni di una legge della Provincia di Trento, nella parte in cui prevedevano in modo indifferenziato per uomini e donne un limite minimo di statura tra i requisiti richiesti per l'accesso alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico del servizio antincendio.

Secondo la Corte, infatti, la legge in esame, che disciplinava in modo omogeneo situazioni la cui eterogeneità è connessa alla naturale diversità di struttura fisica dell'uomo e della donna, costituiva una discriminazione indiretta fondata sul sesso.

Il giudice delle leggi riteneva pertanto detta disposizione illegittima, in quanto lesiva del principio costituzionale di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., norma che veniva interpretata come avente un valore analogo alle previsioni della direttiva della Comunità Economica Europea n. 76/207.

Situazioni analoghe si sono ripresentate in tempi più recenti.

Ad esempio, simili argomentazioni sono state riprese da una pronuncia di pochi anni fa della Corte di Cassazione (Cass., sez. lavoro, n. 23562/2007), la quale ha ritenuto che la previsione di una statura minima (a prescindere che si trattasse di m. 1,65 o di m. 1,55) identica per uomini e donne comportasse in ogni caso e di per sé una violazione dei parametri costituzionali.

A questo proposito, è interessante osservare come, in tale occasione, la Corte di Cassazione si sia spinta oltre il mero accertamento della sussistenza di una violazione del principio di uguaglianza. Facendo ricorso all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia in materia di discriminazione indiretta, la Suprema Corte infatti ha ritenuto che il giudice di merito avrebbe dovuto sindacare la "ragionevolezza" del limite di altezza fisica, accertando in concreto se le mansioni cui l'attrice sarebbe stata addetta non potessero essere adeguatamente svolte da una persona di altezza inferiore alla soglia prevista (sul punto, più diffusamente, F. Savino, *Discriminazione indiretta e requisito della statura minima per l'assunzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc.3, 2008, p. 563).

7. – In questo senso va sottolineato che in Italia è da poco stato compiuto, in materia di non discriminazione per l'accesso all'occupazione e al lavoro, un ulteriore passo avanti nel percorso della piena eguaglianza di genere, ma non solo.

Invero, se fino a poco tempo fa per entrare a far parte delle Forze armate, delle Forze di polizia a ordinamento militare e civile e del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco erano previsti limiti di altezza, quantunque differenziati a seconda del genere, detti limiti sono stati, ad oggi, del tutto eliminati.

Il nuovo regolamento adottato con D.P.R. 207/2015 (previsto dalla legge 2/2015), che ha modificato l'articolo 635 del codice dell'ordinamento militare (decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66), ha infatti sostituito al vecchio requisito dell'altezza nuovi requisiti fisici basati sui parametri della composizione corporea, della forza muscolare e della massa metabolicamente attiva, ovviamente a loro volta differenziati in relazione al sesso maschile o femminile del concorrente.

La finalità perseguita dal Legislatore con questa normativa, che ha peraltro incontrato il parere favorevole della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato (parere n. 2636/2015), è quella di non precludere, a priori, l'accesso a detti Corpi a coloro che non avessero quel requisito di altezza minima prevista, ma di consentire la valutazione del soggetto in base a differenti parametri. Parametri dai quali possa comunque desumersi, in maniera imprescindibile, l'idoneità del soggetto allo svolgimento del servizio militare o d'istituto.

Infatti, come emerso dalla lettura della Sentenza in esame, le funzioni fisiche non sono necessariamente condizionate dall'altezza. Pertanto il candidato, che anche non possieda quella data statura, potrebbe possedere comunque la forza fisica necessaria ed essere dunque idoneo a svolgere del servizio militare o d'istituto.

Se ne deduce pertanto che, anche in questa ipotesi (ovvero nel caso di statuizione di un requisito di altezza minima differenziato in base al genere), una simile previsione sarebbe discriminatoria, posto che la statuizione di requisiti di accesso – quali, ma non solo, l'altezza minima – sarebbe possibile solo quando questi condizionino il buon funzionamento del servizio. Ovvero soltanto laddove tali caratteristiche siano essenziali al corretto svolgimento delle funzioni che si andranno a svolgere; condizione non riscontrata nel caso di specie.

Inoltre la pronuncia della Corte di Giustizia pone l'accento su un altro punto importante, suscettibile di comportare ulteriori modifiche delle normative europee. I giudici di Lussemburgo sottolineano infatti che, tra i compiti delle forze dell'ordine, esistono anche funzioni che non presuppongono affatto l'impegno prettamente fisico.

Una simile considerazione, passata almeno momentaneamente sottotraccia, potrebbe infatti portare a mettere in discussione anche altri requisiti previsti per l'accesso alle Forze Armate, quali gli stessi parametri fisici sopra citati, nonché, ad esempio, i limiti connessi ai requisiti di vista.

Non resta che attendere le evoluzioni future.



## Vista al caleidoscopio la nozione di amministrazione aggiudicatrice, attraverso lo “specchio” della rilevanza delle operazioni infragruppo

*di Massimo Spinozzi*

**Title:** CJEU's decision on the real meaning of concept of contracting authority, when a Company is wholly owned by a contracting authority. The internal and external transaction into the group

**Keywords:** contracting authority; internal and external transaction; in house providing.

1. – La sentenza in commento riguarda il caso di una procedura competitiva di selezione del contraente, mediante appalto pubblico con procedura semplificata, per l'aggiudicazione di una fornitura di barre di metalli ferrosi posto a bando dalla Società Vilniaus Lokomotyvų Remonto Depas (di seguito: VLRD) ed il cui esito è stato sottoposto al sindacato giurisdizionale da parte dell'aggiudicatario parziale (LitSpecMet UAB).

La stazione appaltante VLRD è una società commerciale il cui capitale sociale è interamente detenuto dalla società statale ferroviaria lituana (Lietuvos geležinkeliai AB, di seguito: LG), nei confronti della quale, all'epoca dei fatti di causa, la VLRD effettuava circa il 90% del proprio fatturato. La VLRD è una società istituita nel 2003 in occasione del processo di ristrutturazione della LG, e si occupa della fabbricazione e manutenzione di locomotive, vagoni e macchine motrici elettriche nonché di veicoli a motore (dagli atti della causa non si ricava un elemento, che chi scrive ritiene dotato di particolare rilevanza ai fini del presente commento, ossia se la VLRD costituisca, per così dire, il destinatario unico degli ordinativi della LG, magari in forza di clausole societarie che ciò prevedano, ovvero se quest'ultima sia libera - ed in un'economia di libero mercato si fa fatica a poter ritenere il contrario, data l'appartenenza della Lituania alla UE - di rivolgersi ad altri operatori economici che forniscano gli stessi beni/servizi della VLRD. La questione è rilevante – anche volendo seguire il percorso logico-argomentativo proposto dai Giudici: vedi *infra* – per valutare se la VLRD sia stata concepita alla stregua di un organismo *in house* da parte della LG).

La questione sottoposta alla valutazione del giudice remittente (la Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania), la quale ha annullato, con rinvio, la sentenza pronunciata in grado di appello dalla Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania), la quale, a sua volta, aveva confermato la pronuncia di primo grado resa dal Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius, Lituania). Nuovamente giunta, a seguito del rinvio, la causa dinanzi alla Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania), questa ha annullato la sentenza di primo grado rimettendo le parti davanti a quel giudice, il quale ha proposto la questione pregiudiziale

dinanzi alla Corte) riguarda l'impugnazione dell'esito della gara, poiché indetta e svolta, a quanto sostiene il ricorrente nel merito, al di fuori delle procedure previste dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

La posizione del ricorrente è nel senso di ritenere che la VLRD sia soggetta alle disposizioni in tema di appalti pubblici e che, conseguentemente, la stessa costituisca un'amministrazione aggiudicatrice. A sostegno della propria tesi, il ricorrente propone una lettura funzionale delle disposizioni delle direttive che forniscono la nozione di organismo di diritto pubblico, ritenendo che la VLRD sia un'amministrazione aggiudicatrice in quanto l'attività di manutenzione che esercita contribuisce al perseguimento dell'interesse generale sussistente in capo alla LG, poiché consente a questa di garantire il servizio pubblico affidatole dello Stato lituano, ossia gestire l'infrastruttura ferroviaria a garantire il trasporto passeggeri. Peraltro, la nozione funzionale di organismo di diritto pubblico si ricava anche da un altro dato contenuto nelle Direttive, le quali escludono la loro applicazione con riguardo agli organismi di diritto pubblico che operano "in condizioni di mercato" (sul punto cfr. L. Torchia, *La nuova Direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015, p. 297).

La posizione della VLRD, invece, è nel senso di ritenere che essa non sia soggetta alle disposizioni in tema di appalti pubblici, in quanto essa non è stata costituita per soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, bensì per integrare le attività commerciali del trasportato passeggeri della LG. A sostegno di tale tesi, la VLRD deduce che è ininfluente, ai fini della sua qualificazione in termini di amministrazione aggiudicatrice, che tra essa e la LG esistano operazioni interne.

Sono intervenuti in giudizio i Governi lituano, tedesco e portoghese, i quali, rispettivamente, hanno aderito alla prospettazione della VLRD (in particolare, il Governo Lituano ha segnalato la non pertinenza del richiamo alla nota sentenza "*Mannesmann*, poiché, nel caso all'esame, la c.d. "teoria del contagio" non si applicherebbe verticalmente); hanno sostenuto che una controllata di un'amministrazione aggiudicatrice sia, a sua volta, un'amministrazione aggiudicatrice quando le sue attività sono dirette a soddisfare esigenze d'interesse generale di cui si occupa la controllante; hanno rilevato che le attività svolte dalla VLRD hanno natura industriale e commerciale e che la stessa ne sopporta interamente i rischi, il che la escluderebbe dal novero delle amministrazioni aggiudicatrici.

È intervenuta, infine, la Commissione, la quale ha dedotto che la VLRD non sia configurabile alla stregua di un organismo di diritto pubblico, poiché istituita per rispondere agli interessi particolari della LG (al pari di un qualsiasi altro fornitore) e non per soddisfare un interesse generale. La Commissione, poi, valorizza un profilo non esaminato dalle altre parti, relativo al fatto che ritiene sia irrilevante che la LG abbia, a sua volta, come scopo la soddisfazione di un interesse generale e che si sia avvalsa, per la realizzazione di tale scopo, della VLRD; e che tale circostanza debba, inoltre, essere apprezzata alla stregua del - e combinata con - il fine lucrativo, ossia commerciale, o meno della VLRD (circostanza che, a parere della Commissione, solo il Giudice remittente può valutare).

La domanda sulla quale è stata chiamata a pronunciarsi la Corte riguarda il rinvio pregiudiziale "Se l'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE debba essere interpretato nel senso che non deve essere considerata un'amministrazione aggiudicatrice una società: - che è stata fondata da un'amministrazione aggiudicatrice che si occupa di attività nel settore dei trasporti su ferrovia, segnatamente: la gestione di infrastruttura ferroviaria pubblica; il trasporto di passeggeri e merci; - che svolge autonomamente un'attività commerciale, fissa una strategia commerciale, adotta decisioni relative alle condizioni dell'attività della società (mercato del prodotto, segmento di clientela ecc.), partecipa in un mercato concorrenziale nell'intera Unione europea e al di fuori di esso, fornendo servizi di produzione e manutenzione di materiale rotabile, e prende parte a procedure di aggiudicazione di appalti connesse a tale attività,

cercando di ottenere ordini da terzi (diversi dalla società controllante); - che fornisce servizi di riparazione di materiale rotabile al suo fondatore in base a operazioni “in-house” e il valore di detti servizi rappresenta il 90 per cento dell’intera attività della società; - che presta servizi al suo fondatore finalizzati a garantire l’attività di trasporto passeggeri e merci svolta dallo stesso. Qualora la Corte di giustizia dell’Unione europea stabilisse che, nelle circostanze sopra esposte, la società deve essere considerata un’amministrazione aggiudicatrice, se l’articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE debba essere interpretato nel senso che la società perde lo status di amministrazione aggiudicatrice se il valore dei servizi di riparazione di materiale rotabile prestati sulla base delle operazioni in-house all’amministrazione aggiudicatrice suo fondatore si riduce e scende al di sotto del 90 per cento, o non costituisce la parte principale del fatturato totale dell’attività della società”.

Così ricostruite le posizioni delle parti e la domanda del giudice *a quo*, è possibile evidenziare i punti di maggiore interesse della sentenza in commento, cercando: di individuare a quale tipo di approccio, sostanziale o funzionale, si sia ispirata la Corte nel decidere; di individuare quale criterio abbia applicato la Corte per stabilire la VLRD sia o meno un organismo di diritto pubblico e, quindi, un’amministrazione aggiudicatrice; di individuare se dalla sentenza in commento emergono elementi differenziali rispetto ai precedenti orientamenti e quali possano essere, in un caso ovvero nell’altro, le linee di tendenza evolutiva della giurisprudenza della Corte in materia e sul punto specifico.

2. – Ai fini della comprensione della decisione in commento sono necessari brevi e sintetici cenni sull’organismo di diritto pubblico e sulla nozione di amministrazione aggiudicatrice, muovendo sia dal dato normativo (si dovrebbe, preliminarmente, verificare se si verte nell’ipotesi di applicabilità della direttiva 2004/18/CE - quella che potremmo definire “ordinaria”, per intenderci, riferita a tutti i tipi di appalto pubblici - ovvero della direttiva 2004/18/CE, dedicata, invece, ai settori acqua ed energia, trasporto e servizi postali. Tuttavia, poiché entrambe le direttive forniscono la stessa definizione di organismo di diritto pubblico, si può prescindere da tale verifica in quanto, in definitiva, ininfluente per il presente commento) sia dalla produzione dottrinale, con la consapevolezza che *“l’individuazione dei caratteri peculiari dell’organismo di diritto pubblico è l’approdo di un risalente dibattito giuridico sui profili peculiari di tale categoria di soggetto pubblico e sugli aspetti rilevanti che riguardano la soggettività pubblica e la pubblica amministrazione [...]”* (così C. M. Saracino, *Un ulteriore tassello nell’elaborazione della nozione di organismo di diritto pubblici: recenti arresti giurisprudenziali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1/2016, p. 315). Detto altrimenti, le conclusioni raggiunte, in particolar modo dalla dottrina, in tema di indici distintivi dell’organismo di diritto pubblico, hanno contribuito ad ispezionare la nozione di pubblica amministrazione e della sua soggettività, esercizio di assoluto rilievo nel percorso di ricostruzione (per spunti su tale percorso si veda F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell’interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Cedam, 2000). di una possibile nozione unitaria di pubblica amministrazione (per quanto riguarda l’evoluzione della nozione di pubblica amministrazione in sede europea, cfr. M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2013, cap. V. l’A., muovendo dal principio di indifferenza comunitaria rispetto all’assetto istituzionale degli Stati membri, riferisce dell’interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia al principio di leale cooperazione di cui all’attuale art. 4 TFUE, affermando che *“La Corte ha ritenuto che l’obbligo degli Stati membri di adottare le misure di carattere generale e particolare, atte ad assicurare l’esecuzione degli obblighi che scaturiscono dal Trattato e dagli atti comunitari, implichi anche l’adozione di tutte le misure amministrative necessarie per consentire l’applicazione della normativa comunitaria: quindi, con un coinvolgimento diretto delle amministrazioni nazionali. L’autonomia degli Stati nell’organizzazione della propria*

*amministrazione vale dunque sino a quando la Comunità non interviene, e comunque nella misura in cui non mette a rischio l'applicazione della normativa comunitaria.”).*

Il livello normativo al quale qui ci si riferisce è quello comunitario, in ragione della pertinenza con il giudice ha pronunciato la decisione in commento. Rispetto ad un criterio classificatorio o misto (privilegiato dal legislatore del 1993), il legislatore comunitario del 2004 (come, pure, quello del 2014) ha preferito un criterio sostanzialistico, senza fornire il catalogo dei soggetti ritenuti organismo di diritto pubblico, e fornendo una nozione più ampia possibile di organismo di diritto pubblico con la sola limitazione della sussistenza di tre caratteri: la personalità giuridica del soggetto, l'essere questi sottoposto ad un'influenza pubblica dominante (i cui indici rivelatori sono: il finanziamento pubblico maggioritario, la sottoposizione della gestione al controllo pubblico, la composizione maggioritaria pubblica degli organi societari, ovvero la loro sottoposizione al controllo pubblico), l'essere questi istituito specificamente per soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

La definizione normativa è stata interpretata, dal giudice comunitario, sulla base di un criterio funzionale (criterio anche utilizzato, sin dalla dottrina più risalente, per l'individuazione dell'ente pubblico nel nostro ordinamento: cfr. S. D'Albergo, *Sistema positivo degli enti pubblici nell'ordinamento italiano. Profili funzionali*, Giuffrè, 1969) piuttosto che sostanziale. In altri termini, la giurisprudenza comunitaria ha, per così dire, superato la sola individuazione del perseguimento del fine pubblico in favore della verifica della strumentalità dell'attività rispetto ad un fine pubblico. In tal senso, è stata fatta applicazione del criterio teleologico, per il quale assumono rilevanza il fine e gli interessi propri del soggetto, così che dovrebbe predicarsi pubblico qualsiasi soggetto che ponga in essere esercizio di una funzione amministrativa. Tuttavia tale criterio di individuazione risulta fallace nella misura in cui porta a far prevalere le finalità e gli interessi sulla natura giuridica delle figure soggettive utilizzate, così - di fatto - neutralizzando gli elementi differenziali tra soggetti formalmente pubblici e soggetti non formalmente pubblici ma sottoposti - nel senso più ampio possibile - ad un'influenza pubblica. Una possibile linea evolutiva può consistere nel superare l'approccio, per così dire classico, in termini di logica binaria finora approfondito, verso la ricerca di un approccio differente che potrebbe consistere nella valutazione della possibile esistenza di un fenomeno di ibridizzazione (nel quale ricomprendere figure - che non lo sono ma che diventano - soggettive prima non esistenti, quali, ad esempio, il partenariato pubblico privato).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, invece, ha distinto, nell'ambito delle società pubbliche, le società che esercitano attività d'impresa da quelle che svolgono attività amministrativa, ricomprendendo in queste le società *in house*. Inoltre, a prescindere dall'attività in concreto svolta, secondo “[...] qualora ne sussistano i requisiti la società pubblica riveste la natura di organismo di diritto pubblico con la conseguenza che l'attività che pone in essere è un'attività amministrativa soggetta in quanto tale allo statuto della pubblica amministrazione” (così A. Berlucchi, *Nomina e revoca di amministratori e sindaci di società pubbliche: spunti di riflessione*, in *Foro Amm.*, 2017, p. 1979).

3. – Posto che non risultava controversa tra le parti la ricorrenza di due delle tre condizioni richieste (dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17 e dall'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18) per l'identificazione della VLRD quale organismo di diritto pubblico, non è restato alla Corte che valutare se sussistesse la terza di dette condizioni, le quali - come è noto - devono sussistere cumulativamente per far sì che la fattispecie concreta possa essere sussunta entro quella astratta normativa.

Il fulcro della decisione in commento è rappresentato dal punto 36: “*Si deve, pertanto, determinare anzitutto se la VLRD sia stata istituita allo scopo specifico di soddisfare*

*esigenze di interesse generale e se tali attività soddisfino effettivamente dette esigenze, prima, eventualmente, di esaminare se siffatte esigenze abbiano o meno carattere industriale o commerciale.*”. Cioè, in particolare, se la stessa costituzione del soggetto giuridico in questione sia avvenuta allo scopo specifico di soddisfare esigenze di carattere generale.

La verifica che compie la Corte passa attraverso due elementi: il primo, rinvenuto sul piano fattuale; il secondo, rinvenuto indagando l’oggetto sociale.

Con riguardo alla valutazione dell’elemento di fatto, la Corte assegna particolare rilievo ad un dato anche storicamente apprezzabile: dagli atti processuali emerge che la VLRD sia stata creata a seguito di un processo di riorganizzazione della LG, nell’ambito del quale processo alla stessa VLRD è stato assegnato il compito di produrre e riparare le locomotive e le vetture rotabili, e di fornire alla LG tali beni unitamente ai servizi ad essi connessi. In altri termini, la VLRD si presenta al pari di una sorta di articolazione esterna della LG, sin dal processo di riorganizzazione aziendale di quest’ultima, circostanza che (sebbene il Giudice ritenga che “[...] spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.”: punto 39 della sentenza) milita univocamente nel senso di ritenere che “[...] la VLRD è stata istituita allo scopo specifico di soddisfare esigenze della sua società controllante, atteso che le esigenze del cui soddisfacimento la VLRD è stata investita costituiscono una condizione necessaria per l’esercizio dell’attività di interesse generale di tale società controllante”.

In altri termini, nell’esame dei fenomeni societari infra-gruppo, ai fini della qualificazione di un determinato soggetto giuridico in termini di organismo di diritto pubblico, ciò che rileva non è il suo oggetto societario bensì il suo ruolo nell’ambito del gruppo e, in particolare, nei confronti della società, che si trovi rispetto ad esso in posizione di controllo, già qualificabile, a sua volta, in termini di organismo di diritto pubblico. La Corte si spinge sino ad affermare l’indifferenza, dal lato del soggetto la cui natura giuridica si stia indagando, dello svolgimento di altre attività a scopo di lucro sul mercato (nel periodo di riferimento, comunque, gli ordini della LG alla VLRD rappresentavano circa il 90% del fatturato di quest’ultima della VLRD, circostanza questa che la Corte non ha ritenuto determinante ai fini della decisione: “*Non incide, a tale riguardo, il fatto che il valore delle operazioni interne possa in futuro rappresentare meno del 90%, o una parte non essenziale, del fatturato totale della società*”).

Con riguardo all’indagine dell’oggetto sociale (che la Corte compie subordinatamente alla valutazione del dato storico relativo al contesto della creazione della VLRD) la valutazione avviene a seguito della verifica del carattere non industriale o commerciale dell’interesse generale che soddisfa la VLRD. Per compiere tale valutazione la Corte ancora il ragionamento ad alcuni elementi, individuati nelle circostanze che hanno determinato la creazione della VLRD e nelle condizioni nelle quali la stessa svolge le sue attività (valorizzando, ad esempio, “[...] la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale delle attività di cui trattasi.”: punto 43 della sentenza).

Nel caso che ci occupa la Corte si limita a fornire un criterio orientativo per il Giudice remittente, al quale spetta, in buona sostanza, valutare se la VLRD costituisca un soggetto “singolare” nel mercato (ove il soggetto costituito in forma societaria non eserciti un’attività sottoposta almeno al principio dell’equilibrio di bilancio, ma eroghi servizi essenziali, non si tratta di un’impresa pubblica vera e propria, nel senso di esercizio di attività economica da parte di un pubblico potere, bensì di una attività di mera erogazione rispetto alla quale non viene in questione l’esercizio dell’autonomia imprenditoriale. “*L’attività imprenditoriale è, in altri termini, unica, nel senso che deve essere riconducibile alle regole del mercato, indifferenti rispetto all’eventuale natura pubblicistica di alcuni suoi attori*”: così F.A.Roversi Monaco, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazza, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Monduzzi Editore, 1993, Vol. I. p. 1066) ovvero sia equiparabile a tutti gli altri operatori economici che operano in quel determinato mercato di riferimento, i quali si muovono in condizioni di concorrenza (“*spetta al giudice del rinvio*

*verificare, sulla base di tutti gli elementi di diritto e di fatto del caso di specie, se, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale, le attività esercitate dalla VLRD, dirette al soddisfacimento delle esigenze di interesse generale, fossero effettuate in situazione di concorrenza, e in particolare se la VLRD potesse, alla luce delle circostanze della specie, lasciarsi guidare da considerazioni diverse da quelle economiche.*: punto 46 della sentenza). Salvo affermare la Corte (richiamando un proprio precedente risalente: sentenza del 16 ottobre 2003: Commissione/Spagna, C-283/00) che “[...] se l'organismo di cui trattasi opera in condizioni normali di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite collegate all'esercizio di dette attività, è poco probabile che le esigenze che esso mira a soddisfare siano di natura diversa da quella industriale o commerciale.” (punto 44 della sentenza). Secondo la Corte, anche il perseguimento mediato di un interesse generale avente carattere non industriale o commerciale rende il soggetto un organismo di diritto pubblico.

Al di là del brano, ora trascritto, nel quale la Corte effettua un riferimento al mercato, resta solo sullo sfondo il tema della concorrenza, alla quale, da quanto è dato comprendere dalla sentenza in commento, la VLRD sembra decisamente essere sottratta (afferma l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni, che *“Dalle informazioni contenute nel fascicolo e da quelle fornite durante l'udienza si desume, tuttavia, che la parte essenziale (il 90% nelle date rilevanti) delle attività della VLRD viene svolta in un contesto economico caratterizzato dal monopolio delle forniture ferroviarie alla LG, ossia in condizioni non di mercato. La LG copre il proprio fabbisogno con il materiale ferroviario fornitole dalla controllata, senza ricorrere a procedure a evidenza pubblica che aumenterebbero la pressione concorrenziale sulla VLRD. Quest'ultima quindi può attenersi a criteri diversi da quelli del mercato, con la certezza (o senza correre rischi) di non aver bisogno di nient'altro per evadere gli ordinativi che, in ogni caso, le sono garantiti dalla LG.”*). Ed è proprio tale sottrazione – peraltro ad opera della amministrazione aggiudicatrice sua controllante - rispetto ad un contesto normale di mercato che, ad avviso di chi scrive, rende la VLRD indirettamente un organismo di diritto pubblico (sulla sottrazione delle società pubbliche al mercato, almeno nel nostro ordinamento, si deve ricordare una delle principali manifestazioni di tale deroga, consistente nel fatto che queste, almeno sino all'introduzione del D. Lgs. n. 175/2016 e nonostante le precedenti oscillazioni giurisprudenziali, peraltro maggioritarie nel senso negativo, risultavano sottratte alla disciplina del fallimento, senza che nemmeno si compisse il distinguo tra attività a rilevanza pubblicistiche ed attività che ne fossero prive. In argomento, cfr. Cass. Civ., Sez. Un., sentenza 3 ottobre 2016 n. 19676, per la quale *“Risultano, così, legislativamente confermate (la stessa Relazione illustrativa al decreto legislativo in commento spiega che “le osservazioni volte a sottrarre le società in house al diritto comune delle crisi d'impresa non sono state accolte”) le conclusioni alle quali era ormai da tempo pervenuta la giurisprudenza di legittimità, la quale, per un verso, ha riconosciuto la sottoponibilità a fallimento delle società partecipate (sul rilievo che la scelta del legislatore di consentire all'ente pubblico l'esercizio di determinate attività mediante società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità — cfr. Cass. sez. 1<sup>a</sup> n. 22209/13) e, per altro verso, ha assoggettato amministratori e dipendenti delle società in house alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale (sulla stregua, dunque, della già menzionata SU n. 26283/13”*, con nota di commento a cura di E. Codazzi, *“Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile”*).

Resta, in ultimo, da valutare (anche se la Corte si è disinteressata alla questione) se tra la LG e la VLRD sussista una relazione “in house” ed in quale misura la risposta affermativa possa influire sul quesito pregiudiziale.

Sia il dato storico della creazione della VLRD da parte della LG, sia il contenuto concreto dei rapporti tra controllante e controllata, consentono di ritenere che, ove la

VLRD non fosse stata costituita, la LG avrebbe provveduto ad approvvigionarsi ricorrendo al mercato degli appalti pubblici, applicando la direttiva comunitaria in tema. Avendo, invece, costituito la VLRD, alla quale ha deciso di legarsi mediante un rapporto interorganico, la LG sottrae, in forza della consentita deroga “in house”, al regime degli appalti pubblici le operazioni infragruppo compiute con la VLRD.

In altri termini, le operazioni infragruppo tra la LG e la VLRD, le quali avvengono sulla base di una relazione tale da ritenere sussistente la deroga “in house”, devono essere esaminate e valutate con argomenti diversi rispetto a quelli che devono essere utilizzati per esaminare e valutare le operazioni esterne, poste in essere dalla VLRD anche per l’assolvimento dei compiti che le sono stati affidati dalla LG, altrimenti giungendosi, ove tale distinguo non venisse compiuto, ad una consentita elusione delle conseguenze derivanti dalla condizione di ente aggiudicatore.

In tal senso, quindi, continua a restare decisivo (oltre che residuale) il criterio, al quale la Corte si è unicamente riferita, della soddisfazione indiretta di un interesse generale avente carattere non industriale o commerciale, per determinare la natura di organismo di diritto pubblico della VLRD.

4. – Nella necessaria prospettiva comparativistica alla luce della quale occorre affrontare il tema qui esaminato, è possibile affermare che la difficoltà della ricostruzione dei confini dell’organismo di diritto pubblico non è propria solo del nostro ordinamento ma la si rinviene anche in molti altri ordinamenti europei.

L’affermazione non può apparire che scontata, dal momento che la necessità di delimitare detta nozione è dettata dall’esigenza di coordinare le (singole ed anche unitamente intese) discipline nazionali con i tre strumenti comunitari istituiti per la realizzazione del mercato interno europeo: le libertà di circolazione, la concorrenza (in argomento cfr. G. Torelli, *Concorrenza e vincolo funzionale nelle società di gestione dei servizi pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 33/2017, 357 ss., con nota di commento a Corte Cost., sentenza 16 giugno 2016 n. 144), le limitazioni agli aiuti di stato.

Occorre precisare che, in tale ambito, processi normativi comunitari e pronunce della Corte si sono sviluppati quasi contemporaneamente e secondo un procedere normativa-giurisprudenza piuttosto omogeneo. Il primo intervento di carattere parnormativo è rinvenibile nella “*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*” (2000/C 121/02), del 24 febbraio 1999; mentre, in precedenza, si era verificato un vero e proprio intervento normativo organico, con l’adozione della Direttiva 92/50/CEE (dedicata agli appalti pubblici di servizi), della Direttiva 93/36/CEE (dedicata agli appalti pubblici di forniture) e della Direttiva 93/37/CEE (dedicata alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, e che ha sostituito la Dir. 71/305/CEE). Risale alla fine degli anni ’90 del secolo scorso, ed è, tuttora, in pieno sviluppo, la formazione della giurisprudenza comunitaria che ha iniziato ad indagare la figura dell’organismo di diritto pubblico e la modalità di affidamento definita *in house providing*: tale indagine è stata effettuata a partire dall’esigenza di assicurare tutela alla concorrenza nel settore degli appalti pubblici (settore che è stato eletto quale ambito di preferenza nel quale esaminare la questione. Scrive C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Giuffrè, 2001, p. 496-497: “Il «fermento» parnormativo, normativo e pretorio che si è andato sviluppando attorno alla materia appalti pubblici è sintomatico del ruolo centrale che tale materia riveste nella realizzazione effettiva del Mercato Unico il quale è, al tempo stesso, fine e mezzo dell’Unione europea”). La centralità del tema degli appalti pubblici, per la realizzazione di un mercato comune, emergeva, all’epoca dei primi provvedimenti della Corte, anche dal “*Livre vert: les marchés publics dans l’Union Européenne: pistes de réflexion pour l’avenir*”, Com (96)583, del 27.11.1996, nel quale, al punto 2, venne scritto: “*La politique de l’Union en matière de marchés publics a pour objectif d’établir dans ce secteur une concurrence loyale et ouverte, qui permette aux fournisseurs de tirer*

*pleinement parti du Marché unique et aux pouvoirs adjudicateurs d'opérer librement un choix dans un éventail d'offres plus compétitives et plus nombreuses. Le cadre juridique communautaire de base nécessaire à la réalisation de ces objectifs a maintenant été établi: il représente un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et de souplesse.*

Dopo quasi vent'anni di giurisprudenza comunitaria (la sentenza capostipite in materia è la nota “Teckal”, sentenza 18 novembre 1999, in causa C-107/98) è possibile affermare che la creazione della figura dell'organismo di diritto pubblico ha consentito, effettivamente ed efficacemente, di contrastare il ricorso a soggetti giuridici formalmente di diritto privato che, proprio perché tali, si ponevano (o, meglio, pretendevano di porsi) in deroga alla disciplina degli appalti pubblici, sostanzialmente eludendola (celebri sono le conclusioni rassegnate, nella causa “Teckal”, dall'Avvocato Generale Georges Cosmas, il quale ebbe a scrivere che “*Se ammettiamo la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.*”). La normativa (ma prima la giurisprudenza, comunitaria ed interna) si è indirizzata nel senso di consentire tale deroga a condizione che venissero rispettati alcuni limiti, peraltro piuttosto stringenti (attualmente indicati al considerando 32 della “Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE”, e codificati all'art. 12 della stessa Direttiva: “*Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.*”), i quali risultano conformi alla previsione di cui all'art. 106 TFUE.

Parimenti affrontata in diversi paesi europei - oltre all'Italia, segnatamente, Germania, Spagna, Francia ed Austria - è stata la questione del contenuto della nozione di controllo analogo ed alle concrete circostanze nelle quali questo possa effettivamente ritenersi sussistente ed effettivo. In argomento, la Corte ha avuto occasione di individuare le modalità dell'esercizio del controllo analogo (“*Parken Brixen GmbH*”, sentenza 13 ottobre 2005 in causa C-458/03; “*Carbotermo SpA*”, sentenza 11 maggio 2006 in causa C-340/04; “*Anav*”, sentenza 6 aprile 2006 in causa C-410/04); l'ipotesi plurisoggettiva di manifestazione dello stesso (“*Asemfo*”, sentenza 19 aprile 2007 in causa C-295/05; “*Coditel Brabant*”, sentenza 13 novembre 2008 in causa C-324/07); la presenza, anche minoritaria, di una partecipazione privata (“*Commissione/Austria*”, sentenza 10 novembre 2005 in causa C-29/04); la possibilità che un organismo di diritto pubblico eserciti, anche solo *in parte qua*, un'attività diversa ed anche industriale o commerciale (“*Mannesmann*”, sentenza 15 gennaio 1998, in causa C-44/96).

Il sorgere di numerose controversie nell'ambito di ciascun singolo Stato membro ha dato occasione alla Corte di esaminare sotto diversi profili l'organismo di diritto pubblico. Ad una prima fase (per una completa ricostruzione della giurisprudenza comunitaria si veda Cons. St., Sez. V., sentenza 16 gennaio 2017 n. 108, con nota di A. Cavina, *Organismo di diritto pubblico e mercato concorrenziale: un indizio che non fa la prova*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, p. 507 ss), informata ad una - peraltro inevitabile, poiché data sull'onda della necessità di contenere il fenomeno elusivo delle regole concorrenziali -

applicazione estensiva, è seguita una seconda fase - per così dire - riflessiva e di contenimento per poi giungere al periodo attuale, nel quale la Corte è orientata nel ritenere che “[...] l’obiettivo delle direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell’attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche [...]. Alla luce di tale duplice obiettivo della liberalizzazione del mercato e della trasparenza, la nozione di organismo di diritto pubblico deve essere intesa estensivamente.” (cfr. “*Adolf Truley GmbH*”, sentenza 27 febbraio 2003 in causa C-373/2000).

Risulta, quindi, inevitabile che la sede europea costituisca - e continui a costituire - il luogo di composizione dei contrasti tra normative nazionali e realizzazione del mercato interno europeo, e che tale luogo coincida - e continui a coincidere - sostanzialmente con la materia degli appalti pubblici, attesa la rilevanza, nel mercato e per il mercato, che assume l’amministrazione pubblica nel momento in cui si approvvigiona di beni e servizi (sul punto, si richiama il considerando n. 2 della Direttiva 2014/24/UE, a tenore del quale “*Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020-Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici.»*).

Sussiste, poi, un’altra importante ragione per la quale la sede europea costituisce l’unico piano di analisi sul quale sia possibile sviluppare un ragionamento in una prospettiva di integrazione europea. Tale ragione è rappresentata dal Patto di stabilità.

La collocazione europea, e non solo limitata al contesto nazionale, dei soggetti destinatari di affidamenti *in house*, è confermata anche dalla sottoposizione di tali soggetti giuridici ai vincoli del patto di stabilità interno (ai sensi dell’art. 18, comma 2-bis, D.L. n. 112/2008) funzionali al rispetto del Patto Europe di Stabilità e Crescita (PSC), con obbligo degli organismi partecipanti di controllo sulla società partecipata in ordine al rispetto del predetto limite (per una delle prime applicazioni della citata normativa cfr. Corte dei Conti, sez. reg. controllo Lombardia, Deliberazione n. 7 del 19 gennaio 2012). Ciò significa che in sede europea il fenomeno della costituzione di soggetti giuridici esterni all’amministrazione per l’erogazione di servizi pubblici, e del loro concreto funzionamento per il perseguimento di finalità pubblicistiche, è stato valutato non solo nel suo impatto potenzialmente anticoncorrenziale (tale impatto anticoncorrenziale rappresenterebbe un ostacolo alla realizzazione di un mercato unico europeo: si tenga in debito conto il fatto che l’attuazione del PSC, unitamente alle misure di unificazione della moneta ed alla Costituzione della BCE, rappresenta uno dei pilastri del processo di integrazione europea) ma anche sotto il profilo del potenziale contrasto al perseguimento degli obiettivi comuni di finanza. Tale profilo è stato analizzato dal nostro Giudice costituzionale, il quale ha avuto occasione di affermare che “*Il patto di stabilità esterno e, più in generale, i vincoli di finanza pubblica obbligano l’Italia nei confronti dell’Unione europea ad adottare politiche di contenimento della spesa, il cui rispetto viene verificato in relazione al bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche [...]. Detti obblighi hanno origine [...] nel momento in cui il patto di stabilità ha assunto cogenza anche nei confronti delle amministrazioni pubbliche che partecipano al bilancio nazionale consolidato. Quest’ultimo deve corrispondere ai canoni stabiliti dalla stessa Unione europea mentre le sue componenti aggregate, costituite dai bilanci degli enti del settore allargato, sono soggette alla disciplina statale che ne coordina il concorso al raggiungimento dell’obiettivo stabilito in sede comunitaria.*”. In particolare, la Consulta ha affermato che gli obiettivi di finanza pubblica che l’ordinamento europeo si prefigge di realizzare attraverso il vincolo del patto di stabilità interno ed esterno “[...] sono direttamente riconducibili, oltre che al «coordinamento

*della finanza pubblica» [...] anche ai parametri di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., che vi sono inscindibilmente collegati [...]*”, così legando l’attuazione di principi costituzionali interni alla realizzazione di un obiettivo europeo (cfr. Corte Cost. sentenza n. 40/2014).

## L'allontanamento dello straniero extracomunitario soggiornante di lunga durata condannato a pena detentiva: tra “automatismi legislativi” e tutela dell'integrazione

*di Alessia Tranfo*

**Title:** The adoption of a decision to expel a long-term resident sentenced to imprisonment: between “automatism” and protection of integration of third-country nationals

**Keywords:** Third-country nationals; integration; expulsion.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha definito una questione pregiudiziale deferitale dal *Juzgado Contencioso-Administrativo n. 1 de Pamplona* (Tribunale amministrativo provinciale di Pamplona) in tema di misure di allontanamento adottate nei confronti di cittadini di Paesi terzi a cui previamente uno Stato membro aveva riconosciuto lo *status* di soggiornante di lungo periodo. In particolare, il giudizio della Corte di Giustizia si concentra sull'interpretazione dell'art. 12 della Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, sul cui contenuto occorre soffermarsi brevemente prima di procedere all'esame della decisione assunta dalla Corte.

2. – Orbene, la direttiva di cui sopra disciplina il conferimento e la revoca dello *status* di soggiornante di lungo periodo, concesso da uno Stato membro ai cittadini di Paesi terzi legalmente soggiornanti nel territorio, nonché i diritti connessi.

Essa detta una serie di principi fondamentali comuni che dovrebbero informare il trattamento giuridico riservato da ciascuno Stato membro allo straniero extracomunitario soggiornante non occasionale, in linea con il presupposto che permea il diritto europeo secondo cui l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi, stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri, è un elemento imprescindibile per la promozione della coesione economica e sociale (al riguardo si rimanda all'art. 79 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e, a titolo esemplificativo, al parere esplorativo del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Il ruolo dell'immigrazione legale in un contesto di sfida demografica» 2011/C 48/03 e, da ultimo, al «Piano d'azione sull'integrazione dei cittadini di paesi terzi» COM (2016)377 predisposto dalla Commissione).

Secondo il dettato della direttiva in esame, le condizioni necessarie per ottenere il titolo in questione gravitano attorno a tre requisiti: uno temporale, uno di carattere economico e uno soggettivo.

*In primis*, viene richiesta la permanenza regolare da almeno cinque anni nel territorio dello Stato membro a cui si chiede il titolo di soggiornante di lungo periodo (art. 4 della Direttiva 2003/109/CE). Da un lato, è necessario che si tratti di un soggiorno legale ed ininterrotto, a testimonianza del radicamento del richiedente nel Paese in questione; dall'altro, è auspicabile che gli Stati membri introducano nella legislazione nazionale criteri dotati di una certa flessibilità affinché si tenga conto delle circostanze che possono indurre una persona ad allontanarsi temporaneamente dal territorio dello Stato membro.

In relazione al suddetto requisito economico, il richiedente è tenuto a dimostrare di disporre di un reddito regolare tale da renderlo autosufficiente (art. 5 della Direttiva 2003/109/CE), così da eludere il rischio che per il proprio sostentamento debba far ricorso al sistema di assistenza sociale a carico dello Stato membro. Infine, benché siano soddisfatte le condizioni reddituali e temporali, è prevista la possibilità per ciascuno Stato membro di negare il titolo di soggiornante di lungo periodo, qualora l'autorità pubblica competente ravvisi la pericolosità sociale del richiedente o individui ragioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza tali da giustificare un provvedimento di diniego. Quest'ultimo, precisa l'art. 9 della Direttiva 2003/109/CE, non può prescindere da valutazioni che prendano in considerazione anche ulteriori elementi fattuali, oltre il pericolo rappresentato dal richiedente, quali la durata effettiva del soggiorno e i legami - di natura familiari e professionali - instaurati nello Stato membro.

Passando ora brevemente ad esaminare gli effetti derivanti dal possesso del titolo di soggiornante di lunga durata, è bene sottolineare la portata innovativa della Direttiva 2003/109/CE. Il riconoscimento dello *status* in esame, infatti, vale al suo titolare la parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro, in particolare in relazione alla tutela e all'esercizio dei diritti economici e sociali. Tale equiparazione tra cittadini comunitari e soggiornanti di lungo periodo può dirsi in linea con la *ratio* della disciplina in esame volta a fornire un autentico strumento di integrazione sociale per chi risiede da lungo tempo, a vario titolo, nel territorio di uno Stato membro ove intende protrarre ancora la propria permanenza. Detta impostazione può dirsi riassunta nella formula anglo-americana *the longer the stay, the stronger the claim*, ossia in un principio di proporzionalità che tempera il nesso tra esercizio dei diritti e presenza sul territorio.

Si osserva che all'acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo periodo consegue il rilascio da parte delle autorità nazionali competenti del permesso di soggiorno di lunga durata. Se, da un lato, una volta accertato il riconoscimento dello *status*, quest'ultimo è permanente e irrevocabile, salvo talune deroghe a cui si dedicherà ampia attenzione in seguito, dall'altro, il documento del permesso di soggiorno di lunga durata soggiace a vicende, quali la scadenza e il mancato rinnovo automatico, che potrebbero inficiare momentaneamente sulla sua durata e validità. In altre parole, si sottolinea come lo *status* di soggiornante di lunga durata e il titolo di soggiorno che ne consegue non siano nozioni perfettamente sovrapponibili.

Da ultimo, di notevole rilevanza ai fini del presente commento, è l'istituto dell'espulsione regolato dalla direttiva in esame. In particolare, la disciplina europea prescrive una tutela rafforzata per i casi di espulsione di soggiornanti di lungo periodo rispetto a stranieri extracomunitari che a qualsiasi altro titolo risiedono nel territorio dell'Unione (Considerando 16). Dunque, lo straniero che gode della tutela della Direttiva 2003/109/CE potrà essere soggetto a misure di allontanamento coattivo solo qualora egli costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza (art. 12, par. 1). Inoltre, ed è questo il profilo su cui si impernia la decisione in commento, la misura dell'allontanamento non dovrà prescindere dalla valutazione di elementi fattuali quali «il rapporto col territorio, la durata del soggiorno, l'età dell'interessato, le conseguenze che essa produrrà nella sfera privata del destinatario e dei suoi familiari, i vincoli instaurati con il paese di soggiorno e l'eventuale assenza di legami con il paese d'origine» (art. 12, par. 3). Tali elementi corroboreranno la decisione dell'autorità competente a favore o contro l'adozione del provvedimento di

allontanamento; in sintesi il c.d. attaccamento sociale (Cassese, S., *I diritti sociali degli «altri»*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2015, p. 677), identificato nel complesso dei vincoli lavorativi, sociali, culturali, familiari che l'immigrato contrae e consolida durante il suo soggiorno, assurge a parametro per individuare un punto di equilibrio tra l'interesse dello Stato alla tutela del proprio territorio da minacce gravi per la collettività e l'interesse dello straniero stabilmente residente a vedere rispettata la propria dignità.

Al contrario, lo straniero che non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva, potrà essere allontanato dallo Stato membro con procedure più rigide e meno attente alla valutazione di quegli elementi fattuali sopradescritti: si applicherebbe, infatti, per gli stranieri irregolari la ben più severa Direttiva 2008/115/UE e per gli stranieri regolari sprovvisti dello *status* di soggiornante di lungo periodo l'art. 21 della Direttiva 2011/95/UE. In entrambi i casi, si tratta di discipline che legittimano l'espulsione del cittadino extracomunitario o apolide, pur nel rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie giuridiche minime, senza tuttavia richiedere che si provveda a valutare il rapporto che il destinatario della misura di espulsione ha radicato sul territorio.

Analizzato sommariamente lo *status* del soggiornante di lungo periodo, per dovere di completezza, si puntualizza che l'11 maggio 2011 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato la Direttiva 2011/51/UE che introduce rilevanti novità alla disciplina fino ad ora descritta.

Il testo originario della Direttiva 2003/109/CE escludeva, infatti, espressamente dal suo ambito di applicazione i cittadini stranieri richiedenti o titolari dello *status* di protezione internazionale o di rifugiato.

Le modifiche apportate dalla recente normativa intervengono, dunque, sull'art. 3 della Direttiva, sostituendo i paragrafi c) e d) di talché viene esteso l'ambito di applicazione della disciplina sul conferimento del titolo di soggiornante di lungo periodo anche ai beneficiari di protezione internazionale - acquisita ai sensi della c.d. Direttiva qualifiche 2011/95/UE -.

3. – Delineato sommariamente il quadro normativo entro cui si svolge la causa in oggetto, occorre ora esaminare la controversia da cui origina la questione sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia.

In estrema sintesi, i fatti si svolgono in Spagna ove al sig. López Pastuzano, cittadino colombiano, veniva riconosciuto lo *status* di soggiornante di lungo periodo. In seguito, egli veniva condannato a due pene detentive, rispettivamente di dodici e tre mesi. Veniva dunque tradotto nell'istituto penitenziario di Pamplona nel gennaio 2015. Pertanto, la *Delegación del Gobierno en Navarra* avviava un procedimento amministrativo di espulsione nei suoi confronti sulla base della vigente normativa spagnola. In particolare, al caso del sig. Pastuzano veniva applicato l'art. 57, par. 2 della *Ley organica 4/2000* che annovera tra le eventuali cause di allontanamento del cittadino di Paesi terzi «il compimento di una condotta dolosa integrante un reato punito con una pena privativa della libertà personale superiore a un anno». In virtù di detta disciplina, dunque, il procedimento amministrativo esitava con il ritiro del permesso di soggiorno di lunga durata per il cittadino colombiano, il divieto di ingresso nel territorio dello Stato membro per cinque anni e il contestuale provvedimento di allontanamento dal territorio dell'Unione Europea. Avverso tali decisioni emanate dall'autorità amministrativa locale, il sig. López Pastuzano ricorreva per le vie giudiziarie davanti al *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Pamplona* al fine di ottenere l'annullamento dei provvedimenti assunti dalla Prefettura di Navarra.

Il giudice adito riteneva doveroso deferire questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ponendo l'attenzione sull'art. 57, par. 5, lett. b) della *Ley organica 4/2000* - che traspone nell'ordinamento nazionale il contenuto del sopraccitato

art. 12, par. 3 della Direttiva 2003/109/CE –, così come interpretato da consolidata giurisprudenza spagnola, secondo cui la tutela rinforzata riservata al procedimento per l'allontanamento del soggiornante di lunga durata sarebbe limitata solamente ai casi di decisioni di allontanamento aventi natura di sanzioni amministrative, escludendo tale tutela maggiormente garantista alle forme di espulsione conseguenti a condanne per violazioni di norme penali. Sarebbero previsti dunque trattamenti differenti a seconda che la misura dell'allontanamento corrisponda ad una sanzione amministrativa sostitutiva di una ammenda in casi di violazioni gravi - fattispecie prevista dall'articolo 57, paragrafo 1, della legge organica 4/2000 –, o scaturisca come effetto derivante per legge dalla condanna a una pena detentiva superiore a un anno per atto doloso, in applicazione dell'articolo 57, paragrafo 2, della stessa legge organica. Nel primo caso, il provvedimento di allontanamento dovrebbe essere assunto nel rispetto delle tutele di cui all'art. 57 par. 5 lett. b), invero valutando, e dandone riscontro nella motivazione, l'età dell'interessato, la durata del soggiorno sul territorio nazionale, le conseguenze dell'espulsione per l'interessato e i suoi familiari, l'esistenza di legami familiari e sociali nel territorio nazionale e l'assenza di tali vincoli con il Paese d'origine; mentre il secondo caso non rientrerebbe nell'ambito di applicazione di tale disciplina.

Dunque, il giudice di rinvio, *in primis*, domanda alla CGUE di precisare se il termine «decisione di allontanamento» di cui all'art. 12, par. 3 della Direttiva 2003/109/CE sia da intendere come relativo a qualsiasi decisione amministrativa di allontanamento, indipendentemente dalla sua natura, o se siano ammissibili e legittime discipline distinte a seconda della natura del provvedimento. Segnatamente, il giudice di Pamplona chiede alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità o meno di una legge nazionale, come quella oggetto della controversia, con l'art. 12 della Direttiva 2003/109/CE, nella misura in cui quest'ultima prescrive di procedere a una serie di valutazioni attinenti alla sfera personale dello straniero soggiornante di lungo periodo e al suo rapporto col territorio dello Stato membro, prima di provvedere alla misura dell'allontanamento.

4. – Vale la pena brevemente soffermarsi su quanto asserito dalla CGUE, in via preliminare, circa l'eccezione sulla ricevibilità della domanda proposta dal governo spagnolo secondo cui la questione posta dal giudice del rinvio non riguarderebbe l'interpretazione del diritto dell'Unione bensì atterrebbe al diritto nazionale, rispetto al quale la Corte non sarebbe competente ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Nella pronuncia in esame si ribadisce, infatti, un principio ormai consolidato in base al quale il diniego, da parte della Corte, di pronunciarsi su una domanda sottoposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora «appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione non abbia alcun rapporto con l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, quando non sussistano elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni sottoposte alla Corte» (si leggano, tra le altre, sentenza del 21 maggio 2015, *Verder LabTec*, C-657/13, punto 29; sentenza del 7 giugno 2007, *Van der Weerd*, C-222/05 punto 22; sentenza 15 maggio 2003, *Salzmann*, C-300/01). Secondo tale orientamento giurisprudenziale, le questioni inerenti all'interpretazione del diritto europeo godono di una presunzione di rilevanza e non compete alla Corte verificare l'esattezza del contesto di diritto e di fatto da cui scaturisce la domanda pregiudiziale. Sulla scorta di tali osservazioni la CGUE dichiara l'eccezione sollevata nel caso in esame priva di pregio.

5. – Venendo ora al merito della pronuncia, si osserva come la sentenza in commento si collochi nel solco della giurisprudenza precedente, aderendo a un ragionamento ben consolidato a livello europeo secondo cui le decisioni di espulsione ed allontanamento

non possono essere emanate né a seguito di una condanna penale, esclusivamente in base ad un semplicistico automatismo, né a scopo di prevenzione generale al fine di dissuadere altri stranieri dal commettere violazioni (si leggano, a titolo meramente esemplificativo, sentenza 8 dicembre 2011, *Ziebell*, C-371/08, punto 83; sentenza 22 dicembre 2010, *Bozkurt*, C-303/08, punto 58; sentenza 4 ottobre 2007, *Polat*, causa C-349/06, punto 31). Ad avviso della CGUE siffatti provvedimenti richiedono una valutazione caso per caso che deve, in particolare, vertere su elementi di natura personale ai quali l'art. 12, par. 3 della Direttiva 2003/109/CE attribuisce un notevole peso specifico, tale da dover orientare le scelte dell'amministrazione competente all'assunzione o meno della decisione di allontanamento. Quest'ultima, di conseguenza, non può essere adottata nei confronti di un cittadino di uno Stato terzo, soggiornante di lunga durata, unicamente in ragione del fatto che egli sia stato condannato a una pena privativa della libertà personale superiore a un anno.

Per mezzo del richiamo dei considerando quarto, sesto e dodicesimo della Direttiva 2003/109/CE, la sentenza in commento ricostruisce la *ratio* della normativa in tema di soggiornanti di lunga durata, sottolineando come la stessa sia volta ad assicurare l'integrazione degli stranieri extracomunitari stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri.

Pertanto, la CGUE sembra tra le righe prediligere forme di sanzione sostitutive rispetto al rigido allontanamento, quali la revoca dello *status* di soggiornante di lungo periodo - nonché dei conseguenti benefici ad esso connessi - a cui dovrebbe seguire il rilascio di un diverso titolo di soggiorno a tempo determinato e condizionato a forme di rinnovo più stringenti. In altre parole, il ricorso alla misura dell'allontanamento di colui ormai radicato da tempo sul territorio di uno Stato membro dovrebbe costituire l'*ultima ratio* a disposizione delle autorità, applicabile solo qualora le circostanze che hanno portato alla condanna detentiva siano sintomatiche di un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico. Esclusivamente in tal modo si eluderebbe il rischio di ledere l'interesse tutelato dalla direttiva, ossia di sacrificare la salvaguardia del processo di integrazione dello straniero di lunga durata e dei suoi familiari in nome dell'interesse pubblico quale la sicurezza e l'ordine pubblico.

Alla luce di tali osservazioni, la CGUE conclude che la nozione di «provvedimento di allontanamento» menzionata nell'art. 12 della suddetta direttiva si riferisce a tutte le decisioni di allontanamento, indipendentemente dalla loro natura, sia che esse vengano comminate in alternativa a sanzioni amministrative, sia che esse originino per effetto di gravi condanne penali. Ne deriva che la normativa europea relativa allo straniero soggiornante di lunga durata preclude l'applicazione di una disciplina nazionale che consenta alle autorità competenti, in sede di adozione di provvedimenti di allontanamento conseguenti a condanne penali, di ignorare fattori quali la durata del soggiorno, l'età dell'interessato, gli effetti per l'interessato e per i suoi familiari, i vincoli instaurati con lo Stato membro di soggiorno e l'eventuale assenza di vincoli con il Paese d'origine.

D'altra parte, siffatta impostazione si conforma a quanto già la normativa europea garantisce agli stranieri extracomunitari irregolari. Non a caso, il Considerando 6 della Direttiva 2008/115/UE sui provvedimenti di rimpatrio degli stranieri irregolari, statuisce che tali decisioni devono adottarsi valutando caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, senza limitarsi a considerare il mero soggiorno irregolare o la commissione di una violazione di legge, quale giustificazione valida a legittimare un'espulsione. Se ciò vale per lo straniero irregolare; *a fortiori*, non può che estendersi anche a colui che è in possesso di un titolo di soggiorno regolare e, finanche, di lunga durata.

Si ribadisce dunque nella sentenza in commento un principio cardine del diritto penale: l'esistenza di una condanna penale non presuppone necessariamente la pericolosità sociale del soggetto né integra *in re ipsa* una minaccia per l'ordine pubblico.

6. – La pronuncia in esame si inserisce in un contesto storico in cui il c.d. tema della *crimmigration* è spesso al centro del dibattito pubblico. Gli Stati membri adottano, infatti, sovente l'automatismo in base al quale, a fronte della commissione di un reato da parte dello straniero extracomunitario, la legislazione interna prescrive provvedimenti di espulsione (si allude, tra gli altri, nell'ordinamento italiano alla legge n. 189 del 2002 Testo Unico sull'Immigrazione art. 13, c. 4° lett. f); nell'ordinamento tedesco alla *Ausländergesetz* art. 47 e ss.; nell'ordinamento austriaco alla legge federale in materia di stabilimento e soggiorno n. 100/2005; nell'ordinamento spagnolo alla già citata *Ley organica 4/2000*). Detta tendenza è ben criticabile perché il provvedimento di allontanamento, benché adottato formalmente come misura preventiva e non a titolo di pena, costituisce nei fatti una sanzione ulteriore, spesso percepita come più grave della stessa sanzione penale, e che si applica ai soli cittadini stranieri.

Orbene, la CGUE in questa occasione, come secondo la sopraccitata copiosa giurisprudenza precedente, adombra un richiamo al principio di proporzionalità che sarebbe disatteso se si procedesse ad un allontanamento del soggiornante di lungo periodo in assenza di valutazione del complesso dei vincoli economici, affettivi, sociali istaurati nello Stato membro. Il principio di proporzionalità, infatti, dovrebbe orientare le scelte degli organi amministrativi e giurisdizionali, nella misura in cui l'allontanamento di cittadini extracomunitari per motivi d'ordine pubblico o di pubblica sicurezza potrebbe nuocere gravemente a coloro che si siano effettivamente integrati nello Stato membro ospitante.

Inoltre, si precisa che accogliere un'impostazione che imponga l'automatismo condanna penale-allontanamento, significherebbe attribuire alla misura dell'espulsione una funzione di prevenzione della recidiva che in quanto tale dovrebbe presupporre la previsione di garanzie tipiche delle misure penali di sicurezza, tuttavia, spesso assenti nelle legislazioni nazionali che adottano il suddetto meccanismo. Di qui origina, un interrogativo di fondo: perché, a parità di condanna comminata, nessuna misura di prevenzione può essere disposta in modo automatico nei confronti di cittadini comunitari, mentre dovrebbe esserlo, per gli stessi delitti compiuti dallo straniero extracomunitario? È proprio nella consapevolezza di tale paradosso, che si porrebbe in essere se si interpretasse l'art. 12, par. 3 della Direttiva 2003/109/CE come valevole solo per le decisioni corrispondenti a sanzioni amministrative, che la Corte di giustizia è pervenuta alla conclusione della sentenza in commento.

Infine, per dovere di completezza, si segnala che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si allinea con quanto descritto fino ad ora circa l'orientamento dalla Corte di Lussemburgo.

Il doveroso bilanciamento tra interessi pubblici e quelli individuali del migrante troverebbe la sua ragion d'essere nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (si veda sentenza del 23 giugno 2008, Corte Edu, Grande Camera, *Maslov v. Austria*, n. 1638/03, punto 68). Emergono, infatti, dalla lettura della giurisprudenza di Strasburgo le implicazioni già richiamate anche dalla CGUE. Da un lato, torna in primo piano il canone di proporzionalità: fermo restando il margine di apprezzamento delle autorità nazionali, occorre sempre accertare se la misura espulsiva realizzi un *fair balance* tra gli interessi pubblici e privati di volta in volta rilevanti. Dall'altro, sia la vita privata che quella familiare assumono, nel bilanciamento, un peso commisurato alla durata del soggiorno e incidono notevolmente sull'adozione o meno del provvedimento di allontanamento.

Acclarato dunque che l'allontanamento del cittadino di Paesi terzi per effetto di una condanna penale debba essere valutato caso per caso sulla base dei parametri forniti dalla normativa europea, come interpretati dalla giurisprudenza fino ad ora esaminata, è doveroso ricordare un ultimo profilo nondimeno rilevante. Infatti, benché la sentenza in commento nulla dica in merito, è bene non dimenticare che qualunque forma di allontanamento diretta allo straniero, a prescindere dal titolo di soggiorno che gli è riconosciuto e finanche qualora si trattasse di una permanenza irregolare, incontra

comunque il limite di cui all'art. 19, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali, rubricato «Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione» e di cui all'art. 4 del Protocollo 4 della CEDU che vietano qualsiasi forma di espulsione verso uno Stato in cui sussiste un serio rischio di subire una condanna alla pena di morte, alla tortura e ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

In conclusione, la sentenza in commento si iscrive in un contesto politico in cui i richiami a ordine pubblico e sicurezza - relazionati al tema dell'immigrazione - prosperano senza, tuttavia, ritrovare il medesimo rilievo né nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali né nella normativa sovranazionale e internazionale. Non è un caso che la CGUE in questa occasione ribadisce come la minaccia all'ordine pubblico debba contemperarsi con altri fattori prima di divenire ragione giustificativa di provvedimenti di espulsione.



## A proposito di una recente sentenza di interpretazione della Corte IDH, tra più o meno fondati dubbi dello Stato richiedente

di Luca Paladini

**Title:** On a recent IACtH interpretation of judgement, between (more or less proper) doubts of the submitting State

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; interpretation of judgements; presumption of innocence

1. – Con la pronuncia in epigrafe, la Corte IDH si è recentemente espressa sull'interpretazione della sentenza resa nel caso *Zagarra Marín* (Corte IDH, *Zagarra Marín vs. Perú*, 15-2-2017 [*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*], d'ora in poi "*Zagarra Marín merito*"), nella quale aveva accertato la responsabilità internazionale dello Stato convenuto per violazione del diritto alla giustizia della vittima, con particolare riguardo al mancato rispetto delle garanzie giudiziali (art. 8 CADU) e della protezione giudiziale (art. 25 CADU).

Il caso riguardava la condanna del sig. Zagarra Marín, pronunciata nel 1996 per i reati di favoreggiamento, falsificazione di documenti e corruzione di pubblico ufficiale, in una vicenda relativa all'emissione di passaporti falsi, avvenuta quando egli era a capo del dipartimento peruviano per le migrazioni e la naturalizzazione. La condanna prevedeva quattro anni di carcere (pena sospesa con misure alternative) e il risarcimento del danno all'amministrazione statale. In attesa del processo, l'indagato aveva comunque scontato otto mesi di detenzione preventiva ed era stato licenziato.

Pronunciandosi nel merito, la Corte rilevava che la condanna era stata fondata su prove indiziarie (in particolare, le dichiarazioni dei coimputati, peraltro smentite da altre prove addotte in giudizio), così violando la presunzione di innocenza della vittima (§ 159, *Zagarra Marín merito*), sulla quale era anche ricaduto l'*onus probandi* della propria estraneità ai fatti, avendo la *Quinta Sala Penal* peruviana affermato che

no ha[bía] surgido prueba de descargo contundente que lo h[iciera] totalmente inocente de los ilícitos que se le imputa[ban]. (§ 115, *ibidem*)

I giudici di San José accertavano, inoltre, la violazione del diritto alla protezione giudiziale, avendo il sig. Zagarra Marín tentato di affermare la sua innocenza attraverso l'esperimento di ricorsi interni che, per natura ed effetti, erano inadeguati a impugnare la sentenza di condanna (§§ 187 ss., *ibidem*). Tra le riparazioni (§§ 190 ss., *ibidem*), la Corte disponeva la dichiarazione di inefficacia giuridica della sentenza penale e l'indennizzo alla vittima.

Dovendo eseguire la sentenza, il Perù nutriva dubbi sulla portata del § 202, che così recita:

En consecuencia, en virtud de las violaciones acreditadas a la Convención Americana, el transcurso del tiempo y sus consecuencias procesales, la Corte determina que la sentencia de condena que fue emitida en el proceso penal en contra de Agustín Zegarra Marín carece de efectos jurídicos en lo que respecta a la víctima en el presente caso y, por lo tanto, dispone que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para dejar sin efecto las consecuencias que de ella se derivan así como los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales, que existan en su contra a raíz de dicho proceso. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

Nella *solicitud de interpretación*, lo Stato soccombente domandava, in particolare, se la disposta carenza di effetti giuridici della sentenza della *Quinta Sala Penal* riguardasse anche gli altri condannati nello stesso processo e se, altresì, ciò comportasse l'assenza di alcuna forma di responsabilità penale del sig. Zegarra Marín.

2. – Analogamente ad altre giurisdizioni internazionali (cfr. art. 60 dello statuto della Corte internazionale di giustizia; art. 79 del regolamento della Corte di Strasburgo; art. 28 del protocollo sulla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli – sulla natura [anche] implicita di tale competenza, cfr. P.A. Fernández Sánchez, *Las sentencias de interpretación*, in AA.VV., *Liber amicorum Profesor José Manuel Peláez Marón: derecho Internacional y derecho de la Unión Europea*, Córdoba, 2012, 343 ss.), la Corte di San José detiene la competenza a interpretare le proprie sentenze. Infatti, in base all'art. 67 CADU,

[E]l fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Ciascuna delle parti coinvolte può, dunque, domandare ai giudici di esprimersi sul significato o sulla portata della sentenza che le ha riguardate, purché la richiesta venga presentata entro novanta giorni dalla notificazione.

L'art. 67 CADU non esaurisce i requisiti richiesti per la presentazione di una richiesta di interpretazione, poiché l'art. 68 del regolamento della Corte ne indica altri. La norma regolamentare stabilisce che detta richiesta possa essere promossa per le sentenze di merito, anche qualora dispongano limitatamente alle eccezioni preliminari o alle riparazioni e alle spese (come nella primissima sentenza interpretativa pronunciata: Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 17-8-1990 [*interpretación de la sentencia de reparaciones y costas*]). La richiesta di interpretazione dev'essere inoltre notificata alle altre parti, affinché possano presentare le loro osservazioni. Di seguito, la Corte di San José si esprimerà, possibilmente, nella stessa composizione che ha adottato la sentenza da interpretare.

Inoltre, la richiesta di interpretazione non sospende l'esecuzione della sentenza, dunque è *a priori* escluso che, ad esempio, tale possibilità possa essere utilizzata dagli Stati soccombenti come espediente per dilazionare l'attuazione di punti eventualmente "sgraditi". Ciò non toglie, purtroppo, che spesso le richieste di interpretazione avanzate dagli Stati riflettano il disaccordo con le decisioni della Corte e ne rallentino l'esecuzione, così determinando ulteriori sofferenze e indignazione nelle vittime (cfr. A. Nuño, *Artículos 66-69*, in C. Steiner, P. Uribe [ed.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotá, 2014, 899).

Tenuto altresì conto che le sentenze della Corte sono definitive e inappellabili (cfr. art. 67 CADU e art. 31, par. 3, del regolamento della Corte – sulla loro natura di *res judicata*, cfr. P.A. Fernández Sánchez, *ibidem*), la richiesta di interpretazione non può prefiggersi il riesame del deciso, dovendo invece avere ad oggetto

exclusivamente, determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive. Por lo tanto ... no se puede solicitar la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una solicitud de interpretación (Corte IDH, *Zegarra Marín vs. Perú*, 8-2-2018 [interpretación de sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas], d'ora in poi “Zegarra Marín interpretazione”, § 10; in senso conforme, Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, 8-3-1998 [interpretación de la sentencia de fondo], § 12; *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 22-8-2017 [interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas], § 12).

Sovente, ciò che accade è che le richieste di interpretazione presentate dagli Stati consistano in vere e proprie *apelaciones encubiertas*, le quali sono, però, destinate alla dichiarazione di improcedibilità (cfr. A. Nuño, *ibidem*).

Infine, come emerge dalla giurisprudenza di San José, non è procedibile una richiesta di interpretazione che si proponga di sottoporre nuove questioni di fatto o di diritto che avrebbero potuto essere addotte in giudizio e sulle quali la Corte si è espressa (in senso conforme, Corte IDH, *Yarce y otras vs. Colombia*, 21-11-2017 [interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas], § 49), che si prefigga di far esprimere nuovamente i giudici su questioni già risolte nella sentenza oggetto di interpretazione (cfr. Corte IDH, *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, 29-8-2011 [interpretación de la sentencia de reparaciones y costas], § 30) o che intenda ampliare le riparazioni disposte (come in Corte IDH, *Escher y otros vs. Brasil*, 20-11-2009 [interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas], § 11).

È la stessa Corte a verificare che la *solicitud de interpretación* rispetti i suddetti requisiti, provvedendo alle necessarie verifiche prima di procedere all'esame della questione sottopostale (nel nostro caso, §§ 7 ss., *Zegarra Marín* interpretazione).

3. – Nella sentenza interpretativa in commento, la Corte si esprime diversamente rispetto alle richieste formulate dal Perù.

Il primo quesito – relativo alla ipotizzata estensione a tutti i condannati della carenza di effetti giuridici della sentenza penale – è ritenuto infondato. Che il § 202 della sentenza di merito riguardi il solo sig. Zegarra Marín era già stato evidenziato nelle osservazioni dei suoi difensori (“la Sentencia ... es clara en este punto”, § 13, *ibidem*) e della Commissione interamericana (“el párrafo referido por el Estado es suficientemente claro”, § 14, *ibidem*). Per loro parte, i giudici affermano che

el texto del referido párrafo 202 es suficientemente claro y preciso, por lo cual desestima la primera pregunta planteada por el Estado. (§ 16, *ibidem*)

Dunque *in claris non fit interpretatio*, in quanto dalla lettura del § 202 è evidente che la sentenza penale è priva di effetti giuridici solo con riguardo alla persona menzionata, cioè il sig. Zegarra Marín. A testimonianza di tale chiarezza, i giudici di San José riportano addirittura il testo del § 202 sottolineato in corrispondenza dei passaggi rilevanti.

La Corte risponde, invece, al secondo quesito posto dal Perù, il quale domandava se la disposta carenza di effetti giuridici della sentenza della *Quinta Sala Penal* affermasse l'assenza della responsabilità penale del sig. Zegarra Marín.

Per i rappresentanti della vittima e per la Commissione la sentenza di merito chiaramente ripristinava la situazione precedente al procedimento penale illegittimo, che aveva portato alla condanna della vittima. La Commissione sollecitava però i giudici di San José a

profundizar en que las determinaciones de esta medida de restitución, y específicamente del párrafo 202, tienen en cuenta no sólo la naturaleza de las violaciones acreditadas de la Convención sino también “el transcurso del tiempo y sus consecuencias procesales”. (§ 14, *Zegarra Marín* interpretazione)

Ebbene, innanzitutto la Corte (§§ 17 ss., *ibidem*) ricorda di non essere una giurisdizione penale, competente ad accertare la responsabilità degli individui (in senso analogo, Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12-11-1997 [fondo], § 37; *Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela*, 22-8-2017 [fondo, reparaciones y costas], § 128), compito che, invece, spetta ai tribunali degli Stati parti. Tant'è che la sentenza di merito non verteva sulla innocenza o sulla colpevolezza del sig. Zegarra Marín, bensì sulla conformità della condotta degli organi giurisdizionali dello Stato peruviano con gli invocati artt. 8 e 25 CADU.

Ciò detto, atteso che, al momento della pronuncia di merito, il sig. Zegarra Marín aveva già scontato la pena e che, nel diritto peruviano, non esiste la possibilità di sottoporre a revisione le sentenze passate in giudicato, né è previsto un ricorso finalizzato alla riapertura di un processo penale, i giudici affermano che, in ragione delle violazioni accertate e del tempo trascorso, la disposta carenza di effetti giuridici della sentenza penale di condanna

corresponde dar por concluido el asunto en sede interna, al retrotraer a la situación anterior a que se configuraran las violaciones acreditadas. Lo anterior, para efectos de este caso, consiste en “dejar sin efectos las consecuencias que de ella se derivan, así como los antecedentes judiciales o administrativos penales o policiales, que existan en su contra a raíz de dicho proceso”, en favor del señor Zegarra Marín. (§ 19, *ibidem*)

In buona sostanza, poiché l'ordinamento peruviano non offre alcun rimedio atto ristabilire la verità, dunque non è possibile disporre, in via riparatoria, la riapertura del procedimento penale o l'avvio di un nuovo processo, i giudici di San José chiariscono di aver “restituito”, con la sentenza di merito, la presunzione di innocenza alla vittima.

3.1 – Merita segnalare che la formula della quale è stata chiesta l'interpretazione non è inedita. In un caso del tutto simile (Corte IDH, *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, 5-10-2015 [fondo, reparaciones y costas]), riguardante (anche) il mancato rispetto delle garanzie giudiziali e alla protezione giudiziale di un giovane uomo sospettato di aver partecipato a un sequestro di persona e condannato in sede penale (cui seguì una detenzione di 15 anni), la Corte parimenti dispose che

En consecuencia y atendiendo a las violaciones establecidas en el presente caso, el Tribunal determina que la sentencia de condena que fue emitida en el proceso penal No. 77-2001-2 en contra de José Agapito Ruano Torres carece de efectos jurídicos en lo que respecta a la víctima en el presente caso y, por lo tanto, dispone que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para dejar sin efecto las consecuencias que de ella se derivan así como los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales, que existan en su contra a raíz de dicho proceso (§ 211, sentenza *Ruano Torres*)

In questo caso, però, El Salvador non sollevò alcun dubbio interpretativo sul significato della formula, a nostro avviso per due ragioni. Da una parte, perché lo Stato aveva riconosciuto la propria responsabilità internazionale per le avvenute violazioni

della CADU, peraltro già evidenziate nell'*Informe de fondo* della Commissione (§§ 15 ss., *ibidem*), dunque aveva ammesso che il procedimento penale che aveva condotto alla condanna del sig. Ruano Torres era illegittimo. Dall'altra, e di conseguenza, poiché davanti alla Corte i rappresentanti dello Stato avevano dichiarato che l'annullamento della sentenza di condanna, dunque la rimozione dei suoi effetti giuridici, "es una posibilidad que todavía se encuentra abierta" (§ 208, *ibidem*).

D'altronde, che nel caso *Ruano Torres* lo Stato soccombente abbia tenuto una condotta improntata alla leale cooperazione con la Corte di San José emerge anche dalla avvenuta attuazione di alcune delle numerose riparazioni disposte (§ 189 ss., *ibidem*). Ad oggi, la vittima è stata indennizzata, le indagini tese ad accertare le responsabilità per la violazione dei diritti del sig. Ruano Torres sono state avviate e, infine, si è tenuto l'evento pubblico – presenti la vittima, le autorità statali e la stampa – per l'apposizione di una targa sull'edificio della *Procuraduría General de la República*

con el propósito de despertar la conciencia institucional para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso (§ 225, *ibidem*).



## A Commentary on the Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the Environment and Human Rights

*by Giovanni Vega-Barbosa, Lorraine Aboagye*

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; right to a Healthy Environment; ACHR Extraterritorial Applicability.

1. – On 14 March 2016, Colombia filed a request for an advisory opinion before the Inter-American Court of Human Rights (the Court or IACtHR) concerning the obligations of State Parties to the American Convention on Human Rights (ACHR), in respect of infrastructural works creating a risk of significant environmental damage to the marine environment of the Wider Caribbean Region. On 7 February 2018, the Court issued an advisory opinion (AO) where for the first time, it developed the content of the right to a healthy environment. For the first time also, the Court addressed the conditions allowing the ACHR to apply extraterritorially in cases of transboundary environmental damage. This commentary seeks to promote the study and analysis of the AO, by presenting and commenting on the main findings of the Court.

291

---

2. – In its original terms, Colombia's request read as follows:

I. In accordance with Article 1.1 of the [ACHR], should it be considered that a person, although not located within the territory of a State party, is subject to its jurisdiction where the following four conditions are cumulatively met?

- 1) The person is present or resides in an area defined and protected by a conventional regime for the protection of the environment to which the relevant State is a party;
- 2) That the said regime establishes an area of functional jurisdiction, for example, as envisaged in the [Cartagena Convention];
- 3) That in the said jurisdictional area the States parties have the obligation to prevent, reduce and control pollution through a series of general and/or specific obligations; and
- 4) That as a result of the environmental damage or risk of environmental damage in the area protected by the relevant treaty, which is attributable to the State who is party to both that treaty and to the [ACHR], the human rights of the affected person had been breached or risk being breached.

II. Are measures and conduct that through the action or omission of a State party have effects which are capable of causing grave damage to the marine environment, compatible with the obligations enshrined in articles 4.1 and 5.1, read in light of article 1.1 of the [ACHR] or any other provision therein, in light of the fact that the environment is a framework and an indispensable

source for the livelihood of the inhabitants of the coasts and/or islands of the other State party?

III. Should we interpret, and if yes to what extent, the obligations to respect and ensure human rights and liberties set out in article 4.1 and 5.1 of the [ACHR], as providing for an obligation on State parties to respect international environmental norms that seek to prevent environmental damage which is capable of limiting or impairing the effective enjoyment of the right to life and physical integrity, and that one of the ways to comply with the said obligation is through an environmental impact assessment in an area protected under international law and through cooperation with the affected states? If applicable, which general parameters should be considered in carrying out environmental impact assessments in the Wider Caribbean Region?

As can be seen, Colombia's requests were limited to the jurisdictional area established by the 1984 Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region (Cartagena Convention). Against these explicit conditions, and in conformity with its previous case-law, the Court stated that in light of the general interest attached to its advisory opinions, attempts to limit its advisory function to a State or group of States could not proceed. The Court also recalled that its advisory function plays a preventive role in the Inter-American System for the Protection of Human Rights (Inter-American System) and should be observed as guidance in the interpretation and application of the Convention, not only by State parties to it, but also by all State Members to the Organization of American States (§§ 29-31).

With respect to the particular subject-matter of the request submitted by Colombia, the Court asserted:

The questions presented in the request go beyond the interest of the States parties to the Cartagena Convention and are of relevance for all States in the planet. Therefore, this Tribunal considers that it is not appropriate to limit its answer to the scope of application of the Cartagena Convention. Furthermore, taking into consideration the relevance of the environment as a whole for the protection of human rights, it is neither appropriate to limit its answer to the marine environment. In this Opinion, *the Court will pronounce on the State's environmental obligations that are more intimately related with the protection of human rights*, this being the principal function of this tribunal, and thus it will refer to the environmental obligations that derive from the obligations to respect and ensure human rights. (§§ 35, emphasis added)

One concern that arises from § 35 is whether or not the Court's extension of its scope of mandate to "pronounce on States' environmental obligations that are more intimately related with the protection of human rights" is formally consistent with the ACHR. Under Article 64 (1) of the ACHR, "The member states of the Organization may consult the Court regarding the interpretation of this Convention or of other treaties concerning the protection of human rights in the American states". It is thus not clear that the Court was entitled to approach the assessment of State's environmental obligations as a primary function, the authors neither suggest that it actually did. In our opinion, environmental obligations in general can only be dealt with by the Court as auxiliary to the interpretation of the ACHR and other American treaties for the protection of human rights. This is consistent with previous opinions of the Court where it has described its advisory function as "unique in contemporary international law", inter alia, because the subject-matter of the request "is not limited to the ACHR [but] includes other treaties concerned with human rights protection in the American States", (IACtHR, *Entitlement of legal entities to hold rights under the Inter-American Human Rights System*, AO No. 22, February 26, 2016, § 19).

On the basis of the aforementioned, the Court exercised its discretion to reformulate Colombia's advisory requests and decided that the opinion would cover the general environmental obligations arising out of the obligations to respect and ensure human rights (§ 35), and in relation to the rights to life and personal integrity in particular (§ 38) (see section 3 below).

3. – The point of departure of the Court here reaffirmed the interdependence and indivisibility of human rights (§§ 47, 54, 55, 57). In this case, the Court used interdependence to construe an inter-American environmental legal framework. The Court affirmed the existence of a “right to live in a healthy environment” as a guarantee with protracted individual and collective dimensions. In the words of the Court, “environmental degradation and the adverse effects of climate change affect the effective enjoyment of human rights” (§ 47). Moreover, the Court went on to recall its previous jurisprudence on the close connection of ancestral territories and natural resources and the special vulnerability of tribal and indigenous groups (IACtHR, *the Sarwhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, March 29, 2006 [Merits, Reparations and Costs], § 118), as well as the position of the Inter-American Commission on Human Rights which recognizes a minimum environmental quality as a precondition for the exercise of fundamental human rights (see § 48).

For the first time, the Court stated that the right of a healthy environment not only has a basis in the San Salvador Protocol on Economic, Social and Cultural Rights, but also in Article 26 of the ACHR (§ 57), entitled “Progressive development”. The right to a healthy environment was thus defined as an “autonomous right” under the ACHR, different from the environmental implications of other rights. The opinion of the Court reads as follows:

Additionally, this right [to a healthy environment] shall also be considered as included among the economic, social and cultural rights protected by article 26 of the ACHR, since that norm protects the rights deriving from the economic, social, education science and cultural provisions of the OAS Charter, the American Declaration of the Rights and Duties of Man...and those deriving from an interpretation of the Convention in accordance with the criteria establish in its Article 29 ... The Court reiterates the interdependence and indivisibility between civil and political rights, and economic, social and cultural rights, since these must be understood integrally and comprehensively as human rights, without hierarchy and enforceable in all cases against the competent authorities. (§ 57)

In their separate opinions, Judges Vio Grossi and Sierra Porto pointed out that what § 57 entails is that the right to a healthy environment “shall also be considered as included within the economic, social and cultural rights protected by Article 26 of the ACHR”, therefore enforceable through the lens of the judicial and quasi-judicial proceedings of the Inter-American System.

This section finishes with an indicative list of the human rights that in the opinion of the Court are particularly vulnerable to environmental damage i.e., the right to life, personal integrity, private life, health, water, food, housing, participation in cultural life, property, and the right not to be forcibly displaced. Of most relevance to the requesting State, the Court underlined the connection between environmental damage and the right to peace: “since the displacement caused by the degradation of the environment frequently triggers violent conflicts amongst the displaced population” (§ 66). The Court also noted that groups of people especially vulnerable to the effects of environmental damage include indigenous peoples, children, people living in extreme poverty, minorities, women and communities economically dependent on the natural

resources, rivers and forests for their survival, among them coastal communities and islanders (§ 67).

4. – As for the first question (conditions for the extraterritorial application of the ACHR [Article 1.1 ACHR]), the Court reformulated it as follows:

In accordance with article 1.1 of the [ACHR] and in assessing compliance with the State's environmental obligations, should it be considered that an individual, although not within the territory of a State party, may be subject to the jurisdiction of that State? (§ 37).

According to Article 1 (1) of the ACHR:

The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognised herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination [...].

The Court first interpreted Article 1 (1) in light of its ordinary meaning, context and the *travaux préparatoires* of the ACHR. The Court held that a person may be subject to a State's jurisdiction under article 1 (1) of the ACHR even if not physically within that State's territory. It proceeded to construe the term "jurisdiction" for the first time in its case law. In so doing, the Court took into account a previous interpretation by the Inter-American Commission in the decision on admissibility in the inter-State dispute brought by Ecuador against Colombia over the alleged extrajudicial killing of Mr. Franklin Guillermo Aisalla (Franklin Guillermo Aisalla Molina (*Ecuador v. Colombia*), Admissibility Report No. 112/10, 21 October 2011, § 91). It held that an individual may be under a State's jurisdiction if that individual is in its territory or is in any way under its authority, responsibility or control (§ 73). It stated that an individual may be exceptionally under a State's jurisdiction on an extraterritorial basis (§§ 75-78, 81) and then proceeded to provide a fairly accurate account of the European Court of Human Rights, the Human Rights Committee on the subject, and the few cases decided by the Inter-American Commission on that basis (§§ 79, 80). The Court noted however, that the cases cited did not correspond to events of a similar nature to those that would arise vis-à-vis environmental obligations under the ACHR.

In interpreting this provision, the Court concluded that a person may be subject to a State's jurisdiction without being located in its territory, when the State exercises authority over that person or when that person is within its effective control, either within or outside its territory (§§ 74-77). The Court nonetheless warned that instances where the extraterritorial conduct of a State triggers its jurisdiction are exceptional and should be interpreted in a restrictive manner, on a case-by-case basis (§§ 81-82).

Paragraph 81 illustrates the position so far developed by the Court:

In order to analyse the possibility of an extraterritorial exercise of jurisdiction in the context of compliance with environmental obligations, it is necessary to assess the obligations deriving from the American Convention in light of the obligation of the State in environmental matters. Moreover, the possible bases of jurisdiction that may derive from this systemic interpretation should be justified in the particular circumstances of the case. The Inter-American Court considers that a person is subject to the 'jurisdiction' of a State, in respect of conduct that takes place beyond the territory of that State (extraterritorial conduct) or with effects beyond said territory, when that State exercises authority over that person or when that person is within its effective control, either within or outside its territory." (§. 81)

4.1 – The Court went on to comment on States’ obligations under special environmental regimes. Elsewhere, authors have already expressed the view that the Court may have felt the need to make a pronouncement in this respect given the far-reaching consequences of its construction of the term ‘jurisdiction’. We add now that this may also be explained as an expression of deference to Colombia, given the substantial transformation of its initial request.

The Court first recalled that the UN Environmental Programme launched an initiative on regional seas in order to tackle the accelerated degradation of the oceans and coastal areas through integral and specific measures for the protection of the common marine environment. In relation to the Caribbean Sea, States adopted the Cartagena Convention. It noted that a common aspect in the treaties that make part of the UNEP initiative for the protection of regional sea is the establishment of special regimes for the prevention, reduction and control of marine pollution within the jurisdictional area of each treaty. The relevant area of these treaties comprises the maritime jurisdictional spaces of the relevant coastal States, including their Exclusive Economic Zones (§§ 83-87).

In respect of Colombia’s argument that the environmental obligations imposed upon States in these areas can be equated to human rights obligations, the Court made it clear that “the exercise of jurisdiction by a State under the ACHR does not depend on the relevant conduct being performed in a delimited geographic area.” What is relevant is that the “State is exercising authority over the person” or that “the person is within the effective control of that State”. Thus, the fact that the environmental obligations in those areas are conducive to the protection of human rights is not necessarily tantamount to the exercise of jurisdiction under the ACHR (§§ 89-94). In our view, the Court here correctly distinguished between the relevant primary norms at stake and the question of the extraterritorial application of the ACHR as governed by Article 1.1.

As detailed below, its subsequent approach however raises room for concern.

4.2. – The Court first noted that many instances of environmental damage are extraterritorial and that the prevention and regulation of extraterritorial pollution through bilateral and multilateral agreements have tailored international environmental law as we know it (p. 96).

By drawing from previous decisions of the International Court of Justice (Corfu Channel Case [*United Kingdom v. Albania*] 15 December 1949, p. 22; Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory Opinion, 8 July 1986, § 29; Pulp Mills on the River Uruguay Case [*Argentina v. Uruguay*], 20 April 2010, §§ 101, 204), as well as from the Stockholm and Rio Declarations (§ 98) and the UN Convention on the Law of the Sea, the Court recognised the obligation on American States not to allow their territory to be used against the rights of third States, as well as to use all available means to prevent activities taking place in their territory or in any area under their jurisdiction causing significant environmental damage against third States.

The following paragraphs, together with § 81 commented on, and translated above, evince the position of the Court on the extraterritorial application of the ACHR in cases of transboundary environmental damage:

The obligation to respect and ensure human rights requires States to abstain from impeding or rendering more difficult the compliance of the obligations of the Convention by other State parties. The activities undertaken in the jurisdiction of one State party shall not deprive other States of their capacity to ensure that persons under their jurisdiction enjoy their rights under the Convention. The Court considers that States have an obligation to avoid transboundary environmental damage that may affect the human rights of persons outside their territory. For the purposes of the ACHR, it is understood that the person whose rights have been breached fall within the jurisdiction of

the State of origin if there is a causal link between the facts occurring in its territory and the violation of the human rights of person outside its territory. The exercise of jurisdiction by a State of origin in relation to transboundary damage is based on the understanding that it is the State in whose territory or in whose jurisdiction these activities are undertaken, who has effective control over them and is in a position to prevent the causation of transboundary damage that may affect the enjoyment of human rights of individuals outside its territory. The potential victims of the negative consequences of these activities should be deemed to be within the jurisdiction of state of origin for the purposes of any potential state responsibilities for failure to prevent transboundary damage. In any case, not every injury activates this responsibility” (§§ 101, 102).

As can be seen, the Court takes the position that the obligations to respect and ensure human rights require States to abstain from impeding or rendering more difficult other States’ compliance with the obligations of the Convention. As cautioned by the authors elsewhere, the legal basis for this proposition, as footnote 194 allows the interpreter to discern, is General Comments 14 and 15 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights’.

Further, the Court posits that for the purposes of the ACHR, the person whose rights have been breached fall within the jurisdiction of the State of origin if there is a *causal* link between the facts occurring in its territory and the violation of the human rights of persons outside its territory. Surprisingly, footnotes 146 and 147 of the Opinion, while quoting extensively from the case-law of the European Court of Human Rights (*Chiragov vs. Armenia*, 13216/05, 16 June 2015; *Al-Skeini et al. vs. UK*, 55721/07, 7 July 2011; *Ilaşcu et al. vs. Moldova and Russia*, 48787/99, 8 July 2004; *Banković et al. vs. Belgium*, 52207/99, 12 December 2001), do not refer to the case *Andreou (Andreou vs. Turkey)*, 45653/99, 27 October 2009) or other instances where the causal link criterion have been endorsed.

296

On an overall assessment, the position of the Court lacks legal rigour. It is evident that —probably as a result of the enthusiastic approach to the obligation to prevent transboundary damage under customary international law — the Court effectively conflated the extraterritoriality threshold with the obligation to prevent transboundary damage. Indeed, although the conditions for the extraterritorial application of the Convention were said to be exceptional, the obligation to prevent transboundary damage is at the end the sole criterion used for the extraterritorial application of the ACHR. There is simply no extraterritoriality threshold in §§ 101 and 102 of the ACHR. Finally, at § 103, the Court concluded that the obligation to prevent environmental transboundary damage, as well as the obligation to repair said damage, was independent of the legality of the conduct at stake, thus declaring a *sine delicto* regime in the ACHR when human rights are affected by significant environmental transboundary damage. It reads:

Therefore, it is possible to conclude that the obligation to prevent environmental transboundary damage is an obligation recognized by international environmental law, by virtue of which States can be held responsible for significant damage caused to persons located outside their territory as a result of activities originating in their territory or under their authority or effective control. It is important to highlight that this obligation does not depend on the lawful or unlawful character of the conduct causing the damage. This is because States are obliged to repair promptly, adequately and effectively, transboundary damage resulting from activities undertaken in their territory or under their jurisdiction. This obligation is independent from the question of whether the activity in question is prohibited or not under international law. In any case, there must always be a causal link between the

damage caused and the act or omission of the State of origin in respect of activities within its territory or under its jurisdiction *or* control.

5. – The Court interpreted questions two and three in Colombia’s request (on obligations deriving from the duties to respect and ensure the rights to life and personal integrity in the context of the protection of the environment) as requiring an integrated decision about the obligations of State parties to the ACHR, in light of their obligations to respect and guarantee the rights to life and personal integrity, in relation to environmental damage both within their territories and beyond their national frontiers (§ 38).

With reference to the negative obligation to respect human rights, the Court affirmed that States shall abstain from (i) any activity that denies or restricts access to a decent life; and (ii) the illegal pollution of the environment in a manner that affects the conditions allowing for a decent life. As to the positive obligations, they arise when (i) the State authorities knew or should have known that there is a real or imminent risk against the life of a determined group of people, and measures reasonably available were not undertaken to prevent or tackle the risk; and (ii) there is a causal link between the violation and the significant damage caused to the environment (§ 120).

Although a more detailed section, the mere reaffirmation of a causal link as the relevant criterion for the extraterritorial application of the ACHR comes without much needed clarification.

6. – Vis-a-vis Colombia’s question on the specific obligations arising out of the respect and guarantee of the rights to life and personal integrity, the Court stated it would instead address the following general obligations (§ 126).

6.1. – As for the obligation to prevent transboundary environmental damage, the Court declared the customary nature of the obligation to prevent transboundary environmental damage (§ 129). The Court then clarified that this principle imposes obligations that are similar to the general obligation to prevent violations of human rights and is not restricted to inter-State relations (§ 133). It did not however, provide any reasoning on a State practice and *opinio juris* basis.

6.2. – With regard to precautionary principle, and by referring to the Rio Declaration, the Court defined the principle as one requiring measures to be adopted in cases where there is no scientific certainty of the environmental impact of an activity. It also underlined that, depending on the instrument, “precaution” is characterized as a principle, an approach or a criterion (§ 176, footnote 395). It noted a trend in the International Tribunal of the Law of the Sea to characterize the precautionary approach as part of customary international law and as an integral part of the general obligation of due diligence in preventing environmental damage. The Court concluded that

the States must act in conformity with the principle of precaution, for the purposes of the protection of the right to life and personal integrity, in cases where there are plausible indicators that an activity can bring about grave and irreversible damages to the environment, even in the absence of scientific certainty (§§ 180-1).

6.3. – On the obligation to cooperate, the Court affirmed its customary character (§ 184) and recalled that according to the ICJ, this obligation is indispensable for the protection

of the environment and allows States to jointly address and prevent the risks of damage to the environment. It includes specific duties of; previous and timely notification; and consultation and negotiation in good faith with the potentially affected States (§§ 186-205). The Court refrained from recognizing the customary character of the duty to exchange information as part of the obligation to prevent, albeit noting and commending an increasing trend in treaty-practice.

7. – Finally, the Court characterised these procedural obligations as deriving from the human rights of: access to information (§§ 213-225); public participation (§§ 226-232); and access to justice (§§ 233-240), all in connection with the general obligation of States to protect the environment.

In conclusion, the Court's first approach to "jurisdiction" in Article 1 (1) of the ACHR, although timely, requires further elucidation. Currently, the question remains of whether the exceptional criteria of extraterritorial application recognized at §§ 73 to 81 of the AO govern the application of the obligation to prevent transboundary damage, now part of Article 26 of the ACHR; or whether the extraterritoriality threshold has in fact been conflated with the human rights obligations to prevent transboundary damage. Importantly, subsequent case-law would offer further guidance on the concrete content and scope of this very pertinent AO.

## La saga *Al Bahlul v. Usa*: ultimi sviluppi giurisprudenziali in merito alla giurisdizione delle *military commissions*

di Chiara Graziani

**Title:** The Al Bahlul saga: latest developments in case law on the jurisdiction of military commissions

**Keywords:** US Supreme Court; national security; Guantánamo.

1. – Le c.d. *military commissions* possono essere considerate come uno degli aspetti maggiormente significativi e, al tempo stesso, controversi della *war on terror* statunitense, se non il vero e proprio simbolo di quest'ultima. Basti ricordare che, al fine di difenderne la legittimità, in risposta alle non poche critiche che esprimevano preoccupazione circa varie caratteristiche di tali commissioni, il Presidente Bush affermava: «we are an open society, but we are at war» (v. *Remarks by President Bush to the U.S. Attorney Conference*, 29-11-2011, consultabile in <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/11/20011129-12.html>), così implicitamente affermando l'esistenza di un nesso funzionale fra l'istituzione di commissioni militari, il cui *modus operandi* si pone indubbiamente come derogatorio nei confronti dei principi della giurisdizione propri della Costituzione americana, e l'esistenza di una – per quanto atipica – situazione di emergenza (sui rapporti fra lotta al terrorismo internazionale e guerra, si fa rinvio ad A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2007, 75 ss.).

L'istituzione delle commissioni militari, infatti, sottende diversi assunti che rimandano ad un quadro giuridico al di fuori di quello ordinario e più prossimo a quello bellico. Le commissioni militari sono pensate e istituite per processare i c.d. *enemy combatants*, denominazione con cui vengono definiti i soggetti coinvolti in attività terroristiche catturati in territorio non statunitense e, in particolare, in zone di guerra. A questi, tuttavia, gli Stati Uniti hanno sempre ritenuto non applicarsi il diritto internazionale umanitario, né le relative garanzie, tra cui quella del giusto processo. Proprio per questo motivo, fin dagli albori della *war on terror*, i soggetti in questione sono detenuti presso la base militare di Guantánamo, in mancanza di uno specifico capo d'accusa e senza che possano essere processati da tribunali ordinari, la cui giurisdizione è stata in un primo momento ritenuta assente nel territorio di Guantánamo (tuttavia, la Corte Suprema, pochi anni dopo, ha provveduto a negare questa ricostruzione: v. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006)). Sono giudicati, invece, dalle commissioni militari (per questo motivo anche dette “*Guantánamo commissions*”, la cui istituzione è autorizzata dall'*executive order* emanato dal Presidente Bush il 13-11-2001), le quali sono state oggetto non solo del dibattito dottrinale, ma anche di importanti decisioni delle

corti statunitensi (v. *infra*). Alla giurisprudenza di queste ultime, volta a censurarne gli aspetti contrastanti con la *rule of law* e a ridimensionarne l'ambito di azione, ha sempre fatto seguito la reazione legislativa volta a riaffermarne la legittimità. In verità, l'Amministrazione Obama non ha mai celato i propri dubbi sulla loro capacità di garantire ai detenuti *standards* perlomeno assimilabili a quelli del *fair trial*, ma ha comunque continuato ad avallarne l'esistenza (v. il discorso del Presidente Obama riportato in E.R. Wilcox, *Digest of United States Practice in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 759).

Il caso *Al Bahlul*, che si va a commentare nel prosieguo – tramite un'analisi che riguarderà non solo la pronuncia della Corte Suprema, bensì l'intero *iter* processuale – si inserisce nel filone giurisprudenziale “Guantánamo”. In particolare, la questione controversa su cui il presente contributo si soffermerà riguarda la possibilità per le commissioni militari di pronunciarsi su reati totalmente rientranti nelle fattispecie penali ordinarie regolate dal diritto statunitense e non qualificabili – perlomeno non pacificamente, si vedrà nel prosieguo per quali motivi – come crimini di guerra, sulle quali sono quindi, almeno in via di regola, le corti federali e statali ad avere giurisdizione.

L'analisi sarà strutturata come segue. In primo luogo, verranno ricostruiti i fatti e, sinteticamente, l'*iter* processuale che ha portato alla pronuncia. In secondo luogo, i vari gradi di giudizio verranno analizzati più specificamente, cioè soffermandosi sui principali snodi argomentativi affrontati dalle corti per risolvere le questioni giuridiche rilevanti. Nella sezione conclusiva, di carattere analitico-riflessivo, infine, sarà esaminata la decisione della Corte Suprema statunitense, intervenuta nell'ottobre 2017 con il diniego di *certiorari*, il quale, peraltro, non è stato motivato dal Collegio (che non è giuridicamente tenuto a farlo: sul diniego di *certiorari*, v. F. Tirio, *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema. Principi, strategie, ideologie*, Milano, Giuffrè, 2000, 88-91). Nello specifico, nell'analizzare le possibili ragioni alla base di essa, si esamineranno anche le altre pronunce relative a Guantánamo (c.d. *Guantánamo litigation*), allo scopo di far luce sullo stato dell'arte della giurisprudenza statunitense sul tema. A questo proposito, si rifletterà, anzitutto, sulle potenziali conseguenze, in termini di concreta ed effettiva tutela dei diritti, del diniego di *certiorari* da parte della Corte Suprema. Tale valutazione avrà come parametro lo *standard* di riconoscimento e mantenimento delle garanzie costituzionali, nonostante quelli che sono stati definiti “*stressful times*” (per l'utilizzo di questa espressione in riferimento alla diffusione della minaccia terroristica, M. Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli approaches to the War on Terror*, in 27 *Cardozo Law Review*, 2079, 2081 (2006)), laddove non addirittura contesti bellici (v. *supra* in questa sezione, discorso del Presidente Bush).

2. – Ali Hamza Ahmad Sulliman Al Bahlul (nel prosieguo, Al Bahlul) si avvicina alla rete di Al-Qaeda negli anni '90 e viene inserito nel c.d. ufficio media di Bin Laden. In questo contesto, Al Bahlul svolge quella che può essere definita una carriera fulminante: in pochi anni, arriva ad essere considerato il “*media man*” di Bin Laden: gestisce e coordina aspetti cruciali dell'esposizione mediatica di quest'ultimo, ne prepara i discorsi e cura i video propagandistici di Al-Qaeda. Egli viene visto come il propulsore dell'organizzazione terroristica e sono ritenute in gran parte suo merito le sempre più numerose adesioni alla rete terroristica da parte di individui radicalizzati e reclutati tramite i messaggi da lui studiati. Ciò porta Bin Laden a nominare Al Bahlul suo assistente personale, nonché a metterlo a capo dell'ala di Al-Qaeda che si occupa delle relazioni pubbliche. In questa veste, Al Bahlul ha un ruolo determinante nell'ambito degli attacchi dell'11 settembre 2001: non solo prepara il discorso pubblico che Bin Laden terrà subito dopo gli avvenimenti e i giuramenti di fedeltà di due degli attentatori, ma propone anche di prendere parte egli stesso agli attentati, cosa che Bin Laden gli

nega, in quanto considera il suo ruolo cruciale per la prosecuzione dell'azione di Al-Qaeda.

Nel 2001, poco dopo gli attacchi alle Torri Gemelle e al Pentagono, Al Bahlul viene catturato in Pakistan dalle forze americane. Nel 2002 viene trasferito, sempre ad opera degli agenti statunitensi, nella base militare di Guantánamo, dove ha inizio la sua detenzione come *enemy combatant* (v. *supra*, § 1 e cfr., per approfondimenti sul concetto di *enemy combatant*, G.C. Harris, *Terrorism, War and Justice: The Concept of the Unlawful Enemy Combatant*, in 26 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 31 (2003)).

Nel 2004, egli viene accusato del reato di cospirazione per la commissione di crimini di guerra e viene condannato da una commissione militare di Guantánamo. Successivamente, l'accusa nei suoi confronti viene estesa fino a ricomprendere i reati di supporto materiale al terrorismo e istigazione alla commissione di crimini di guerra e, conseguentemente, viene condannato. Tale decisione viene confermata in appello dalla *US Court of Military Commission Review* (820 F. Supp. 2d 1141).

A tal punto, Al Bahlul impugna la decisione della *US Court of Military Commission Review* dinanzi alla *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, la quale, se in un primo momento decide di ribaltare la condanna emessa nei suoi confronti (2013 WL 297726, No. 11-1324 (2013)), successivamente, riconsidera il caso *en banc* su richiesta del Governo statunitense. In questa sede, da un lato, conferma la condanna per cospirazione; dall'altro, annulla le altre due imputazioni e rinvia alla Corte in composizione ristretta (767 F.3d 1, 3 (D.C. Cir. 2014), su cui v. S.I. Vladeck, *Military Courts and Article III*, in 103 *Geo. L.J.* 933 (2015)). Quest'ultima, nel 2015, si pronuncia di nuovo, ritenendo che la legge che concede alle commissioni militari di Guantánamo la giurisdizione su reati, come quelli del caso di specie, punibili in base al diritto penale ordinario (e non qualificabili come crimini di guerra), violi l'articolo 3 della Costituzione statunitense che assegna la giurisdizione per «all crimes» alla magistratura ordinaria. Pertanto, risulterebbe violato anche il principio di separazione dei poteri (Al Bahlul v. U.S., 792 F.3d 1 (D.C. Cir. 2015)). Il Governo chiede nuovamente che la questione sia riconsiderata *en banc*. Pertanto, nell'ottobre 2016, la Corte, in composizione allargata e a maggioranza (Ali Hamza Ahmad al Bahlul v. USA, No. 11-1324 (D.C. Cir. 2016); v. *infra* per la ricostruzione delle *concurring* e *dissenting opinions*), ritiene che il Congresso possa riservare alla giurisdizione delle commissioni militari anche reati perseguibili in base al diritto penale ordinario, non riconosciuti come crimini di guerra. Al Bahlul presenta richiesta di *certiorari*, ma, il 10 ottobre 2017, la Corte Suprema oppone diniego, senza motivare sul punto.

3. – A seguito di tale sintetica ricostruzione dell'iter giudiziario del caso, di carattere essenzialmente diacronico-fattuale, ma imprescindibile, data la complessità della vicenda a livello processuale, per un corretto e chiaro inquadramento delle circostanze, appare necessario scendere nello specifico di ciascuna pronuncia menzionata. In tale sede, emergeranno le principali questioni giuridiche legate al caso e si cercherà di contestualizzarle nel panorama legislativo e giurisprudenziale.

Anzitutto, vale la pena soffermarsi sui tre reati alla base della condanna, pronunciata, in prima battuta, da parte delle commissioni militari. Come già detto, all'accusa iniziale di cospirazione alla commissione di crimini di guerra, si aggiungono quelle di istigazione e di supporto morale al terrorismo. A tale proposito, bisogna sottolineare che ciò è dovuto all'intersecarsi della vicenda processuale qui in commento con un altro importante filone della c.d. *Guantánamo litigation*, ossia quell'insieme di pronunce delle corti statunitensi – in particolare, la Corte Suprema – tramite le quali sono stati affrontati diversi aspetti controversi relativi all'istituzione e al funzionamento delle commissioni militari. Nello specifico, il procedimento a carico di Al Bahlul che si svolge di fronte alle *Guantánamo commissions* è sospeso nell'attesa che la Corte Suprema si pronunci sul caso *Hamdan* (per un'analisi di quest'ultimo, v. P.J. Spiro, *International*

*decisions: Hamdan v. Rumsfeld*, in 100 *Am. J. Int'l L.* 888 (2006)). In tale vicenda, infatti, si mette in dubbio la legittimità delle commissioni militari di Guantánamo sotto vari profili. Ad esempio, la Corte Suprema in *Hamdan v. Rumsfeld* (548 U.S. 557, 613 (2006)) rileva che il funzionamento di tali organismi è in violazione dell'articolo 3 comune alle tre Convenzioni di Ginevra, nonché dello *Uniform Code of Military Justice*. Tale infrazione si verifica, tra l'altro, nella misura in cui la persona accusata e il suo difensore non hanno la possibilità di assistere all'assunzione di tutte le prove, il riferimento è a quelle definite come "closed material", che, per ragioni di sicurezza nazionale, vengono esaminate unicamente dalla commissione militari e da un "security-cleared counsel" (v., per approfondimenti, D. Luban, *Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo*, in 60 *Stan. L. Rev.* 1981 (2008)), nonché a causa della privazione dell'*habeas corpus*. Tuttavia, come ampiamente noto, essendo considerata la rinuncia alle commissioni militari un prezzo troppo alto da pagare, il Congresso approva il *Military Commission Act 2006*, tramite cui viene fornita base legale alle commissioni militari e per mezzo del quale si ritiene di dover "superare" la pronuncia *Hamdan*, sostanzialmente privandola di ogni effetto (si perpetua, così, una sorta di "braccio di ferro" fra Corte Suprema e Legislatore, già iniziato in tempi precedenti relativamente ad altri aspetti critici delle commissioni militari; sulla questione, v. ampiamente C.A. Bradley, *Agora (Continued): Military Commissions Act of 2006*, in 101 *Am. J. Int. L.* 322, 327-328 (2008)). Ad ogni modo, ciò che è rilevante per il caso in esame è che il *Military Commission Act* istituisce anche una lista di trenta crimini, su cui le commissioni militari hanno giurisdizione, indipendentemente dal fatto che siano commessi prima o dopo l'11 settembre 2001. Per tale motivo, quindi, l'accusa nei confronti di Al Bahlul viene ampliata e, in un certo senso, "corretta", al fine di far rientrare le fattispecie fra quelle elencate dal *Military Commission Act*, ossia cospirazione per la commissione dei crimini di guerra, supporto materiale al terrorismo e istigazione alla commissione di crimini di guerra. Una volta che questa condanna viene confermata dalla *US Court of Military Commission Review*, Al Bahlul fa appello davanti alla Corte d'Appello distrettuale. Il motivo per cui, in un primo momento, tale collegio ritiene di accogliere le sue doglianze consiste principalmente nell'affermazione del carattere non retroattivo del *Military Commission Act*. Di conseguenza, non sarebbe possibile che le commissioni militari condannino un individuo per reati, pur rientranti fra quelli assegnati alla loro giurisdizione, qualora questi siano stati commessi in un momento precedente all'entrata in vigore del *Military Commission Act* stesso, a meno che tali condotte non fossero già considerate come crimini di guerra e, pertanto, fossero già riconducibili alla giurisdizione delle commissioni militari. Per giustificare tale interpretazione, viene fatto perno sulla sentenza *Hamdan II (Hamdan v. United States (Hamdan II))*, 696 F.3d 1238, 1248 (D.C. Cir. 2012)), nella quale la stessa Corte aveva annullato la condanna per supporto materiale al terrorismo proprio perché questo reato non era considerato come un crimine di guerra – ai sensi del diritto internazionale – prima dell'entrata in vigore del *Military Commission Act*. Il principio per cui le commissioni militari potessero avere giurisdizione sui crimini di guerra è ricavabile da un precedente della Corte Suprema ben più risalente rispetto all'11 settembre 2001 (*Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)), in cui la questione riguardava la possibilità di sottoporre al giudizio di una corte militare alcuni agenti nazisti che, durante la seconda guerra mondiale, avevano tentato il sabotaggio di diversi stabilimenti industriali militari americani. In tale situazione, la Corte Suprema, all'unanimità, aveva giudicato legittima l'istituzione delle commissioni militari, ritenendo insussistente la violazione del V e VI Emendamento della Costituzione americana, che fissano alcune delle garanzie del *due process of law*. Infatti, i soggetti in questione avevano violato il diritto di guerra, caratterizzandosi così come "unlawful enemy combatants". La Corte Suprema aveva quindi sottolineato che il Congresso, per mezzo degli *Articles of War*, aveva autorizzato l'istituzione di tribunali militari per casi in cui questo fosse specificamente previsto o da uno *statute*, oppure dalla *law of war*. Perciò, fin dal 1942, la giurisdizione delle corti militari rimaneva circoscritta a questi casi: è chiaro, pertanto,

che il *Military Commission Act* pone una deroga a questa regola e, alla luce del suo carattere eccezionale, non può essere interpretato in modo retroattivo. Considerarlo tale, al contrario, violerebbe la c.d. *Ex Post Facto Clause*, ossia il divieto di retroattività contenuto nell'art. 1, parr. 9 e 10 della Costituzione statunitense. Peraltro, la Corte ritiene che questa violazione sia ravvisabile applicando lo *standard* del *plain error*. Si tratta di una dottrina processuale, originatasi dalla *common law* e poi codificata a livello normativo, in base alla quale, nel caso in cui la corte inferiore abbia commesso un errore di giudizio rilevabile *ictu oculi*, questo può essere corretto d'ufficio in sede di *review* della decisione (per maggiori approfondimenti, si rinvia a J.L. Lowry, *Plain Error Rule – Clarifying Plain Error Analysis Under Rule 52(b) of the Federal Rules of Criminal Procedure*, in 84 *J. Crim. L. & Criminology*, 1065 (1994)).

Un ragionamento diverso, invece, viene seguito dalla stessa Corte distrettuale nel momento in cui riconsidera il caso *en banc*. Essa, infatti, ritiene che l'applicazione retroattiva del *Military Commission Act* nei confronti di Al Bahlul non si sostanzia in una manifesta violazione della *Ex Post Facto Clause*. Al contrario, si sottolinea che, in verità, la cospirazione alla commissione di crimini di guerra potesse già essere considerata, prima dell'entrata in vigore del *Military Commission Act*, come un crimine di guerra. La motivazione di tale assunto risiede nel fatto che nel concetto di «law of war» menzionato dagli *Articles of War*, rientrano non solo i crimini di guerra definiti tali dal diritto internazionale, ma anche quelli rapportabili a tale categoria in base al *common law* statunitense (per un'ampia ricostruzione del dibattito sul tema, si rinvia a J.D. Ohlin, *The Common Law of War*, in 58 *Wm. & Mary L. Rev.* 493 (2016)). Pertanto, le conclusioni opposte a cui arrivano le due decisioni dipendono da due diverse interpretazioni del concetto di *law of war* definito dal diritto statunitense (in particolare, dagli *Articles of War*). Tuttavia, la statuizione della Corte distrettuale *en banc* riguarda solamente il reato di cospirazione. Per gli altri due, viene pacificamente affermato che, non essendo essi riconosciuti come crimini di guerra prima dell'entrata in vigore del *Military Commission Act*, né dal diritto internazionale né da quello interno, la relativa incriminazione viola la *Ex Post Facto Clause*. Ad ogni modo, nell'affermare, sul piano teorico, la possibilità di sostenere l'accusa nei confronti di Al Bahlul relativamente alla cospirazione, la Corte rinvia la determinazione del merito al *panel* originario del collegio. Quest'ultimo, nel 2015, si pronuncia, non rinunciando alla propria visione della vicenda, ma anzi strutturandola in maniera più organica. Da un lato, infatti, si sostiene che vi è violazione del principio di irretroattività nel ritenere applicabile il *Military Commission Act* in caso di commissione di un reato non qualificabile come crimine di guerra ai sensi del – solo – diritto internazionale prima della sua entrata in vigore. Dall'altro lato, la Corte distrettuale ritiene che affidare alle commissioni militari, seppure con legge, la giurisdizione sul reato di cospirazione violi la separazione dei poteri, in particolare ponendosi in contrasto con l'art. 3 della Costituzione americana, che specifica le attribuzioni del Giudiziario (tra cui, la giurisdizione su «all crimes» della magistratura ordinaria). A fronte di questa sentenza, il Governo chiede e ottiene nuovamente la riconsiderazione del caso *en banc*.

Nella sua ulteriore decisione avvenuta nell'ottobre 2016, la Corte distrettuale, in composizione allargata, ribalta, per la seconda volta, quanto affermato dal Collegio ristretto. Tuttavia, la maggioranza, composta da sei giudici, non utilizza in maniera compatta la stessa *ratio decidendi*. La prima base motivazionale (cui fanno ricorso quattro giudici) consiste nell'affermare che gli articoli 1 e 2 della Costituzione americana non ostano alla previsione secondo cui il reato di cospirazione possa essere sottoposto alla giurisdizione delle commissioni militari. La seconda (cui fa riferimento un solo giudice) afferma la condanna di Al Bahlul in base allo *standard* del *plain error*, senza soffermarsi sulla possibilità o meno per il Congresso di stabilire che chi si è macchiato del reato in questione debba essere giudicato da una commissione militare. La terza (anch'essa riscontrata nella *opinion* di un solo giudice) appare più articolata. In effetti, il giudice Wilkins argomenta che il reato di cospirazione ha un "doppio volto". Essa non è solo

un'autonoma fattispecie di reato, bensì può essere considerata alla stregua di una teoria della responsabilità nell'ambito del concorso di reati. Se, da una parte, considerare la cospirazione come reato a sé la pone effettivamente al di fuori delle fattispecie rientranti fra i crimini di guerra, il discorso cambia se la si analizza sotto il secondo profilo. Infatti, ritenere che chi cospira a favore della commissione dei crimini di guerra rientri a pieno titolo nei soggetti attivi del crimine di guerra stesso, fa sì che trasli su di lui l'accusa relativa a quest'ultimo. Risulta così automaticamente superato il dubbio relativo alla configurabilità o meno della cospirazione come crimine di guerra. Si registra, infine, una *dissenting opinion*, sottoscritta da due giudici, i quali continuano ad argomentare la violazione del principio di separazione dei poteri, in particolare dell'articolo 3 della Costituzione federale.

In questa fase dell'*iter* procedurale si inserisce la richiesta di *certiorari* da parte di Al Bahlul, il quale si rivolge, pertanto, alla Corte Suprema. Tuttavia, pur essendo la decisione di quest'ultima fortemente attesa ed essendosi nelle sue more innescato un acceso dibattito dottrinale, in particolare in merito alla giurisdizione delle commissioni militari su crimini punibili dal diritto penale ordinario (si veda, ad esempio, l'*amicus curiae brief* presentato da un *team* di esperti legali del National Institute of Military Justice, a capo dei quali il prof. S.I. Vladeck; esso è reperibile *online* in [www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2017/05/Bahlul-NIMJ-Amicus-1.pdf](http://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2017/05/Bahlul-NIMJ-Amicus-1.pdf) e sintetizza le diverse letture della questione, propendendo per l'accoglimento della richiesta di *certiorari*), tali aspettative sono state deluse. In effetti, come si è già anticipato, il 10 ottobre 2017 la Corte Suprema ha negato il *certiorari* senza motivare, ponendo fine alla controversia.

4. – Come emerso dall'analisi, la questione di rilevanza costituzionale alla base della vicenda che qui si commenta è relativa alla sussistenza o meno della giurisdizione delle commissioni militari in relazione a reati non qualificabili – o perlomeno non pacificamente – come crimini di guerra, ma punibili in base al diritto penale ordinario.

Sicuramente, l'estensione della giurisdizione delle commissioni militari rientrava, in modo più o meno palese, fra gli obiettivi della *war on terror* statunitense, rappresentandone peraltro uno degli aspetti più controversi, come testimoniato dall'ampio dibattito giurisprudenziale sviluppatosi sul tema ed in parte ripercorso dal presente lavoro.

Il fatto che la vicenda *Al Bahlul* sia approdata alla Corte Suprema poteva rappresentare, per quest'ultima, l'opportunità di chiarire, in via definitiva, la propria posizione sul punto. Aver perso tale occasione, da un lato, apre alla cronicizzazione dell'incertezza, che ha marcato, fino a questo momento, il versante giurisprudenziale; dall'altro, risulta un'inspiegabile contraddizione, se si considerano gli approdi della giurisprudenza statunitense – in particolare, il riferimento è alla Corte Suprema stessa – in relazione ad altri aspetti della *Guantánamo litigation*.

Infatti, è necessario ricordare che la Corte Suprema si è più volte “scagliata” contro l'opposizione, da parte del Governo, del limite *territoriale* alle garanzie della Costituzione. Con ciò deve intendersi la posizione, difesa dall'esecutivo dinanzi la Corte Suprema, secondo cui la commissione militari potrebbero avere giurisdizione (con conseguente applicazione delle relative procedure in violazione dei diritti garantiti dalla Costituzione statunitense), sottraendola alle corti federali, in territori come Guantánamo, asseritamente al di fuori della sfera di sovranità statunitense. Sul tema, va sottolineato che, nell'ambito del caso *Boumediene v. Bush* (553 U.S. 723 (2008)), la Corte Suprema ha chiaramente affermato che gli Stati Uniti detengono la sovranità *de facto* sul territorio di Guantánamo, non potendosi perciò configurare nessuna eccezione alla disciplina posta dalla Costituzione in tema di diritti (ad esempio, l'*habeas corpus*).

Similmente, nei casi precedenti che integrano, insieme al caso *Boumediene*, il filone della *Guantánamo litigation*, ossia *Hamdi v. Rumsfeld* (542 U.S. 507 (2004)), *Rasul v. Bush*

(542 U.S. 466 (2004)), *Hamdan v. Rumsfeld* (548 U.S. 557 (2006)), la Corte Suprema aveva chiaramente negato le limitazioni di carattere *personale* all'applicazione delle garanzie costituzionali, affermando la giurisdizione delle corti federali su casi di *habeas corpus* relativi a cittadini anche non statunitensi detenuti a Guantánamo (per un'analisi approfondita di questi casi, si rinvia a M.C. Rahdert, *Double-Checking Executive Emergency Powers: Lessons from Hamdi and Hamdan*, in 80 *Temp. L. Rev.* 451 (2007); T. Yin, *Boumediene and Lawfare*, in 43 *U. Rich. L. Rev.* 865 (2009)).

Pertanto, la situazione appare abbastanza peculiare. Alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema appena citata, letta in combinato disposto con le norme (v. *supra*, § 3) che legittimano l'istituzione di commissioni militari qualora questo sia previsto dalla *law of war*, tali commissioni dovrebbero poter dunque operare limitatamente a tali ristretti casi. Tuttavia, per mezzo di un'interpretazione estensiva del concetto di *law of war*, proposta dalla giurisprudenza, al fine di farvi rientrare anche fattispecie così definite non solo dal diritto internazionale, ma anche dalla c.d. *common law of war* statunitense, si è giunti ad una riespansione dell'ambito di attività delle commissioni. Dal canto suo, la Corte Suprema, negando il *certiorari* nel caso in esame, ha perso l'occasione di delegittimare tale impostazione esegetica.

Potrebbe ipotizzarsi che, con l'*escamotage* consistente nel “decidere di non decidere”, la Corte Suprema abbia cercato di non portare alle estreme conseguenze un filone giurisprudenziale (quello, appunto, della *Guantánamo litigation*). Infatti, lo scenario che si presenta vede, da una prospettiva più generale, il rapporto fra la sicurezza e diritti propendere a favore della prima; la riluttanza, da parte delle varie Amministrazioni succedutesi nel corso degli anni a partire dall'11 settembre 2001 (Bush, Obama, ed ora Trump), nei confronti della chiusura di Guantánamo. Questo quadro potrebbe aver fatto percepire alla Corte Suprema sia una certa “inefficacia” delle proprie decisioni (che, se fossero state effettivamente prese in considerazione, avrebbero dovuto, prima o poi, portare alla fine del sistema delle commissioni militari), sia una necessità di ricalibrare il proprio approccio, evitando di scardinare un ulteriore appiglio all'impiego delle commissioni stesse. Tuttavia, la Corte potrebbe non aver voluto fare ciò in modo esplicito, trovandosi a dover motivare questioni che, pur all'apparenza prettamente giuridiche, potrebbero avere un notevole peso politico. Di qui la mancanza di qualsiasi motivazione al diniego di *certiorari*. Perciò, c'è da chiedersi se, rifiutando il *certiorari* il 10 ottobre 2017, la Corte Suprema non abbia avvicinato il proprio atteggiamento agli *standards* deferenziali cui essa è avvezza – ma, in verità, non si discostano da tale approccio anche le corti inferiori statunitensi –, ad esempio, in tema di invocazione del segreto di Stato (è emblematica la vicenda *El-Masri*, per la parte svoltasi dinanzi gli organi giurisdizionali statunitensi; v. ampiamente sul punto A. Vedaschi, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in corso di pubblicazione in *Am. J. Comp. L.*; Id., *Globalization of Human Rights and Mutual Influence between Courts. The Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, in S. Shetreet (ed.), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2014, 109 ss. e, per una comparazione con la trattazione del segreto sul versante italiano, Id., *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2012, 978 ss.).



## La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del “socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era”

*di Renzo Cavalieri*

**Title:** China's constitutional revision and the institutionalization of the “Socialism with Chinese characteristics for a new era”

**Keywords:** China; constitutional revision; Xi Jinping

L'11 marzo 2018, la I sessione della XIII Assemblea Nazionale del Popolo Cinese (ANP) ha approvato una legge di revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese: la proposta, formalmente avanzata dal Comitato permanente dell'ANP stessa su iniziativa del Comitato centrale del Partito comunista cinese (PCC), è stata approvata dalla sessione plenaria dell'ANP con la schiacciante maggioranza di 2958 voti favorevoli, due contrari e tre astenuti (più sedici assenze e un voto nullo): una votazione particolarmente compatta persino per gli standard plebiscitari delle maggioranze parlamentari cinesi.

La proposta di revisione costituzionale del Partito era stata pubblicamente annunciata dall'agenzia di stampa ufficiale Xinhua (curiosamente in inglese prima che in cinese) solo due settimane prima della riunione del parlamento, il 25 febbraio 2018. Sebbene da diversi mesi fosse noto che l'ufficio politico del Partito comunista stava lavorando a un progetto di revisione, i dettagli di tali lavori non sono stati oggetto di consultazioni, dibattiti o confronti pubblici: nonostante la sua grande importanza, la modifica è stata adottata poco dopo il suo annuncio, evitando così di dare spazio al dissenso, spazio peraltro già ridottissimo grazie all'uso massiccio della censura del web e dei social media da parte delle autorità.

Anche l'eclatante risultato della votazione in aula trasmette l'immagine di un parlamento passivo e meccanicamente obbediente alla volontà del Partito e ridicolizza il requisito della maggioranza qualificata dei due terzi dei deputati previsto dall'art.64 per le modifiche costituzionali, ricordandoci che in Cina la Costituzione – già sistematicamente ridotta a un ruolo meramente programmatico dall'assenza di un controllo di costituzionalità delle leggi - è intesa come uno strumento di indirizzo politico nelle mani del Partito più che come la Carta contenente le regole e i valori condivisi di una nazione.

In questo caso però si tratta appunto di una revisione costituzionale di importanza storica, che non soltanto imprime una forte, ulteriore spinta all'accentramento dei poteri nelle mani del presidente Xi Jinping e alla sua ascensione al ruolo di padre ispiratore della nuova Cina, nonché alla forte riaffermazione della supremazia del partito

comunista, ma incide anche direttamente sulla forma di governo della Repubblica Popolare Cinese (RPC), introducendo un nuovo, importantissimo organo costituzionale.

Quella attuale è la quinta modifica operata dal parlamento cinese sulla Costituzione del 4 dicembre 1982. Le precedenti quattro revisioni, con le quali in questi trentacinque anni la Carta è stata progressivamente adattata alle necessità della società cinese in trasformazione, sono state quelle del 1988, 1993, 1999 e 2004: grazie a tali modifiche, è stata ad esempio data crescente tutela costituzionale alla proprietà privata, si sono eliminati i riferimenti alla pianificazione economica statale e sono stati introdotti concetti innovativi fondamentali, come quello del governo per mezzo della legge (fazhi, 法治) o quello della tutela dei diritti umani (renquan, 人权). Tuttavia mai, in precedenza, una modifica costituzionale aveva avuto un impatto sistematico paragonabile a quello dell'attuale.

La revisione interviene sia sul Preambolo sia su svariati articoli.

Nel Preambolo viene formalizzato il culto della personalità di Xi Jinping, attraverso un riferimento specifico al suo nome e al suo pensiero, ma anche riprendendo diversi concetti da lui espressi in testi e discorsi ufficiali:

- viene dunque innanzitutto menzionato tra i principi ispiratori della Repubblica il pensiero “di Xi Jinping sul socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era”;

- viene sostituita l'espressione fazhi (法制 sistema giuridico), con l'omofono fazhi (法治, governo della legge), a confermare la grande attenzione che Xi presta al ruolo (comunque strumentale o ancillare alla politica) del diritto;

- viene inserito un riferimento alla civiltà “ecologica” (shengtai, 生态) e affermato l'obiettivo di “costruire un paese socialista moderno e forte, che sia prospero, democratico, culturalmente avanzato, armonioso e bello, e che realizzi la grande rinascita (fuxin, 复兴) della nazione cinese”;

- viene introdotto un riferimento all'armonia (hexie, 和谐) che deve instaurarsi nei rapporti tra le varie nazionalità (minzu, 民族) della Cina (riferimento che verrà ripreso anche nell'articolato, in un'analogia modifica dell'art.4);

- vengono introdotti diversi riferimenti al ritrovato ruolo della RPC nelle relazioni internazionali e alla costruzione di una strategia di apertura al mondo “mutualmente benefica (huli gongyin 互利共赢)”, nell'ottica della comunanza del destino del genere umano (renlei mingyun gongtongti 人类命运共同体);

Passando alle modifiche operate sull'articolato della Costituzione, la prima, dirimpente novità è contenuta nel paragrafo 2 dell'art. 1, che dopo la frase “Il sistema (zhidu, 制度) socialista è il sistema fondamentale della Repubblica Popolare Cinese” inserisce una nuova frase che recita: “L'elemento più distintivo del socialismo dalle caratteristiche cinesi è la guida (lingdao, 领导) del Partito comunista cinese.”.

L'enunciazione di per sé non costituisce certo un elemento di novità o di sorpresa: il ruolo guida del partito comunista è una delle basi ideologiche e organizzative fondamentali dello stato cinese dalla sua fondazione ed è anche già espressamente menzionato nel Preambolo della Costituzione del 1982. Non è tuttavia da sottovalutare il fatto che il Partito torni ad apparire nel testo costituzionale vero e proprio dopo quasi quarant'anni: era infatti presente nelle costituzioni maoiste e ancora nell'art.2 della Costituzione del 1978, ma quella Carta ebbe una vita brevissima e fu sostituita dopo soli quattro anni dal testo del 1982, nel quale fu operata una separazione formale tra l'organizzazione dello stato e quella del partito e ogni riferimento al partito fu espunto.

Sebbene non comporti alcun cambiamento sotto il profilo istituzionale, la novità è dunque molto significativa dal punto di vista ideologico, attribuendo al Partito un ruolo in qualche modo sovra-costituzionale e rendendo di conseguenza illecita qualsiasi ipotesi di sovvertimento di tale ruolo: in altri termini, questa revisione costituzionale sembra chiudere definitivamente la porta a qualunque prospettiva di sviluppo del sistema politico cinese verso un modello multipartitico o comunque nel senso di un maggiore pluralismo politico.

A sottolineare la rinnovata solennità della Costituzione, e indirettamente a confermare il dovere di fedeltà e obbedienza degli organi dello Stato (anche) al ruolo guida del Partito, una modifica dell'art.27 dispone per la prima volta un obbligo generale di giuramento sulla Costituzione per tutti i pubblici funzionari statali (guojia gongzuo renyuan, 国家工作人员) all'atto della presa di servizio. Il primo a celebrare questo rito civile è stato proprio Xi Jinping, neo-eletto Presidente della Repubblica e della Commissione Militare Centrale, il 17 marzo 2018.

Un'altra modifica, che è anche quella più nota e discussa dai media occidentali, riguarda il terzo comma dell'art.79, nel quale viene eliminato il limite massimo dei due mandati per le cariche di Presidente della Repubblica e di Vicepresidente, ossia per le due cariche che erano state sì reintrodotte da Deng Xiaoping dopo la loro abolizione in epoca maoista, ma appunto adottando alcune misure volte a evitare la concentrazione di un eccessivo potere in tali cariche.

La modifica è stata motivata dai commentatori ufficiali con l'esigenza di portare a termine il grande progetto di trasformazione della società cinese promesso da Xi Jinping e di garantire stabilità in un periodo storico particolarmente turbolento, risparmiando al contempo al partito e allo stato le tensioni tipiche delle fasi di successione dei leader politici.

In effetti si tratta di un intervento che fornisce operativamente al Presidente una prospettiva di lavoro di lungo termine e che più in generale contribuisce alla tendenza all'accentramento del potere nelle sue mani, ma è soprattutto un atto con una forte valenza simbolica. Si deve infatti ricordare che la Cina non è una repubblica presidenziale e il Presidente riveste un ruolo largamente formale, simile a quelli di molti capi di stato delle repubbliche parlamentari europee e asiatiche. Tale ruolo non è mutato nel tempo, né è stato oggetto di modifiche con la revisione costituzionale attuale. A differenza di quanto storicamente avvenuto in altri paesi asiatici – ad esempio nella Corea di Park Chung-hee negli anni Settanta – in Cina l'abolizione del limite dei mandati non è stata affiancata da altri interventi che estendano o rafforzino i poteri presidenziali.

Non si è dunque di fronte, almeno per il momento, a una "deriva presidenzialistica". Ma ciò per il semplice motivo che il potere politico del Presidente cinese non deriva tanto dal suo ruolo nelle istituzioni statali, ma da quello che egli al contempo, ormai per consuetudine, riveste all'interno del PCC, ossia quello di segretario generale: il Presidente è infatti eletto dall'ANP, tuttavia tale elezione di un candidato unico designato dal Partito è un atto che si profila sempre più materialmente dovuto (a maggior ragione ora, dopo la modifica dell'art.1).

Ma se le funzioni e i poteri del Presidente non sono stati sostanzialmente accresciuti, un altro gruppo di modifiche ha strutturalmente alterato gli equilibri tra gli organi statali, introducendo nella Costituzione gli organi di supervisione, e in particolare la Commissione nazionale di supervisione (Guojia jiancha weiyuanhui, 国家监察委员会), un nuovo organo costituzionale e un nuovo potere dello Stato.

Nel terzo capitolo della Costituzione, intitolato "Struttura dello stato" viene infatti inserita una nuova sezione, la n.7, intitolata "Commissioni di supervisione" (jiancha weiyuanhui, 监察委员会) e composta di cinque articoli (dal 123 al 127). Oltre alla sezione specificamente dedicata, vengono modificati diversi altri articoli (3, 62, 63, 65, 67) per adattare il testo alla nuova presenza degli organi di supervisione.

Le commissioni di supervisione sono state regolate, quasi simultaneamente alla revisione costituzionale, da una legge organica approvata anch'essa nell'ultima sessione del parlamento cinese il 20 marzo 2018. Della legge erano state pubblicate diverse bozze, l'ultima delle quali nel novembre dell'anno scorso: a differenza di altri progetti normativi, questo è stato oggetto di un limitato dibattito pubblico e le poche perplessità espresse negli ambienti accademici cinesi sono state tenute a bada dalla censura, mentre il partito ha battuto incessantemente sull'esigenza – sulla quale vi è senz'altro un notevole consenso popolare – di perfezionare il lavoro contro la corruzione e il malaffare

nell'amministrazione avviato cinque anni fa, con straordinaria energia e grande successo, dal Presidente Xi Jinping.

Le commissioni sono gli organi a cui viene affidato il controllo dell'intera pubblica amministrazione cinese e saranno istituite, secondo la consueta organizzazione gerarchica piramidale della RPC, a tutti i livelli dell'organizzazione statale. La legge appena approvata attribuisce loro amplissimi poteri di sorveglianza, ispezione, indagine e sanzione su tutti i funzionari pubblici, tra i quali sono espressamente menzionati i membri del PCC, i deputati di tutte le assemblee popolari, i membri del governo centrale e di quelli locali, i giudici e i procuratori del popolo, i dirigenti delle imprese statali, gli insegnanti e svariate altre categorie di soggetti. In caso di "seri illeciti" o di reati commessi dai funzionari nell'esercizio delle loro funzioni (*yanzhong zhiwu weifa huozhe zhiwu fazui, 严重职务违法或者职务犯罪*), le commissioni hanno il potere di emettere direttamente ordini di custodia cautelare (fino a un massimo di sei mesi), di perquisizione e di sequestro, in una procedura indipendente da quella giudiziaria che può condurre all'irrogazione di sanzioni dirette o alla trasmissione degli atti alla procura del popolo.

Al vertice della piramide delle commissioni la Costituzione pone la Commissione nazionale di supervisione, un organo eletto e controllato dall'ANP, che però, come la magistratura, "esercita il suo potere di supervisione in maniera indipendente sulla base della legge e non è soggetta a interferenze da parte di organi amministrativi, organizzazioni pubbliche o persone fisiche" (art.127). Sempre l'art.127 prevede con una formula molto ambigua che: "in caso di illeciti e di reati commessi nell'esercizio di funzioni pubbliche, le commissioni di supervisione si coordinano e si limitano reciprocamente (*huxiang peihe huxiang zhiyue, 互相配合, 互相制约*) con gli organi giurisdizionali, le procure e le forze dell'ordine."

I poteri e le competenze attribuiti alla nuova, potentissima burocrazia, sono già in larga parte previsti dall'ordinamento giuridico cinese (ad esempio la c.d. custodia amministrativa non è una novità), solo che ora vengono estesi in misura largamente indefinita e – soprattutto - concentrati in un unico organo, che pur essendo formalmente subordinato all'ANP, sarà sostanzialmente indipendente e responsabile del suo operato solo verso il Presidente. E verso il Partito: la Commissione nazionale e le commissioni locali saranno istituite mediante la fusione e la riorganizzazione di diversi uffici statali già esistenti (il ministero della supervisione, la sezione anticorruzione della procura suprema, gli organi specializzati della pubblica sicurezza), ma conddivideranno risorse e attività anche con organi del PCC, e in particolare con la Commissione di controllo disciplinare del PCC (*Zhongguo gongchandang zhongyang jilü jiancha weiyuanhui, 中国共产党中央纪律检查委员会*). Si realizza in tal modo un'estensione del sistema disciplinare interno del partito (c.d. *shuanggui 双规*) all'intera pubblica amministrazione, e d'altra parte lo si istituzionalizza, rendendolo parte dell'organizzazione statale.

L'istituzione delle commissioni di supervisione nell'ordinamento giuridico cinese è una novità di assoluto rilievo, che corona il progetto anticorruzione di Xi Jinping ponendo tuttavia anche grandi interrogativi sulla compatibilità di tali nuovi organi con la struttura costituzionale attuale e in particolare sul raccordo tra l'attività delle commissioni e quella giudiziaria, che esce fortemente indebolita da questa riforma.

Come tale commissioni potranno inserirsi nel sistema cinese dipenderà da molti fattori. Certo è comunque che questa riforma allontana ancora di più la Cina dal modello organizzativo degli stati liberal-democratici per riprendere un'antica tradizione cinese (quella dei censori imperiali, *yushi 御史*), declinata un secolo fa in quella particolare versione del principio di separazione dei poteri elaborata da Sun Yat-sen e chiamata pentademismo, nella quale oltre ai tre poteri tradizionali si aggiungevano quello "dei concorsi", ossia quello competente per la selezione dei pubblici funzionari, e quello, appunto "di controllo" (*jianchayuan, 监察院*) della pubblica amministrazione.

## The New Polish ‘Memory Law’: A Short Critical Analysis

di Mikołaj Małecki, Piotr Mikuli

**Keywords:** memory law; Holocaust law; Poland.

1. – The new Polish statute penalising the attribution of the Polish nation for taking part in Nazi crimes has evoked a number of discussions both in Poland and abroad, causing unnecessary tensions in the relations with Israel and with the US, as well as in a clash with Ukraine. This short article includes several critical comments related to the new statute from the perspective of constitutional and criminal law.

2. – The new statute was passed by the Sejm (the first chamber of Polish Parliament) on 26 January 2018 r. and by the Senate several days after. The President of the Republic, despite strong domestic and international criticism, decided to sign the statute and immediately refer it to the Constitutional Tribunal (within the so-called abstract *a posteriori* constitutional review). This action may rise justified doubts as to its correctness because according to the Polish Constitution, if the President of the Republic has constitutional objections towards a bill, he or she should refer it to the Constitutional Tribunal for an adjudication upon its conformity to the Constitution instead of signing it (M. Matczak, *Reviewing the Holocaust Bill: The Polish President and the Constitutional Tribunal*, *VerfBlog*, 2018/2/07, <https://verfassungsblog.de/reviewing-the-holocaust-bill-the-polish-president-and-the-constitutional-tribunal>, last access: 08.03.2018). In this context, the surprise has been much greater because in the justification of his application, the President described some questioned statutory regulations as creating a possible ‘chilling effect’ on the freedom of expression, which means that his constitutional objections were extremely serious. Because of the presidential decision, the statute will be a part of the generally binding law system until the Constitutional Tribunal’s ruling. At the same time, President Duda expressed his conviction that the statute protects Polish interests, the dignity of Poles and the historical truth so that the Poles could be judged fairly in the world and not be slandered as a state and as a nation (See [www.bbc.com/news/world-europe-42959076](http://www.bbc.com/news/world-europe-42959076)).

3. – The statute, from a formal perspective, constitutes an amendment to the Act on the Institute of National Remembrance - Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation, the Act on War Graves and Cemeteries, the Act on Museums and the Act on the Responsibility of Collective Entities for Acts prohibited under Penalty. The provision which has triggered the deepest emotion is the new Art. 55a para. 1 of the amended Act on the Institute of National Remembrance, according to which ‘whoever publicly and contrary to the facts attributes to the Polish Nation or to the Polish State responsibility or co-responsibility for the Nazi crimes committed by the German Third Reich, as specified in Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal -

Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, executed in London on 8 August 1945 (Journal of Laws of 1947, item 367), or for any other offences constituting crimes against peace, humanity or war crimes, or otherwise grossly diminishes the responsibility of the actual perpetrators of these crimes, shall be liable to a fine or deprivation of liberty for up to 3 years. The judgment shall be communicated to the public' (translation available at the official website of the Ministry of Justice, [www.ms.gov.pl/pl/informacje/news,10368.nowelizacja-ustawy-o-ipn--wersja-w-jezyku.html](http://www.ms.gov.pl/pl/informacje/news,10368.nowelizacja-ustawy-o-ipn--wersja-w-jezyku.html), last access: 03.03.2018). Simultaneously, para. 2. of this article states that if the perpetrator of the act specified above acts unintentionally, he or she shall be liable to a fine or restriction of liberty. In turn, para. 3 stipulates that an offence is not committed if the perpetrator of the prohibited act acted within the context of an artistic or scientific activity.

4. – The above quoted provisions seem to not conform to several provisions of the Polish Constitution, such as the following: Art. 2 from which the so-called principle of decent legislation may be derived, Art. 42 para. 1 expressing the rule *nullum crimen sine lege* and Art. 54 para. 1 on the freedom to express opinions. In his application, the President argued that the provisions of the statute may be incoherent with the principle of proportionality included in Art. 31 para. 3 of the Constitution.

5. – The statute, first of all, does not meet the standards of a properly created and appropriately formulated repressive law. In this context, The President rightly paid attention to the fact that this requirement should be perceived in light of the general requirement of the specificity of legal regulations, which, according to case law of the Constitutional Tribunal, can be derived from the principle of a democratic state ruled by law, included in Art. 2 of the Constitution. It requires that legal provisions be expressed in a correct, precise and clear way. Doubts are induced by the term 'attributes', which has an evaluative character. In practice, as the President emphasises, a certain statement may include both factual and interpretative elements. The President also questioned the phrases used in the other statute provisions which criminalise the denial of crimes committed by 'Ukrainian nationalists' and members of Ukrainian formations collaborating with the German Third Reich. According to the President, the wording 'Ukrainian nationalists', in particular, is unclear and, in this connection, also raises justified doubts in conformity with Art. 2 of the Constitution.

Furthermore, the statutory expression indicating criminal exemption if an act has been committed within an artistic or scientific activity is too ambiguous, as the precise definition of these activities does not exist. We can add that this wording may lead to the conclusion that the formulation of a thesis which is inconsistent with the facts as a part of a lecture popularising science or a lecture by a history teacher (in this case, it is considered only as education, not science) raises the risk of responsibility for defaming the Polish nation or the Republic of Poland for co-responsibility in Nazi crimes (reminder: the act does not have to be committed intentionally!).

6. – The juxtaposition of the definition of an offence and the above-mentioned exclusion of responsibility by referring to an artistic or scientific activity makes setting the scope of an illegal act difficult. This is why it infringes the *nullum crimen sine lege* rule expressed by Art. 42 para. 1. In practice, an organ executing the law would have wide discretionary power to determine what constitutes an infringement of the statute. This is also doubtful from the point of view of a proportional test prescribed by Art. 31 para. 3 of the Constitution. The Constitution provides that 'Any limitation upon the exercise

of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights'. According to the Constitutional Tribunal, one of the criteria that should be considered in assessing the limitation of a constitutional right or a freedom is whether it is necessary (essential) for the protection of interests with which this limitation is connected. Whether the questioned regulation could pass this test is highly doubtful. The freedom to express opinions is a prerequisite in a democratic state, and the President rightly referred to the hitherto constitutional case law and emphasised that the term 'opinion' encompasses a wide scope of statements that are therefore not only interpretative but also descriptive. In this context, words about a possible 'chilling effect' restricting the freedom of speech have been made here. Another important accusation that could be made against the statute is that in the scope of the questioned regulation, the principle of territoriality is limited. It states that the law will be applicable to a Polish citizen, as well as a foreigner, in the event of the commission of the offences, irrespective of the law being applicable at the place of commission of the prohibited act (Art. 55b). This makes the effectiveness of the law highly doubtful, as other states usually prohibit the extradition of their citizens, and the possible handing over of a perpetrator is connected with criminalisation of the act also by their own law. In principle, the same can be said in the context of the procedure of the European Arrest Warrant.

7. – To sum up this part of the paper, we are of the opinion that the arguments contained in the president's application deserve full recognition. We believe that the Constitutional Tribunal should recognise the unconstitutionality of the challenged provisions. Yet, the sentence will possibly have an interpretative character by either finding its constitutionally acceptable understanding or by determining its unconstitutional excludible construction.

8. – Apart from constitutional reference norms, the described statute seems to evoke doubts as to its conformity with Art. 10 of the European Convention of Human Rights (ECHR), which is a counterpart of Art. 54 para. 1 of the Polish Constitution. These doubts remain because of a possible similar argumentation, despite the fact that the European Court of Human Rights elaborated in such cases an exceptional regime based on the so-called abusive clause included in Art. 17 of the Convention (P. Lobba, 'Holocaust Denial', *The European Journal of International Law Vol. 26 no. 1, 237–253*). On this basis, the ECHR accepted the criminalisation of Holocaust denial in some European countries. In particular, the unintentional part of an offence seems not to be in conformity with the proportional principle as not necessary in a democratic society (I.C. Kamiński, 'Trzeba przemyśleć ustawę o IPN', *Gazeta Prawna*, 08.03.2018) This remark is quite important because the right of an ordinary Polish court to review statutes on the basis of their inconformity with the Convention is not questioned. Thus, it may happen, notwithstanding the Constitutional Tribunal approach in the discussed matter. Moreover, one may also argue that a pro-constitutional interpretation should always be used by ordinary courts, especially before the Constitutional Tribunal's ruling. This is described as the so-called direct application of the Constitution. The court could make an appropriate modifying interpretation of the statute by referring to the above-mentioned constitutional reference norms.

9. – The discussed regulations also raise doubts from the perspective of criminal (repressive) law creation standards. It should be noted in the first place that the adopted regulation cannot achieve the basic purpose of its introduction articulated in the explanatory statement to the governmental draft as follows:

‘For many years in public discussion, also abroad, have been appearing such terms as ‘Polish death camps’, <Polish extermination camps>, or <Polish concentration camps>. It happens that such terms are repeatedly used by the same persons, press titles, television or radio stations. There are also publications and auditions that deliberately falsify history, especially the latest one. There is no doubt that such statements, contrary to the historical truth, have significant consequences directly damaging the good name of the Republic of Poland and the Polish Nation, and act destructively on the image of the Republic of Poland, especially abroad. They cause the impression that the Polish Nation and the Polish State are responsible for the crimes committed by the Third German Reich.

[...] In this state of affairs, it is necessary to create effective legal instruments allowing Polish authorities for persistent and consistent historical policy in the field of counteracting falsification of Polish history and protection of the reputation of the Republic of Poland and the Polish Nation’.

The drafter of the discussed statute assumed that the introduced regulation would allow the prosecution of perpetrators by using the term ‘Polish death camps’ or those analogous to it (case of Barack Obama, see *White House apologizes for Obama’s ‘Polish death camp’ gaffe*, “The Times of Israel,” [www.timesofisrael.com/obama-offends-oles-in-death-camp-slip-up](http://www.timesofisrael.com/obama-offends-oles-in-death-camp-slip-up), last access: 03.03.2018). The content of the adopted Art. 55a para. 1 does not, however, authorise such an opinion. According to this provision, as already mentioned, criminal responsibility depends on attributing responsibility or co-responsibility to the Polish nation or to the Polish State for Nazi crimes or for other crimes against peace and humanity, or for war crimes. The very use of the controversial term with the adjective ‘Polish’ to name one of the concentration camps (extermination camps) located in the occupied Polish Republic cannot be considered an attribution of a specific crime to the Polish nation.

First, this term cannot be interpreted without taking into consideration the context in which it was formulated. For example, the controversial statement of the former US President at the ceremony of honouring the Polish hero Jan Karski with the Presidential Medal of Freedom did not obviously include the statement attributing to the Poles the crimes committed by the Third German Reich.

Second, the term ‘Polish extermination camp’ does not indicate the commitment of an alleged specific crime by the Polish Nation because, in accordance with the properties of a natural language (e.g. English), this term may only indicate the location, in a geographical sense, of the certain object referred to (i.e. the death camp located in Poland but not built or supervised by the Polish State).

Third, Art. 55a para. 1 requires the issuance of a statement contrary to facts (‘against the facts’). It must be noted, however, that only sentences, not words or terms, can be in accordance with facts or contrary to them. In itself, the phrase ‘Polish death camp’ is neither false nor true without considering its context and the content of the whole statement.

The presented considerations show that the adopted provision is in conflict with the basic principle of substantive criminal law, according to which criminal provisions should be enacted only if they can realise the objective of protecting a specific legal good set by the legislator. In addition, the provisions of the law should clearly reflect the assumptions adopted by the legislator on which the criminalisation is based. In the discussed case, the content of the law does not match the idea of this law presented by

the drafter of the discussed Act. However, this did not stop the drafter from claiming that the degree of threat to the interests of the Republic of Poland requires a radical reaction, one aimed at the criminalisation of the usage of the indicated terms in public space, which was to be addressed by the amendment (therefore, it is an example of so-called penal populism - J. Pratt, *Penal Populism*, London: Routledge 2006; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, 62–63).

10. – The analysis of the elements of the prohibited act stated in Art. 55a raises further doubts concerning the scope and meaning of certain premises of criminal liability.

The false attribution of responsibility for a crime to a specific person or even to a group of people does not mean that the commitment of this crime is attributed to the entire nation or state. The discussed provision requires, as it may seem, a general formula that indicates the responsibility of the entire nation or state. Therefore, such a statement as 'Inhabitants of village of XYZ, who were Poles, murdered Jews', if it turns out to be contrary to the facts, should not be punishable because it does not attribute responsibility to the Polish nation or the Polish State but only to a specified group of people. Doubts in this context are also raised by the notion of a 'nation' because it does not have an unambiguous legal definition (See *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, ed. H. Campbells Black, St. Paul, Minn. West Publishing CO.1968, 1175, <http://heimatundrecht.de/sites/default/files/dokumente/Black'sLaw4th.pdf>, last access: 03.03.2018).

11. – One of the elements of the analysed crime is to act 'against the facts'. A statement diminishing responsibility for the crimes committed by a particular regime, if it can be verified in terms of compliance or non-compliance with facts, must be one that concerns facts, not just an assessment of or an opinion about facts. For example, the making of the statement 'The Nazis murdered only a few Poles in the extermination camps' will not be punishable because it is only an assessment/opinion about the scale of Nazi crimes, not the reduction of Nazis responsibility contrary to facts. In this case, the word 'many', as used in the quoted sentence, plays a crucial role. Facts do not indicate whether many or only a few victims are involved. Depending on the context, there can be relatively many of them or relatively few. Thus, only those statements that point to objectively verifiable data, for example, the specific number of victims which is undisputedly false or the occurrence or non-occurrence of certain events (denial of the Holocaust as a whole), are subject to the discussed criminal provision. The requirement to issue a statement 'against the facts' assumes that the incriminated statement must refer to the events already sufficiently researched and described in the scientific literature, however this expression was already used in the original version of the law, i.e. before the amendments and referred to the denial of Nazi and communist crimes. Thus, the process of discovering the truth or of obtaining data that allows the establishment of facts cannot be punishable. The testimonies of witnesses about certain events that allow the verification of older hypotheses, even if they prove to be negative for people of Polish nationality, do not constitute this new crime.

The type of prohibited act described in Art. 55a para. 2 seems to be contrary to the standards of repressive law. According to this Article, as we mentioned at the beginning of this paper, criminal liability is also provided for the unintentional commitment of the discussed crime. The perpetrator does not need to be aware that he or she makes a claim contrary to the facts or to know that he or she does it publicly, or even to realise that he or she ascribes to the Poles the responsibility of participating in a specific crime that falls into the category of offenses listed in Art. 55a para. 1. This

criminalisation, including cases that should be dealt with through a civil law response or diplomatic action, is too far reaching.

12. – The above considerations do not allow the positive assessment of the adopted amendment to the Act on the Institute of National Remembrance neither from the perspective of constitutional nor criminal law. One more issue should also be noted here. Independent of the rational arguments presented by the President in his application, the problem of delegitimising the Polish Constitutional Tribunal exists. The Tribunal was captured by the ruling Law and Justice party by a number of measures taken in the last two years. The Tribunal's situation must be perceived on the wider context of undermining the independent constitutional institutions safeguarding the rule of law (see for instance: T.T. Konciewicz, *Constitutional Capture in Poland 2016 and Beyond: What is Next?* (<http://verfassungsblog.de/constitutional-capture-in-poland-2016-and-beyond-what-is-next/>); P. Mikuli, *An Explicit Constitutional Change by Means of an Ordinary Statute? On a Bill Concerning the Reform of the National Council of the Judiciary in Poland*, Int'l J. Const. L. Blog, Feb. 23, 2017, at: [www.icconnectblog.com/2017/02/an-explicit-constitutional-change-by-means-of-an-ordinary-statute-on-a-bill-concerning-the-reform-of-the-national-council-of-the-judiciary-in-poland/](http://www.icconnectblog.com/2017/02/an-explicit-constitutional-change-by-means-of-an-ordinary-statute-on-a-bill-concerning-the-reform-of-the-national-council-of-the-judiciary-in-poland/); M. Matczak, *Self-defence of public institutions in the Polish constitutional crisis*, *VerfBlog*, 2017/6/03, <https://verfassungsblog.de/self-defence-of-public-institutions-in-the-polish-constitutional-crisis> last access: 10.03.2018). One of the most important delegitimation factors involves including on the bench three persons who were elected as constitutional judges by the current Parliament, despite the fact that the previous Parliament filled these vacancies. Even though these unduly elected judges were not appointed to the panel, which is supposed to rule on the presidential application, oddly enough, all the five judges in the panel were elected by the current Parliament, whilst the law on the Constitutional Tribunal stipulates that judges should, in principle, be designated in alphabetic order. These five judges, however, seem not to be chosen in this manner. The diplomatic crisis in relation to the important foreign partner countries, as well as the worldwide criticism of the new Polish memory law, makes one suggest that the hitchhiked Tribunal may be simply used to mitigate the disputes. Thus, a danger exists that the verdict will not be a result of deep legal analyses but will rather be an instrument for the political resolution of the problem.

## Le principali novità del diritto europeo in materia ambientale nel biennio 2016-2017

di Edoardo Ferrero

**Title:** The main changes in European environmental law in the period 2016-2017

**Keywords:** environmental law; sustainable development; COP 21

1. – *Premessa introduttiva ed impostazione dell'indagine.* Il biennio appena trascorso, 2016-2017, ha portato una serie di rilevanti interventi normativi a livello europeo, tendenzialmente dislocati su due fronti contrapposti: da una parte, l'aspirazione di raggiungere livelli sempre più elevati di salvaguardia ambientale; dall'altra, la necessità di semplificare le procedure amministrative, tramite un drastico abbattimento dei relativi costi ed oneri.

Si tratta, come evidente, di due *topoi* ricorrenti nell'esperienza normativa dell'Unione Europea, e non solo (basti pensare all'ordinamento italiano, da sempre attratto da simili esigenze), che hanno trovato diverse modalità di attuazione a seconda delle contingenze economiche poste alla base dell'adozione dei provvedimenti legislativi.

Nel corso della presente trattazione, si adotterà un approccio pragmatico ed al contempo trasversale, in grado cioè di intercettare le diverse tendenze mettendole in relazione tra loro, così da tentare di effettuare una ricognizione sistematica delle istanze che animano la normativa europea nel settore ambientale.

Un ruolo di primo piano è svolto, inevitabilmente, dal principio dello sviluppo sostenibile, assunto oramai a vero e proprio imperativo categorico di ogni processo decisionale pubblico, in considerazione soprattutto degli impegni assunti a livello internazionale dalle organizzazioni intergovernative (Agenda 2030, COP-21 ratificata dall'Unione con decisione 2016/590 dell'11 aprile 2016, *etc.*).

Ne costituisce una riprova l'istituzione, per effetto del Regolamento 2017/1601 del 26 settembre 2017, del Fondo europeo per lo sviluppo sostenibile (EFSD), che si prefigge di "*promuovere gli investimenti e un maggiore accesso ai finanziamenti, principalmente in Africa e nel vicinato europeo, tramite la fornitura di capacità di finanziamento sotto forma di sovvenzioni, garanzie e altri strumenti finanziari a controparti ammissibili, al fine di favorire uno sviluppo economico e sociale sostenibile e inclusivo, e promuovere la resilienza socioeconomica dei paesi partner (...) con una particolare attenzione alla crescita sostenibile e inclusiva, alla creazione di posti di lavoro dignitosi, alla parità di genere e all'emancipazione delle donne e dei giovani, nonché ai settori socioeconomici e alle micro, piccole e medie imprese*" (art. 3).

Dopo aver sommariamente ricostruito le recenti linee evolutive della normativa europea in ambito ambientale, occorre addentrarsi nella disamina dei vari interventi, che saranno suddivisi secondo un duplice criterio, ossia quello per materia unitamente a quello cronologico, al fine di mantenere un ordine logico durante l'esposizione.

2. – *Inquinamento atmosferico: riduzione delle emissioni inquinanti e strumenti di controllo.* Il punto di partenza della presente indagine è dato dalla nuova disciplina europea sull'inquinamento atmosferico, contenuta nella direttiva 2016/2284 del 14 dicembre 2016, concernente, nello specifico, la riduzione delle emissioni nazionali di determinati inquinanti atmosferici.

In considerazione degli obiettivi che la direttiva si propone di raggiungere – quali il perseguimento di un elevato livello di sicurezza della salute umana e dell'ambiente – e della natura transfrontaliera dell'inquinamento atmosferico, l'Unione Europea ha giustificato l'intervento normativo sulla base del principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea.

Tale provvedimento si colloca nel solco tracciato negli ultimi venti anni dalle politiche ambientali europee, che hanno permesso di conseguire considerevoli progressi nell'ambito della qualità dell'aria e delle emissioni atmosferiche antropogeniche, ossia emissioni di inquinanti associate ad attività umane.

Un antecedente rilevante si rinviene nella Decisione n. 1386/2013/UE del 20 novembre 2013, che delinea un programma generale di azione dell'Unione fino al 2020 dal titolo "*Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta*". Ebbene, tale programma, in vari punti (ma soprattutto al n. 28), propone di ridurre ulteriormente l'inquinamento atmosferico ed i suoi impatti sugli ecosistemi e sulla biodiversità, con "*l'obiettivo di lungo termine di non superare carichi e livelli critici*" e, conseguentemente, "*proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'Unione*".

In questa prospettiva, dunque, la direttiva in commento stabilisce gli impegni di riduzione delle emissioni per le emissioni atmosferiche antropogeniche degli Stati membri di biossido di zolfo (SO<sub>2</sub>), ossidi di azoto (NO<sub>x</sub>), composti organici volatili non metanici (COVNM), ammoniaca (NH<sub>3</sub>), e particolato fine (PM<sub>2,5</sub>), imponendo l'elaborazione, l'adozione e l'attuazione di programmi nazionali di controllo dell'inquinamento atmosferico, nonché il monitoraggio e la comunicazione in merito agli inquinanti e ai loro effetti (artt. 1 e 6).

A tal fine, la direttiva spinge gli Stati membri nella direzione di sostenere maggiori investimenti verso tecnologie pulite ed efficienti, in base all'assunto, assai ricorrente, per cui l'innovazione costituisce uno degli strumenti più efficaci di miglioramento della sostenibilità.

La direttiva contempla, inoltre, uno strumento di flessibilità, ravvisabile negli inventari nazionali annuali di emissione adattati per le suddette sostanze qualora il progresso delle conoscenze scientifiche determini una violazione degli impegni nazionali di riduzione delle emissioni (art. 5).

Allo scopo di coordinare le azioni dei vari Stati membri, viene istituito, poi, da parte della Commissione, un Forum europeo, denominato emblematicamente "*Aria pulita*", teso non solo ad orientare e facilitare l'attuazione della legislazione e delle politiche europee relative al miglioramento della qualità dell'aria, ma anche a riunire periodicamente tutte le parti interessate, comprese le autorità competenti degli Stati membri, la Commissione stessa, l'industria, la società civile e la comunità scientifica, onde consentire uno scambio di esperienze e di buone prassi, anche in materia di riduzione delle emissioni provenienti dal riscaldamento domestico e dal trasporto stradale, che possano informare e rafforzare i programmi nazionali di controllo dell'inquinamento atmosferico e la loro attuazione (art. 12).

Per quanto attiene, invece, alla fase del monitoraggio, è richiesto agli Stati membri di valutare gli impatti negativi dell'inquinamento atmosferico sugli ecosistemi in base a una rete di siti di monitoraggio rappresentativa dei tipi di *habitat* di acqua dolce, naturali e seminaturali e di ecosistemi forestali, seguendo un approccio efficace in termini di costi e basato sul rischio (art. 9).

I risultati di tale attività, unitamente ai programmi nazionali di controllo dell'inquinamento atmosferico, verranno comunicati alla Commissione secondo scadenze

temporali predefinite, mentre al Parlamento europeo ed al Consiglio verrà trasmessa una relazione in merito ai progressi compiuti.

Non di minore importanza è poi la diffusione al pubblico di tali informazioni, tramite pubblicazione su un apposito sito *web* accessibile a tutti in conformità agli obblighi di trasparenza e pubblicità sanciti dalla direttiva 2003/4/CE (art. 14).

3. – *Le altre iniziative relative all'atmosfera.* La direttiva appena esaminata non costituisce l'unico intervento normativo dell'Unione europea con riferimento alla disciplina dell'atmosfera. Nello stesso ambito, come è abitudine oramai da qualche anno, si rinvengono numerosi altri provvedimenti, i quali si propongono di implementare gli *standards* di salvaguardia ambientale attraverso misure mirate, che spesso prendono le mosse da convenzioni stipulate a livello internazionale.

Ne costituisce una riprova la Decisione 2017/1541 del Consiglio del 17 luglio 2017, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'emendamento di Kigali del protocollo di Montreal sulle sostanze che riducono lo strato di ozono. Tale emendamento, formulato in occasione della riunione delle parti del protocollo di Montreal svoltasi a Kigali, in Ruanda, nel 2016, ha ad oggetto una riduzione graduale del consumo e della produzione di idrofluorocarburi. In questo modo, l'emendamento si presenta come un contributo necessario all'attuazione dell'accordo di Parigi, che fissa l'obiettivo di mantenere l'aumento della temperatura globale ben al di sotto di 2 °C rispetto ai livelli preindustriali.

Sempre in un'ottica di riduzione dello strato di ozono va poi considerato il Regolamento 2017/605 della Commissione del 29 marzo 2017, che fornisce alcuni chiarimenti in merito all'utilizzo di *halon* per estintori e impianti antincendio, modificando l'allegato VI del Regolamento (CE) n. 1005/2009.

Lo strato di ozono è inoltre oggetto di attenzione per quanto riguarda le restrizioni quantitative e l'attribuzione delle quote di sostanze controllate, che, per il periodo compreso fra il 1° gennaio e il 31 dicembre 2018, sono disciplinate dalla Decisione di esecuzione 2017/2333 della Commissione del 13 dicembre 2017.

Diverso argomento, ma sempre collegato alla tutela dell'atmosfera, è quello delle emissioni di anidride carbonica, i cui metodi tecnici di monitoraggio sono stati disciplinati col Regolamento delegato 2016/2071 della Commissione del 22 settembre 2016, che introduce modifiche rilevanti al Regolamento 2015/757 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Nella stessa direzione si situano, poi, il Regolamento delegato 2016/2072 della Commissione del 22 settembre 2016 relativo alle attività di verifica e all'accreditamento dei verificatori, anch'esso afferente al citato Regolamento 2017/757.

Il provvedimento più corposo in materia di emissioni di anidride carbonica è senz'altro il Regolamento 2017/2400 della Commissione del 12 dicembre 2017, che definisce le misure atte a ottenere informazioni accurate sulle emissioni di CO<sub>2</sub> e sul consumo di carburante dei veicoli pesanti nuovi.

Partendo dal presupposto che le emissioni di autocarri, autobus e pullman, che sono le categorie più rappresentative dei veicoli pesanti, rappresentano attualmente circa il 25% delle emissioni di CO<sub>2</sub> dei trasporti su strada, e che si prevede un loro aumento in futuro, la Commissione, al fine di raggiungere l'obiettivo di ridurre del 60% le emissioni di CO<sub>2</sub> derivanti dai trasporti entro il 2050, ha condotto un'analisi approfondita delle opzioni disponibili.

In tale prospettiva, è stato sviluppato un metodo comune a livello europeo per misurare le emissioni di CO<sub>2</sub> e il consumo di carburante dei veicoli pesanti, consistente nell'utilizzo di un *software* di simulazione, in grado di ridurre i costi correlati all'ottenimento dei dati unici per ciascun veicolo prodotto.

In base al regolamento, entrato in vigore nel mese di gennaio 2018, l'omologazione dei veicoli pesanti sarà quindi sottoposta al previo ottenimento di una

licenza per effettuare le relative simulazioni da parte dei costruttori degli stessi prima dell'immatricolazione, della vendita o comunque della messa in circolazione nell'Unione (art. 6).

Si segnala, infine, la normativa in materia di emissioni di gas a effetto serra, composta dalla Decisione di esecuzione (UE) 2017/1015 della Commissione del 15 giugno 2017, la quale stabilisce i limiti annuali per ciascuno Stato membro, in attuazione della decisione n. 406/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

4. – *Le nuove strategie per l'ambiente marino.* Un altro tema ricorrente nella legislazione europea è quella relativa all'ambiente marino, rispetto al quale l'Unione Europea ha sviluppato un approccio teso a mantenere la pressione collettiva delle attività umane entro livelli compatibili con il conseguimento di un buono stato ecologico delle acque marine.

Per garantire ciò, la Commissione aveva da tempo raccomandato una revisione della Decisione 2010/477/UE, specie con riferimento agli elementi di valutazione del buono stato ecologico, agli elementi di monitoraggio (ad esempio: temperatura e salinità) e agli elementi di cui tener conto nel fissare gli obiettivi.

L'obbligo di definire questi elementi, che variano a seconda dello Stato membro e delle diverse caratteristiche regionali, è stato fissato – con l'ovvia esenzione degli Stati membri privi di acque marine – dalla Direttiva 2017/845 della Commissione del 17 maggio 2017, con termine finale stabilito per il giorno 7 dicembre 2018.

La Commissione ha inoltre adottato la Decisione 2017/848 della Commissione, che definisce i criteri e le norme metodologiche da applicare nell'ambito della valutazione del buono stato ecologico delle acque marine.

Lo stesso provvedimento, che abroga la Decisione 2010/477, disciplina anche le specifiche ed i metodi standardizzati di monitoraggio e valutazione dei valori di soglia, che devono essere fissati dagli Stati membri in base al principio di precauzione, tenendo conto dei rischi potenziali per l'ambiente marino e della natura dinamica degli ecosistemi marini, che possono mutare nello spazio e nel tempo a causa di cambiamenti idrologici e climatici, oltre che di altri fattori ambientali.

Il meccanismo è strutturato in maniera tale che gli Stati esprimano il grado di conseguimento del buono stato ecologico come la percentuale delle loro acque marine o la percentuale dei criteri che ha raggiunto i valori di soglia: se i valori di soglia non sono raggiunti per un particolare criterio, gli Stati membri devono valutare se adottare le misure del caso o svolgere ulteriori ricerche e indagini in merito, così da stabilire se lo stato ecologico sia migliore, stabile o deteriorato.

5. – *Etichettatura e progettazione ecocompatibile.* In ambito energetico, si segnala il Regolamento 2017/1369 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2014, che ha istituito un quadro per l'etichettatura energetica abrogando la previgente Direttiva 2010/30, oggetto di riesame da parte della Commissione, che ha messo in evidenza la necessità di un rinnovamento.

Scopo dell'etichettatura energetica, consistente nella classificazione dei prodotti sulla base di lettere alfabetiche, è quello di consentire ai clienti di procedere a scelte informate basate sul consumo energetico dei prodotti connessi all'energia, prevedendo l'impatto diretto delle loro scelte sulle fatture energetiche.

Più precisamente, l'assunto di partenza è quello per cui una maggiore diffusione delle informazioni sull'efficienza e sulla sostenibilità dei prodotti connessi all'energia contribuisce ad implementare il risparmio energetico ed a promuovere l'innovazione e gli investimenti nella produzione di prodotti più efficienti sotto il profilo energetico.

Il miglioramento dell'efficienza dei prodotti connessi all'energia attraverso la scelta informata del cliente e l'armonizzazione dei corrispondenti requisiti a livello

dell'Unione, dunque, si tramuta in un vantaggio tanto per i consumatori quanto per i fabbricanti, l'industria e l'economia dell'Unione nel suo complesso.

In questo sistema, il Regolamento 2017/1369 prevede il riscalaggio delle etichette esistenti per garantire una scala da "A" a "G" omogenea e l'adozione di una banca dati dei prodotti, che non sostituisce le autorità di vigilanza del mercato ma si affianca a queste, assistendole nello svolgimento dei loro compiti. Altra finalità della banca dati è quella di fornire direttamente al pubblico informazioni puntuali sulle conformità di prodotto. A tal fine è prevista l'obbligatorietà dell'iscrizione nella banca dati per tutti i dispositivi immessi a far tempo dalla data di entrata in vigore del regolamento, mentre per i modelli precedenti tale obbligo non sussiste.

Quanto agli obblighi generali dei fornitori, si dispone che questi debbano assicurare che i prodotti immessi sul mercato siano corredati, per ciascuna singola unità e gratuitamente, di etichette stampate precise e di schede informative del prodotto (art. 3). È inoltre previsto un periodo di transizione con riferimento all'adozione degli obblighi informativi in capo ai fornitori, tenuti ad aggiornare la banca dati prima di immettere sul mercato nuovi modelli (tali obblighi decorrono dal 1° gennaio 2019).

Agli obblighi dei fornitori si aggiungono quelli dei distributori, consistenti, essenzialmente, nel dover esporre in modo visibile, anche nella vendita a distanza online, l'etichetta ottenuta dal fornitore e, su richiesta, mettere a disposizione dei clienti la scheda informativa del prodotto, anche in forma fisica presso il punto vendita (art. 5).

La procedura di controllo sui prodotti che presentano rischi è effettuata dalle autorità di vigilanza nazionali, che potranno procedere ad una valutazione del prodotto alla luce di tutti i requisiti in materia di etichettatura energetica pertinenti al rischio e stabiliti dalla normativa europea vigente (art. 9). Qualora un prodotto non dovesse essere conforme ai requisiti prescritti, l'autorità nazionale dovrà chiedere tempestivamente al fornitore o al distributore di adottare tutte le misure correttive del caso ovvero di ritirarlo ovvero ancora di richiamarlo entro un termine ragionevole e proporzionato alla natura del rischio. A sua volta, il fornitore (o, se del caso, il distributore) dovrà dimostrare di aver adottato tutte le misure correttive o restrittive del caso nei confronti di tutti i prodotti interessati che ha messo a disposizione sul mercato europeo. In caso contrario, laddove cioè non venga dimostrata la sicurezza del prodotto, le autorità di vigilanza potranno vietarne o limitarne la disponibilità sul mercato nazionale.

Strettamente collegato a quanto sopra è poi il Regolamento delegato 2017/254 della Commissione del 30 novembre 2016, che introduce una serie di modifiche per quanto riguarda l'uso delle tolleranze nelle procedure di verifica connesse all'etichettatura indicante il consumo di energia di una vasta serie di prodotti.

Sempre in ambito energetico, va inoltre segnalato il Regolamento 2016/2281 della Commissione del 30 novembre 2016, adottato in attuazione della Direttiva 2009/125/CE (c.d. direttiva *ecodesign*) relativa alla progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia.

Più precisamente, tale atto è stato adottato dalla Commissione al fine di fissare alcune prescrizioni specifiche con riferimento alla progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia che rappresentano un significativo volume di scambi commerciali e che hanno un significativo impatto ambientale.

Tra i prodotti connessi all'energia più diffusi, la Commissione ha quindi effettuato diversi studi preparatori sulle caratteristiche tecniche, ambientali ed economiche dei prodotti di riscaldamento dell'aria, dei prodotti di raffrescamento e dei *chiller* (refrigeratori o gruppi frigoriferi) di processo ad alta temperatura comunemente utilizzati nell'Unione, individuando nel consumo energetico e nelle emissioni di ossidi di azoto le variabili ambientali più significative da ridurre attraverso un'adeguata progettazione.

In particolare, l'obiettivo delle nuove specifiche tecniche è quello di ridurre il consumo energetico e le emissioni di tali prodotti senza aumentare i costi combinati del loro acquisto e funzionamento, avvalendosi essenzialmente delle tecnologie esistenti.

Ai fabbricanti è stato concesso il tempo necessario per riprogettare i loro prodotti attraverso la stesura di un cronoprogramma: la differente tempistica è motivata dalla natura degli interventi e da considerazioni sui costi per i fabbricanti, in particolare per le piccole e medie imprese. Mentre il provvedimento è entrato in vigore il 9 gennaio 2017, i requisiti minimi di prestazione energetica stagionale sono divenuti obbligatori per l'immissione sul mercato dei prodotti interessati a decorrere dal 1° gennaio 2018. Dopo tre anni, quindi dal 1° gennaio 2021, è prevista una seconda fase prescrittiva con requisiti di ecoprogettazione per tipologia di prodotto più stringenti.

6. – *Approvvigionamento energetico e trasporto di gas.* Con riferimento ad un altro settore di interesse, ossia quello della sicurezza energetica dal punto di vista della garanzia di approvvigionamento, si richiama la Decisione 2017/684 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017, mediante cui è stato istituito un meccanismo per lo scambio di informazioni riguardo agli accordi intergovernativi e a strumenti non vincolanti tra Stati membri e Paesi terzi nel settore dell'energia.

Si ritiene, infatti, che un elevato grado di trasparenza in merito agli accordi fra Stati membri e Paesi terzi in campo energetico possa favorire sia la realizzazione di una più stretta cooperazione all'interno dell'Unione nel settore delle relazioni esterne in materia di energia, sia il conseguimento degli obiettivi strategici a lungo termine dell'Unione relativi all'energia, al clima e alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico.

A tal fine si prevede che gli Stati membri notifichino alla Commissione i progetti di accordi intergovernativi relativi al gas o al petrolio prima che diventino giuridicamente vincolanti per le parti. In questa sede, la Commissione può fornire consulenza allo Stato membro interessato su come evitare l'incompatibilità di tale accordo con il diritto dell'Unione, attirando l'attenzione dell'interessato sugli obiettivi pertinenti della politica energetica dell'Unione, sul principio di solidarietà nonché sulle posizioni adottate dal Consiglio.

L'obiettivo dichiarato è quello di agevolare e promuovere il coordinamento tra gli Stati membri al fine di rafforzare il ruolo strategico globale dell'Unione nel settore dell'energia attraverso un approccio coordinato ben definito ed efficace nei confronti dei Paesi produttori, di transito e consumatori (Considerando n. 23).

Nel novero delle iniziative europee in materia di approvvigionamento energetico vanno anche ricondotti i Regolamenti 2017/459 e 2017/460 della Commissione del 16 marzo 2017 recanti i codici di rete su, rispettivamente, meccanismi di allocazione della capacità (Cam) e tariffe armonizzate di trasporto (Htts) del gas.

Nello specifico, il Regolamento 2017/459, che abroga il precedente 984/2013, introduce una serie di emendamenti al Cam, il primo codice di rete per il gas entrato in vigore il 1° novembre 2015 ma attuato anticipatamente in molti Stati Ue, Italia inclusa.

Il nuovo Cam ha una portata più ampia rispetto al previgente e chiarisce alcune disposizioni relative alla definizione e all'offerta di capacità continua e interrompibile nonché al miglioramento dell'adeguamento delle condizioni contrattuali degli operatori di trasporto del gas per l'offerta di capacità aggregata. In particolare, si prevede l'avvio di un processo di valutazione delle condizioni applicate dai suddetti operatori allo scopo di allinearle, per quanto possibile, con l'obiettivo di creare un modello comune.

Per quanto riguarda la capacità incrementale, il nuovo Cam prevede regolari valutazioni della domanda, seguite da una fase strutturata di progettazione e allocazione basata su una cooperazione transfrontaliera tra operatori e regolatori nazionali.

Ogni decisione di investimento dovrà essere sottoposta a un test economico, per far sì che siano i soggetti che richiedono capacità a sostenere i corrispondenti rischi ed evitare che i costi ricadano sugli utenti finali.

Il Regolamento 2017/460 istituisce, invece, il codice di rete Htts, che punta ad aumentare la trasparenza delle strutture tariffarie e delle procedure utilizzate per fissarle.

Con specifico riferimento alla materia del gas, si annota un altro provvedimento rilevante, ovvero il Regolamento 2016/426 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sugli apparecchi che bruciano carburanti gassosi. Tale Regolamento, che abroga la direttiva 2009/142/CE, viene richiamato dalla legge 25 ottobre 2017, n. 163 (c.d. Legge Delegazione europea 2016/2017), il cui art. 7 delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per l'adeguamento della normativa nazionale a quella europea.

Questo provvedimento, accompagnato da ben 6 allegati, ha ad oggetto la messa a disposizione sul mercato e la messa in servizio degli apparecchi che bruciano carburanti gassosi usati per cuocere, refrigerare, climatizzare, riscaldare ambienti, produrre acqua calda, illuminare o lavare, fissando obblighi specifici per costruttori (art. 7), importatori (art. 9) e distributori (art. 10).

È inoltre disciplinata, mediante rinvio ad un allegato tecnico (III), la procedura di valutazione della conformità per apparecchi e accessori, necessaria per ottenere il marchio CE (art. 16) e la relativa dichiarazione di conformità UE (art. 15) che attesta il rispetto dei requisiti essenziali da parte del singolo apparecchio.

Per completezza, va infine richiamata la modifica introdotta, per effetto del Regolamento 2017/1262 della Commissione del 12 luglio 2017, al Regolamento 142/2011, relativo ai sottoprodotti di origine animale. Tale novità consiste nel configurare il letame di animali d'allevamento quale fonte sostenibile di combustibile, a condizione che il processo di combustione rispetti prescrizioni specifiche volte a ridurre efficacemente gli effetti dannosi sulla salute pubblica e degli animali, nonché sull'ambiente. A tal fine vengono stabiliti dei limiti di emissione e delle prescrizioni in materia di monitoraggio, in analogia a quanto previsto dal Regolamento n. 592/2014 della Commissione con specifico riferimento all'uso di letame di pollame come combustibile negli impianti di combustione.

7. – *Sistemi di gestione ambientale.* La disamina prosegue, poi, con le modifiche inserite ai sistemi europei di gestione ambientale, ossia quegli strumenti di verifica che possono essere utilizzati da tutte le organizzazioni, sia pubbliche che private, per analizzare e migliorare le prestazioni ambientali delle proprie attività e dei propri servizi.

Con il Regolamento 2017/1505 del 28 agosto 2017, la Commissione ha modificato gli allegati I, II e III del Regolamento 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS).

Tali modifiche sono state imposte dal rinnovamento della ISO 14001:2015, giunta alla terza edizione, che ha sostituito la precedente versione, risalente al 2004 e citata negli allegati EMAS.

Nello specifico, gli allegati al Regolamento 2017/1505 definiscono le prescrizioni specifiche che devono essere rispettate dalle organizzazioni per attuare EMAS ovvero ottenere una registrazione EMAS.

Sul punto va poi ricordato che, con la pubblicazione nel 2015 delle nuove edizioni delle norme ISO 9001:2015 e 14001:2015, è stato previsto un periodo di transizione di 3 anni, durante il quale restano efficaci i certificati emessi sulla base delle precedenti edizioni delle norme.

Per quanto riguarda, invece, il marchio di qualità ecologica Ecolabel UE, si segnala che il Regolamento 2017/1941 ha modificato, da un punto di vista grafico,

l'etichetta, rinviando ad un successivo documento della Commissione europea ulteriori istruzioni sull'uso del simbolo.

La sezione dedicata ai sistemi ambientali si conclude con il riconoscimento, da parte della Commissione, avvenuto con Decisione di esecuzione 2017/2164 del 17 novembre 2017, del sistema volontario "RTRS EU RED", la cui finalità è quella di dimostrare che le partite di biocarburanti o di bioliquidi prodotte in conformità al relativo disciplinare sono conformi ai criteri di sostenibilità sanciti dalla normativa di settore.

8. – *La nuova disciplina del mercurio.* Venendo alla disciplina europea delle sostanze chimiche, si segnala – oltre ad una serie di aggiornamenti del Regolamento n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH) – il nuovo Regolamento sul mercurio, ovvero il n. 2017/852.

Questa iniziativa, che si colloca nel solco tracciato sin dal 2005, si pone l'obiettivo di assicurare un elevato livello di protezione della salute umana e dell'ambiente dalle emissioni e dai rilasci antropogenici di mercurio e composti del mercurio per mezzo, tra le altre misure, di un divieto generalizzato all'esportazione (art. 3) e di un divieto, mitigato da certe eccezioni, all'importazione (art. 4).

Tali divieti, aventi ad oggetto, come detto, il mercurio e prodotti con aggiunta di mercurio, sono affiancati da misure di restrizione all'uso di tale elemento nei processi di fabbricazione, nei prodotti, nell'estrazione e trasformazione dell'oro a livello artigianale e su piccola scala nonché nell'amalgama dentale (capo III, artt. 7 e ss.).

Un capo del Regolamento, poi, è dedicato al tema dello smaltimento dei rifiuti, e stabilisce che il mercurio ed alcune sue miscele sono da considerarsi come rifiuti rispetto ai quali non può essere contemplato lo scenario della rigenerazione (capo IV, artt. 11-15).

Il quadro normativo in commento, peraltro, è garantito dalla previsione di un apparato sanzionatorio, la cui effettiva adozione è rimandata agli Stati membri in sede di esecuzione della disciplina europea (capo V, artt. 16 e ss.).

Contemporaneamente all'adozione di questo Regolamento, l'Unione Europea ha poi ratificato, con la Decisione 2017/939 del Consiglio dell'11 maggio 2017, la Convenzione di Minamata del 2013, che prende il nome dalla città giapponese in cui si è verificato il peggior caso di inquinamento da mercurio.

9. – *Le modifiche al REACH e gli adeguamenti alle migliori tecniche disponibili (BAT).* Rimanendo sul tema delle sostanze chimiche, strettamente connessa all'inquinamento ambientale ed alla tutela degli ecosistemi, si annotano le modifiche apportate dalla Commissione agli allegati tecnici del Regolamento REACH, relative alle seguenti sostanze: nonifenoli etossilati (Regolamento 2016/26), cadmio (Regolamento 2016/217), fibre d'amianto (Regolamento 2016/1005), ossido di bis (Regolamento 2017/227) e acido perfluorooottanoico (Regolamento 2017/227).

Devono infine essere trattati, in rapida rassegna, gli adeguamenti alle migliori tecniche disponibili (BAT) imposti a livello europeo. Si tratta, ovviamente, di prescrizioni di carattere prettamente tecnico, adottate dalla Commissione mediante richiamo ad allegati, il cui contenuto è destinato, secondo la prassi legislativa europea, ad innestarsi sui provvedimenti normativi vigenti, integrando o sostituendo le specifiche tecniche ivi contenute.

A tale proposito si richiamano le novità apportate ai sistemi comuni di trattamento e gestione delle acque reflue e dei gas di scarico nell'industria chimica (Decisione di esecuzione 2016/902), ai metodi di produzione delle industrie di metalli non ferrosi (Decisione di esecuzione 2016/1032), alla classificazione, all'etichettatura e

all'imballaggio delle sostanze e delle miscele (Regolamento 2016/1179), al trasporto interno di merci pericolose (Direttiva 2016/2309) ed ai grandi impianti di combustione (Decisione di esecuzione 2017/1442).



## Problemi attuali di diritto tributario delle società nei recenti approdi della corte di giustizia in materia di fiscalità diretta

di Carlo Garbarino, Alessandro Turina

**Title:** Current problems of corporate tax law in the recent case law of the CJEU in the field of direct taxation

**Keywords:** Taxation; Discrimination; European Union.

1. – L’arco temporale compreso tra la seconda metà del 2016 e il 2017 ha visto la Corte di Giustizia dell’Unione europea (infra, la Corte) impegnata a proseguire l’analisi dell’individuazione di regimi fiscali adottati dagli Stati membri che possano dare luogo ad ipotesi di discriminazione ovvero di restrizione dell’esercizio delle libertà fondamentali.

La presente rassegna si concentra sui profili di diritto tributario delle società, l’ambito dove forse la portata innovativa della giurisprudenza della Corte si è mantenuta più marcata e che consente di concentrarsi sulla relazione fra misure fiscali degli Stati membri e un più ampio ventaglio di libertà fondamentali, in particolare, la libertà di stabilimento, la libera circolazione dei capitali e, per quanto riguarda l’arco di tempo considerato, la libera prestazione di servizi.

Una delle peculiarità della giurisprudenza tributaria della Corte nel periodo preso in esame risiede nelle basi giuridiche considerate, che hanno spesso privilegiato, rispetto a quelle più consuete per casi vertenti sulla fiscalità diretta, tipicamente rinvenibili nelle disposizioni in materia di libertà fondamentali contenute nei Trattati istitutivi, atti di legislazione derivata (segnatamente direttive quali la c.d. “Direttiva Fusioni”) ovvero Accordi con Paesi terzi.

Al primo dei contesti da ultimo citati può essere ricondotto il caso *Euro Park Service* (caso C14/16 dell’8 marzo 2017) incentrato sul recepimento della Direttiva 90/434/CEE in materia di fusioni transfrontaliere da parte di uno Stato membro (segnatamente la Francia).

Al secondo frangente si richiama il caso *SECIL* (caso C-464/14 del 24 novembre 2016) vertente sull’obbligo per gli Stati membri di porre in essere misure atte a mitigare la doppia imposizione economica sui dividendi, ordinariamente previste solo nei rapporti fra Stati membri in forza della cosiddetta Direttiva Madre-Figlia.

Nel caso *Masco Denmark e Damixa* (causa C-593/14 del 21 dicembre 2016), la Corte si è trovata a confrontarsi con la compatibilità con le libertà fondamentali di misure di prevenzione di fenomeni di arbitraggio fiscale (segnatamente, in questo caso, quelli potenzialmente derivanti dall’utilizzo di strumenti finanziari ibridi).

Nel caso *Brisal* (causa C-18/15 del 13 luglio 2016) ha riguardato infine la compatibilità di una normativa che differenzi il trattamento fiscale su interessi corrisposti a istituzioni finanziarie in ragione della residenza fiscale di queste ultime,

prevedendo una tassazione al netto delle spese connesse all'attività svolta solo con riferimento agli interessi corrisposti a istituzioni finanziarie residenti.

2. – Nel caso *Euro Park Service*, la Corte di Giustizia si è pronunciata con riferimento all'interpretazione di un atto di legislazione derivata, in particolare della Direttiva 90/434/CEE in materia di fusioni transfrontaliere di società di capitali e al relativo recepimento nell'ordinamento di uno Stato membro, segnatamente quello francese. I fatti riguardano la società Euro Park Service, residente in Lussemburgo e partecipante alla società francese Cairnbulg. Nel 2004 la società Cairnbulg era stata oggetto di un'operazione di scioglimento senza liquidazione da parte e a favore del suo socio unico, Euro Park Service. In tale occasione, la società Cairnbulg aveva optato per il regime speciale delle fusioni di cui agli articoli 210 A e seguenti del Codice generale delle imposte francese, disposizioni che avevano recepito nell'ordinamento francese gli artt. 4 e 11 della Direttiva Fusioni. Tali disposizioni prevedono per tale tipologie di operazioni la neutralità fiscale. In applicazione di tali disposizioni, la società Cairnbulg non aveva assoggettato all'imposta sulle società le plusvalenze nette e gli utili derivanti dagli attivi da essa conferiti alla società Euro Park Service.

A seguito di una verifica, l'amministrazione fiscale francese rimetteva in discussione il beneficio del regime speciale delle fusioni, con la motivazione, da un lato, che la Cairnbulg non aveva richiesto l'autorizzazione ministeriale prevista dalle disposizioni di cui si era avvalsa e, dall'altro, che tale autorizzazione non le sarebbe stata in ogni caso concessa, in quanto l'operazione non sarebbe stata giustificata da un valido motivo economico ma avrebbe perseguito un obiettivo di frode o di evasione fiscali.

La risultante controversia aveva raggiunto il Consiglio di Stato francese, dinanzi al quale la società Euro Park Service faceva valere che l'assoggettamento a una procedura di previa autorizzazione dei soli conferimenti effettuati a favore di persone giuridiche non residenti, e non quelli effettuati a favore di persone giuridiche residenti, introduceva una restrizione ingiustificata al principio della libertà di stabilimento. Tale deduzione induceva il Consiglio di Stato francese ad elevare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. I termini in cui i quesiti sono formulati dal Consiglio di Stato francese appaiono assai interessanti in quanto si riferiscono alla relazione fra il duplice piano del diritto dell'Unione, rispettivamente, primario e derivato e alle interazioni fra i medesimi: infatti, secondo i Giudici del Lussemburgo si deve valutare se il diritto dell'Unione consenta di vagliare la compatibilità di una normativa nazionale alla luce del diritto primario, benché tale normativa sia stata adottata per recepire nel diritto interno una facoltà offerta da uno strumento di diritto secondario (segnatamente l'art. 11, par. 1, a) della Direttiva 90/434/CEE). A tal proposito, la Corte riafferma la tradizionale impostazione secondo la quale qualsiasi misura nazionale in un ambito che abbia costituito oggetto di un'armonizzazione esauriente a livello dell'Unione europea deve essere valutata alla luce delle disposizioni di tale misura di armonizzazione, e non di quelle del diritto primario (cfr. sentenza del 12 novembre 2015, *Visnapuu*, C 198/14, EU:C:2015:751, punto 40 e giurisprudenza ivi citata)

La Corte non ravvisa, in corrispondenza dell'art. 11.1.a della Direttiva Fusioni le condizioni per rilevare la presenza di un'armonizzazione siffatta. In particolare, la Direttiva fusioni non prevede alcun requisito procedurale al quale gli Stati debbano adeguarsi al fine di elargire vantaggi fiscali applicabili alle fusioni transfrontaliere. A tal riguardo, la Corte ha ribadito che in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in virtù del principio di autonomia processuale degli Stati membri, stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai contribuenti in forza delle norme di diritto dell'Unione, a condizione, tuttavia, che dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e che esse non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei

diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (sentenza del 18 ottobre 2012, *Pelati*, C 603/10, EU:C:2012:639, punto 23 e giurisprudenza ivi citata). Alla luce dell'orientamento sopra riportato, per ciò che concerne il principio di equivalenza, la Corte di Giustizia rileva di non disporre di sufficienti informazioni riguardanti la regole procedurali ai sensi dell'ordinamento francese applicabili a fusioni prive di elementi di estraneità. Spetta pertanto al giudice del rinvio, attraverso il confronto delle modalità procedurali applicabili, rispettivamente, alle operazioni di fusione transfrontaliera e a quelle interne, verificare la conformità di tale legislazione con questo principio.

Quanto al principio di effettività, il rispetto dell'esigenza della certezza del diritto richiede che le modalità procedurali di attuazione della direttiva 90/434 e, più precisamente, del suo articolo 11, paragrafo 1, lettera a), siano "sufficientemente precise, chiare e prevedibili" da consentire ai contribuenti di conoscere con esattezza i loro diritti, onde garantire la facoltà di beneficiare delle agevolazioni fiscali recate dalla Direttiva (v., in tal senso, sentenze del 28 febbraio 1991, *Commissione/Germania*, C 131/88, EU:C:1991:87, punto 6; del 10 marzo 2009, *Heinrich*, C 345/06, EU:C:2009:140, punti 44 e 45; del 15 luglio 2010, *Commissione/Regno Unito*, C 582/08, EU:C:2010:429, punti 49 e 50, nonché del 18 ottobre 2012, *Pelati*, C 603/10, EU:C:2012:639, punto 36 e giurisprudenza ivi citata). Tali requisiti di precisione, chiarezza e prevedibilità non sono ravvisati dalla Corte nella disposizione di diritto francese in esame, talché questa ultima risulta non rispettare il principio di effettività.

La Corte, alla luce di precedente giurisprudenza, chiarisce altresì che rientra nella facoltà degli Stati membri, ai sensi dell'art. 11.1.a) della Direttiva rifiutarsi di applicare o escludere i vantaggi fiscali recati dalla Direttiva; tale facoltà è tuttavia da intendersi come eccezionale e limitata a casi specifici (sentenza del 20 maggio 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C 352/08, EU:C:2010:282, punto 45 e giurisprudenza ivi citata). La Corte ha infatti già precisato, al riguardo, che, per verificare se l'operazione interessata persegua un obiettivo di frode o di evasione fiscale, le autorità finanziarie nazionali non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, a un esame complessivo di tale operazione, dato che l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, a prescindere dalla verifica della sussistenza di un'effettiva frode o evasione fiscali, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva (sentenza del 10 novembre 2011, *Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais*, C 126/10, EU:C:2011:718, punto 37). Alla luce di quanto precede, la Corte sancisce che l'articolo 11, paragrafo 1, lettera a), della Direttiva 90/434 deve essere interpretato nel senso che osta all'adozione di una normativa nazionale come quella discussa nel procedimento principale. Inoltre, poiché il differimento dell'imposizione delle plusvalenze relative agli attivi trasferiti da una società francese a una società residente in un altro Stato membro deve essere soggetto a previa approvazione da parte dell'autorità fiscale mentre così non è previsto per le fusioni interne, la legislazione francese considerata risulta altresì ostare, nella prospettiva della Corte, all'esercizio della libertà di stabilimento.

Verificata l'incompatibilità di cui sopra, la Corte passa ad esaminare le cause di giustificazione avanzate, segnatamente la necessità di garantire la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e la necessità di prevenire l'elusione e l'evasione fiscale. Con riferimento alla prima causa di giustificazione, i Giudici del Lussemburgo confermano sul punto le conclusioni dell'Avvocato Generale, il quale aveva già anticipato come detto obiettivo fosse di fatto implicitamente garantito dalla Direttiva 90/434/CEE stessa. Per quanto concerne la prevenzione dell'evasione e dell'elusione fiscale, la causa di giustificazione risulta accolta dalla Corte come rilevante ai fini del procedimento ma viene giudicata dalla stessa come non compatibile con il criterio di proporzionalità: infatti, una normativa fiscale che istituisce una presunzione

generale di frode o di evasione fiscali quale quella francese eccede quanto necessario per conseguire tale obiettivo e non può pertanto giustificare un ostacolo all'esercizio di una libertà fondamentale.

2.1 – Nel caso *Masco Denmark e Damixa*, la Corte si è trovata a pronunciarsi sulla compatibilità con le libertà fondamentali di misure di prevenzione di fenomeni di arbitraggio fiscale (segnatamente, in questo caso, quelli potenzialmente derivanti da situazioni di doppia deduzione degli interessi passivi in due giurisdizioni diverse). La sentenza della Corte origina da una vicenda processuale originatasi in Danimarca. Damixa ApS è la controllante di diritto danese della società tedesca Damixa Armaturen. La società madre danese aveva erogato un finanziamento alla propria controllata tedesca. In ragione della normativa tedesca in materia di *thin capitalisation*, la consociata tedesca non aveva la facoltà di dedurre gli interessi. Ai sensi del diritto danese, gli interessi infragrupo provenienti da una consociata residente risultano detassati in capo alla società percipiente mentre tale trattamento non era previsto per interessi di fonte estera. Anticipando una potenziale incompatibilità di tale previsione di diritto interno con la libertà di stabilimento, la società Damixa non includeva gli interessi percepiti nel proprio reddito imponibile in sede di dichiarazione. L'Amministrazione finanziaria danese contestava la mancata inclusione e la controversia raggiungeva la Suprema Corte danese, la quale elevava rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, formulando il quesito se l'articolo 49 TFUE, letto in combinato disposto con l'articolo 54 TFUE, dovesse essere interpretato nel senso di ostare a una normativa quale quella danese che conceda ad una società residente un'esenzione fiscale per gli interessi attivi corrisposti da una controllata residente, laddove per questa ultima sia esclusa la deducibilità dei corrispondenti oneri finanziari per effetto di una normativa restrittiva della deducibilità degli oneri finanziari in caso di sottocapitalizzazione, ma escluda tale esenzione allorché la controllata abbia sede in un altro Stato membro.

Richiamando propria consolidata giurisprudenza, la Corte rileva come l'esclusione di un vantaggio fiscale (segnatamente, l'esclusione degli interessi attivi percepiti) per una società controllante residente per gli interessi corrispostile da una controllata residente in un altro Stato membro, laddove detti interessi non possano essere dedotti dal reddito imponibile della controllata medesima in virtù della normativa di tale Stato membro sulla sottocapitalizzazione, è in grado di rendere meno attraente l'esercizio da parte della società controllante della propria libertà di stabilimento, dissuadendola dal creare controllate in altri Stati membri.

La Corte individua altresì agevolmente la comparabilità delle situazioni: infatti, la fattispecie, da un lato, di una società controllante residente che abbia concesso un finanziamento ad una controllata residente soggetta a norme sulla sottocapitalizzazione e, dall'altro, di una società controllante residente che abbia concesso un finanziamento ad una controllata non residente soggetta alle norme medesime nello Stato membro in cui sia fiscalmente residente, sono, secondo la Corte, oggettivamente comparabili con riferimento al predetto obiettivo. Tale conclusione può essere desunta dalla circostanza che in entrambe le fattispecie, i redditi da interessi percepiti dalla società controllante possono essere oggetto di doppia imposizione economica o di imposizioni fiscali a catena, ossia proprio gli esiti che la normativa danese mirerebbe ad evitare con riferimento alle situazioni puramente domestiche.

La Corte procede quindi a passare in rassegna le cause di giustificazione avanzate dal Governo danese. I Giudici del Lussemburgo riconoscono come una normativa quella oggetto del procedimento è idonea a perseguire una delle tradizionali cause di giustificazione avanzate nell'ambito della fiscalità diretta, segnatamente l'esigenza di preservare un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri interessati. Tuttavia, a giudizio della Corte, una normativa come quella oggetto del procedimento va oltre quanto necessario per conseguire tale obiettivo. Infatti, in

circostanze come quelle della causa in rassegna, la concessione, da parte dello Stato membro in cui ha sede la società controllante, a tale medesima società di un'esenzione fiscale per gli interessi corrisposti dalla controllata medesima, nei limiti dell'importo che tale controllata non avrebbe potuto portare in deduzione per effetto dell'applicazione della normativa sulla sottocapitalizzazione di tale Stato membro, non comprometterebbe l'equilibrata ripartizione del potere impositivo e costituirebbe una misura meno restrittiva della libertà di stabilimento rispetto a quella prevista dalla normativa controversa nel procedimento principale (v., per analogia, sentenze del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C 446/04, EU:C:2006:774, punto 52 e del 30 giugno 2011, *Meilicke e a.*, C 262/09, EU:C:2011:438, punto 32).

Per quanto riguarda l'addotta giustificazione incentrata sull'obiettivo di prevenire l'evasione fiscale, i Giudici del Lussemburgo rilevano richiamandosi a propria precedente giurisprudenza come, affinché un argomento fondato su tale giustificazione possa trovare accoglimento, l'obiettivo specifico di tale misura deve consistere nell'ostacolare costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica e finalizzate a eludere la normale imposta sui redditi generati da attività sul territorio nazionale (v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2015, *Timac Agro Deutschland*, C 388/14, EU:C:2015:829, punto 42 e giurisprudenza ivi citata). Atteso come sia agevole rilevare che la normativa danese in commento non presenta tali caratteristiche, la Corte ritiene la causa di giustificazione in esame non pertinente rispetto alla normativa danese esaminata.

Alla luce della disamina sopra riportata, la Corte determina pertanto come sia da ritenersi incompatibile con la libertà di stabilimento desumibile dal combinato disposto degli artt. 49 e 57 TFUE una normativa quale quella danese che conceda ad una società residente un'esenzione fiscale per gli interessi attivi corrisposti da una controllata residente, laddove questa ultima non abbia potuto portare in deduzione i corrispondenti oneri finanziari per effetto di una normativa restrittiva, in caso di sottocapitalizzazione, della deducibilità degli interessi corrisposti, ma escluda l'esenzione che conseguirebbe dall'applicazione della propria normativa in materia di sottocapitalizzazione allorché la controllata abbia sede in un altro Stato membro.

*2.2. Il caso Brisal* – Il caso *Brisal* ha ad oggetto la compatibilità con la libera prestazione di servizi di una normativa, quale quella portoghese, per la quale gli interessi in uscita corrisposti ad un'istituzione finanziaria non residente sono assoggettati a ritenuta alla fonte sul relativo importo lordo mentre gli interessi corrisposti ad istituzioni finanziarie portoghesi non sono assoggettati ad alcuna ritenuta alla fonte ma sono inclusi nel reddito globale del percipiente al netto delle spese connesse all'attività svolta.

La società portoghese *Brisal* aveva stipulato un contratto di finanziamento con la banca irlandese *KBC Finance*. La società *Brisal* aveva applicato la ritenuta prevista ma successivamente, congiuntamente con la *KBC Finance*, aveva proposto un ricorso amministrativo contro tale imposta, adducendo l'incompatibilità della ritenuta con l'art. 56 TFUE. La controversia era giunta alla Corte Amministrativa Suprema del Portogallo, la quale procedeva ad elevare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. I quesiti formulati dalla Corte portoghese sono riassumibili nella verifica dell'incompatibilità con la libera prestazione di servizi di una normativa ove si preveda che siano assoggettati ad imposta, mediante una ritenuta alla fonte, i redditi da interessi corrisposti a istituti di credito non residenti, senza che sia offerta la possibilità di deduzione delle spese professionali, mentre risulta che gli istituti di credito residenti non sono assoggettati a una siffatta ritenuta alla fonte e possono dedurre le spese professionali direttamente connesse all'attività finanziaria esercitata.

La Corte, richiamandosi al paragrafo 22 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale rileva che emerge dalla giurisprudenza della Corte che l'applicazione ai soli prestatori di servizi non residenti della ritenuta alla fonte quale meccanismo di percezione, sebbene costituisca una restrizione alla libera prestazione di servizi, possa essere giustificata da

motivi imperativi d'interesse generale quali, ad esempio, la necessità di garantire l'efficacia della riscossione dell'imposta (v., in tal senso, sentenze del 3 ottobre 2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen*, C 290/04, EU:C:2006:630, punto 35, e del 18 ottobre 2012, X, C 498/10, EU:C:2012:635, punto 39).

Relativamente alla considerazione delle spese professionali direttamente connesse all'attività esercitata, la Corte rileva, richiamandosi a propria precedente giurisprudenza (v., in tal senso, sentenze del 12 giugno 2003, *Gerritse*, C 234/01, EU:C:2003:340, punto 27; del 6 luglio 2006, *Conijn*, C 346/04, EU:C:2006:445, punto 20, e del 15 febbraio 2007, *Centro Equestre da Lezíria Grande*, C 345/04, EU:C:2007:96, punto 23), rileva come i prestatori residenti e quelli non residenti si debbano considerare in una situazione analoga.

Da quanto sopra, la Corte ha concluso che, mentre l'applicazione della ritenuta alla fonte in luogo dell'imposizione analitica può risultare giustificata dall'esigenza di garantire la riscossione dell'imposta, la libera prestazione di servizi non è compatibile con una normativa tributaria quale quella portoghese secondo la quale, di regola, in sede di imposizione fiscale dei non residenti, psi prendano in considerazione i redditi lordi, senza deduzione delle spese professionali, mentre i residenti risultino tassati sui loro redditi netti, previa deduzione di tali spese.

La Corte procede poi a vagliare le cause di giustificazione avanzate dal Governo portoghese. In particolare, le cause di giustificazione basate sulla ripartizione equilibrata del potere impositivo fra Stati e sulla prevenzione di situazioni di duplice deduzione delle spese non vengono accolte dalla Corte, la prima per la sua irrilevanza rispetto alla questione prospettata e la seconda in ragione della sussistenza di atti di diritto derivato che consentono la cooperazione amministrativa. La terza causa di giustificazione, segnatamente, la necessità di assicurare l'efficace riscossione delle imposte, viene accolta ma viene sottoposta al consueto *test* di proporzionalità. Con riferimento alla normativa considerata, il requisito della proporzionalità non può essere osservato. Infatti, a giudizio della Corte, come rilevato dall'Avvocato Generale nei paragrafi da 70 a 72 delle Conclusioni, l'argomento sollevato dal Portogallo, secondo il quale il riconoscimento ai soggetti ivi parzialmente sottoposti ad imposta della facoltà di dedurre le spese professionali direttamente connesse con le prestazioni effettuate nel territorio di tale Stato membro causerebbe un onere amministrativo per la locale Amministrazione finanziaria, è parimenti valido, *mutatis mutandis*, per i residenti, integralmente assoggettati ad imposta. Alla luce dell'analisi sopra condotta, la Corte ha pertanto stabilito che, mentre di per sé l'assoggettamento a ritenuta alla fonte (in luogo di una tassazione analitica) di interessi attivi corrisposti a soggetti non residenti non presenta profili di criticità nella prospettiva della libera prestazione di servizi, tale ultima libertà fondamentale osta a una normativa quale quella portoghese ove, di norma, sono assoggettati ad imposta gli istituti di credito non residenti per i redditi da interessi percepiti all'interno dello Stato membro interessato, senza riconoscere loro la possibilità di deduzione delle spese professionali direttamente connesse all'attività in parola mentre una siffatta possibilità è riconosciuta agli istituti di credito residenti.

2.3. *Il caso SECIL* – Il caso SECIL affronta il tema dell'imposizione dei dividendi in una prospettiva transnazionale coinvolgente Paesi terzi legati da rapporti di associazione istituiti con la Comunità europea. Il caso si configura come un *leading case* per molteplici ragioni che potrebbero riassumersi nella esigenza, alla luce del diritto dell'Unione, di configurare l'applicabilità di misure volte all'eliminazione della doppia imposizione economica a dividendi infrasocietari provenienti da società residenti in Paesi terzi.

La società portoghese SECIL aveva acquisito partecipazioni di controllo in società residenti in Tunisia e in Libano. Nel 2009, la società SECIL aveva ricevuto dividendi da entrambe le società controllate. La SECIL dichiarava tali importi ai fini dell'imposta sui redditi. I dividendi così percepiti sono stati tassati in Portogallo, ove non sono stati

oggetto di alcun meccanismo di eliminazione o attenuazione della doppia imposizione economica. La SECIL proponeva ricorso amministrativo, adducendo che la tassazione dei dividendi percepiti era illegittima, in quanto la normativa portoghese escludeva l'applicazione delle norme relative all'eliminazione della doppia imposizione economica, violando in tal modo gli accordi CE-Tunisia e CE-Libano nonché il TFUE. La controversia con l'Amministrazione dava luogo all'impugnazione dell'atto di accertamento da parte della società SECIL. Il tribunale tributario di Lisbona elevava rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia formulando una serie di quesiti riconducibili al seguente interrogativo: se le disposizioni del TFUE relative alla libera circolazione dei capitali nonché le previsioni degli accordi CE-Tunisia e CE-Libano debbano essere interpretate nel senso che esse ostano al trattamento fiscale concesso, in Portogallo, ai dividendi distribuiti a una società con sede in tale Stato membro da parte di società con sede in Stati terzi firmatari di Accordi euromediterranei, rispettivamente, la Repubblica tunisina e la Repubblica libanese.

Sebbene nelle circostanze fattuali rilevanti la società SECIL disponesse del controllo delle società libanese e tunisina, la Corte decide di inquadrare il caso alla luce della libera circolazione di capitali. La Corte ha dichiarato che in un contesto relativo al trattamento fiscale di dividendi provenienti da uno Stato terzo, l'esame dell'oggetto di una normativa nazionale è sufficiente per stabilire se il trattamento fiscale di tali dividendi ricada sotto le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali (v., in tale senso, sentenza del 10 aprile 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C 190/12, EU:C:2014:249, punto 29 e giurisprudenza ivi citata). A tal riguardo, la Corte osservava che una normativa nazionale relativa al trattamento fiscale di dividendi, la quale non si applichi esclusivamente alle fattispecie nelle quali la società madre eserciti un'influenza determinante sulla società distributrice dei dividendi, deve essere comunque valutata alla luce dell'articolo 63 TFUE. Una società stabilita in uno Stato membro può, dunque, al fine di contestare la legittimità di una siffatta normativa, invocare tale disposizione, indipendentemente dall'entità della partecipazione da essa detenuta nella società distributrice di dividendi stabilita in uno Stato terzo (v., in tal senso, sentenza del 10 aprile 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C 190/12, EU:C:2014:249, punto 30 e giurisprudenza ivi citata). Poiché la normativa oggetto del procedimento principale non risultava in effetti applicabile esclusivamente alle situazioni nelle quali la società beneficiaria eserciti un'influenza decisiva sulla società distributrice, la Corte riteneva che una situazione come quella del caso di specie fosse pertanto da ritenersi riconducibile all'ambito di applicazione dell'articolo 63 TFUE, relativo alla libera circolazione dei capitali.

La Corte rileva preliminarmente che il Trattato non estende la libertà di stabilimento agli Stati terzi, pertanto occorre evitare che l'interpretazione dell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, per quanto riguarda i rapporti con tali Stati, consenta a operatori economici che non ricadono all'interno della sfera di applicazione territoriale della libertà di stabilimento di giovare in effetti di quest'ultima (sentenze dell'11 settembre 2014, *Kronos International*, C 47/12, EU:C:2014:2200, punto 53 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 10 aprile 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C 190/12, EU:C:2014:249, punto 31). A giudizio della Corte, tale rischio non sussiste in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, atteso che la normativa in questione non riguarda le condizioni di accesso al mercato di uno Stato terzo da parte di una società residente in Portogallo o al mercato di uno Stato membro da parte di una società di uno Stato terzo ma riguarda unicamente il trattamento fiscale di dividendi derivanti da investimenti effettuati dal loro beneficiario nella società distributrice.

Pertanto, nella prospettiva della Corte, risulta chiaro come l'art. 63 TFEU osti a misure tali da dissuadere residenti di uno Stato membro ad effettuare investimenti in Paesi terzi. Infatti, per effetto della legislazione portoghese, i dividendi che provengono da società tunisine e libanesi ricevono un trattamento fiscale peggiore rispetto a quelli di

fonte domestica in quanto non viene assicurata l'eliminazione della doppia imposizione economica; tale circostanza costituisce una restrizione della libera circolazione di capitali.

La Corte, pur riconoscendo l'effetto diretto di norme incluse negli accordi di associazione con Tunisia e Libano che garantiscono "la libera circolazione dei capitali relativi ad investimenti diretti effettuati da società costituite secondo la normativa in vigore, nonché la liquidazione e il rimpatrio dei profitti di detti investimenti e di qualsiasi beneficio che ne derivi", rammenta come anche tali prerogative possano essere disattese in presenza di ragioni imperative di interesse generale.

A tal proposito, i Giudici del Lussemburgo provvedono pertanto a passare in rassegna le cause di giustificazione addotte dal Governo portoghese e svedese. La prima giustificazione, che vuole la normativa oggetto di contestazione ispirata dalla necessità di prevenire l'elusione e l'evasione fiscale, non viene accolta dalla Corte, secondo la quale la legislazione portoghese esclude in generale la possibilità di evitare o di attenuare la doppia imposizione economica dei dividendi, qualora tali dividendi siano distribuiti da società stabilite in Stati terzi, e non è diretta nello specifico, come invece sarebbe necessario alla luce della preesistente giurisprudenza della Corte, a prevenire comportamenti consistenti nel creare costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e finalizzate a eludere l'imposta normalmente dovuta o a ottenere un vantaggio fiscale (v., in tal senso, sentenze del 17 settembre 2009, Glaxo Wellcome, C 182/08, EU:C:2009:559, punto 89, e del 3 ottobre 2013, C 282/12, Itecar, EU:C:2013:629, punto 34 e giurisprudenza ivi citata). La seconda causa di giustificazione addotta, riconducibile all'esigenza di garantire l'efficacia dei controlli fiscali, viene dalla Corte generalmente accolta ma la stessa sancisce come sia compito del giudice del rinvio verificare se gli obblighi derivanti dalla convenzione Portogallo-Tunisia possano consentire alle autorità fiscali portoghesi di ottenere dalla Repubblica tunisina le informazioni loro necessarie per accertare che la condizione relativa all'assoggettamento all'imposta della società distributrice dei dividendi sia soddisfatta. In caso negativo, la restrizione derivante dal rifiuto di accordare le deduzioni integrale e parziale, previste può essere giustificata dalla necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali. Per quanto riguarda le relazioni con il Libano, le conclusioni sono parzialmente differenziate in ragione della circostanza per la quale non è stata conclusa alcuna convenzione di reciproca assistenza tra Libano e Portogallo. In un tale contesto, il rifiuto di concedere le deduzioni (integrale e parziale) altrimenti previste, può parimenti essere giustificato dalla necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali laddove risulti impossibile ottenere dal Libano informazioni che consentano di accertare che la condizione relativa all'assoggettamento all'imposta della società distributrice dei dividendi risulti soddisfatta.

\* \* \* \* \*

Corte giust. (Prima Sezione), 8 marzo 2017, nella causa C-14/16, *Europark Service contro Ministre des Finances et des Comptes Publics*

«Rinvio pregiudiziale – Fiscalità diretta – Società di Stati membri diversi – Regime fiscale comune – Fusione per incorporazione – Previa autorizzazione dell'amministrazione finanziaria – Direttiva 90/434/CEE – Articolo 11, paragrafo 1, lettera a) – Frode o evasione fiscali – Libertà di stabilimento», non ancora pubblicata in Racc.

Corte giust. (Quarta Sezione), 21 dicembre 2016, nella causa C-593/14, *Masko Denmark ApS, Damixa ApS contro Skattenministeriet*

«Rinvio pregiudiziale – Libertà di stabilimento – Normativa fiscale in materia di sottocapitalizzazione delle controllate – Inclusione nell'utile imponibile di una

società mutuante degli interessi sul finanziamento corrisposti da una controllata mutuataria non residente – Esenzione degli interessi corrisposti da una controllata mutuataria residente – Equa ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri – Necessità di prevenire il rischio di evasione fiscale»

Corte giust. (Quinta Sezione), 13 luglio 2016, nella causa C-18/15, *Brisal – Auto Estradas do Litoral SA, KBC Finance Ireland contro Fazenda Pública*

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 56 TFUE – Libera prestazione dei servizi – Restrizioni – Normativa tributaria – Assoggettamento ad imposta degli interessi percepiti – Differenza di trattamento tra gli istituti di credito residenti e gli istituti di credito non residenti»

Corte giust. (Quinta Sezione), 24 novembre 2016, nella causa C-464/14, *SECIL – Companhia Geral de Cal e Cimento SA contro Fazenda Pública*

«Rinvio pregiudiziale – Libera circolazione dei capitali – Articoli da 63 a 65 TFUE – Accordo di associazione CE-Tunisia – Articoli 31, 34 e 89 – Accordo di associazione CE-Libano – Articoli 31, 33 e 85 – Imposta sul reddito delle persone giuridiche – Dividendi percepiti da una società stabilita nello Stato membro della società beneficiaria – Dividendi percepiti da una società stabilita in uno Stato terzo parte all'accordo di associazione – Differenza di trattamento – Restrizione – Giustificazione – Efficacia dei controlli fiscali – Possibilità di invocare l'articolo 64 TFUE in presenza degli accordi di associazione CE-Tunisia e CE-Libano».

