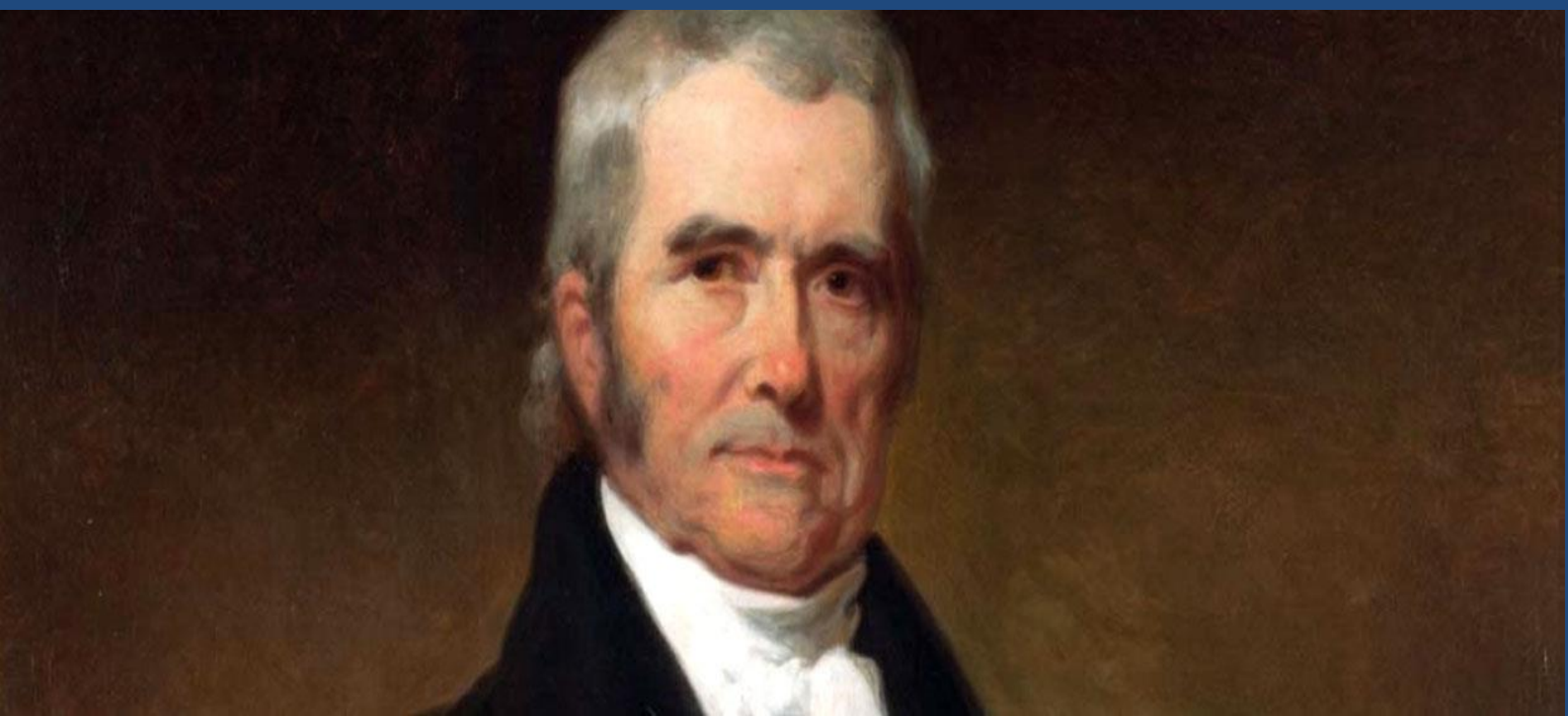


ISSN: 2037-6677

DPCE ONLINE

n. 3-2018



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@gmail.com
Sito internet: www.dpceonline.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

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 Moraes (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 Delpiazzo (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 Karagyzova (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).

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 [45 redazioni territoriali](#), incardinate in altrettanti atenei italiani.

Indice dei contributi

EDITORIALE

- A. Ligustro**, *La crisi Ungheria-UE: quali prospettive dopo la risoluzione del PE del 12 settembre?* p. 581

SAGGI

- S. Baldin**, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna* p. 593
- N. Carrillo-Santarelli**, *A Look into The Human Rights and Inter-State Abuses of Foreign Powers and Autocrats in García Márquez: An International Law and Literature Study* p. 617
- M. Ferri**, *A new (and questionable) institute to guarantee the right of access to the high seas: the Junction Area established in Croatian territorial sea* p. 639

CASI E QUESTIONI

- P. A. Rosa Sánchez**, *Hacia la unificación del derecho al asilo* p. 797
- M. Daicampi**, *Emersione di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti* p. 671
- S. Penasa**, *Mr. President and Dr. Trump: La Corte Suprema americana tra “facial neutrality” e “reasonable observer” standard. Ultima puntata della saga Travel Ban?* p. 679

NOTE E COMMENTI

- A. Caprotti**, *Sulla legittimità della differenza di trattamento dei lavoratori operata da un'organizzazione religiosa* p. 695
- T. Cimmino**, *Menci: un passo in avanti nell'iter tracciato dalle Corti europee nella definizione del ne bis in idem* p. 703
- A. Correr**, *Dati personali: la nozione di “responsabile del trattamento” include il gestore di una fanpage presente su un social network* p. 709
- N. Fuccaro**, *Precari e senza indennità di fine rapporto. Profili di disparità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato davanti alla Corte di giustizia* p. 715
- A. Jerad**, *La Corte di giustizia Ue boccia i test psicologici per accertare l'orientamento sessuale dei richiedenti asilo* p. 721
- G. Mannocci**, *La revisione dei prezzi negli appalti dei settori speciali e le nuove modalità di proposizione delle domande pregiudiziali* p. 727
- F. Monceri**, *Obblighi di trasparenza e di non discriminazione tra imprese in base alla nazionalità nell'aggiudicazione degli appalti di servizi socio-sanitari transfrontalieri* p. 733
- A. Nato**, *Il rilascio della carta di soggiorno: precisazioni a margine della sentenza Ibrahima Diallo contro Belgio* p. 741
- C. Ottonello**, *Caso Louboutin: marchio di forma o di posizione?* p. 749
- A. Perelli**, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il caso Coman: un importante passo verso l'eguaglianza* p. 753
- F. Ponte**, *La Corte di Giustizia traccia la rotta per la risarcibilità della perdita di chance per mancata aggiudicazione di appalti europei* p. 759
- B. Profumo**, *Matrimonio o pensione? La corsa ad ostacoli delle donne transgender per l'accesso al sistema pensionistico* p. 765
- C. R. Costa do Amaral**, *Evoluzione della pianificazione urbanistica in Italia: la Valutazione ambientale strategica dall'Unione europea verso l'America latina* p. 771

C. Graziani , <i>La Corte EDU sulla libertà di espressione in Turchia: tra stato di emergenza ed effettività delle pronunce giurisdizionali interne</i>	p. 783
A. Ianni , <i>L'incidenza della Costituzione sui rapporti privati. Sul divieto di accesso agli stadi il Bundesverfassungsgericht torna ad arbitrare la partita della Drittwirkung</i>	p. 801
N. Carrillo-Santarelli , <i>La responsabilidad de Venezuela por discriminar y perseguir ejercicios legítimos de participación política en el caso Sosa y otras contra Venezuela</i>	p. 791

La crisi Ungheria-UE: quali prospettive dopo la risoluzione del PE del 12 settembre?

di Aldo Ligustro

1. – Il voto del Parlamento europeo sul c.d. rapporto Sargentini (dal nome dell'europarlamentare relatore) del 12 settembre scorso, con cui si chiede al Consiglio europeo di constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave, da parte dell'Ungheria, dei valori su cui si fonda l'Unione, ha comprensibilmente ricevuto grande attenzione da parte della dottrina e dei media, trattandosi di "un evento quasi epocale": il primo caso di attuazione, su iniziativa del PE, dell'art. 7 del Trattato sull'Unione europea (TUE). Tuttavia, moltissimi dei commenti apparsi, almeno quelli di stampo giornalistico, e persino alcuni interventi di parlamentari italiani durante il dibattito svoltosi alla Camera dei Deputati tra il 25 e il 27 settembre circa la posizione da assumere in merito dal Governo italiano, tendono a sminuire la portata dell'"evento", conferendogli un valore meramente simbolico, oppure un importante valore politico, destinato comunque a rimanere privo di conseguenze concrete. Ciò perché, per perfezionare la procedura e arrivare a sanzionare il Governo ungherese, occorrerebbe il voto unanime del Consiglio: un'impresa impossibile già solo considerando il veto annunciato dal Governo polacco, fedele alleato di Orbàn, il Primo ministro magiaro, cui verosimilmente si affiancherebbero gli altri membri del *Gruppo di Visegrád* (Repubblica Ceca e Slovacchia). Dal lato opposto, non manca chi, forse strumentalmente, enfatizza eccessivamente la portata della risoluzione del PE, attribuendole direttamente l'effetto di attivare sanzioni nei confronti dell'Ungheria, considerate alla stregua di una aggressione politica, un attacco alla sovranità del governo di un membro dell'UE, legittimato dall'investitura del voto popolare (lo stesso Orbàn, durante la discussione del 12 settembre nel PE, l'ha definita "un insulto al popolo ungherese"). Si tratta, però, di valutazioni superficiali, basate su una scarsa considerazione, o conoscenza, del contenuto dell'art. 7 TUE, che prevede due procedure distinte, a loro volta articolate in più fasi, aventi caratteristiche molto diverse (a partire dalle maggioranze richieste nei rispettivi procedimenti deliberativi), mai comunque di rilevanza politica e giuridica.

Ciò premesso, non intendiamo approfondire nel merito la questione della violazione da parte dell'Ungheria dei valori fondanti dell'Unione né ricostruire il contenuto della risoluzione votata dal Parlamento europeo, per soffermarci,

piuttosto, sull'utilità e sulle potenziali conseguenze dell'iniziativa del PE (sugli aspetti sostanziali del rapporto Sargentini, basti qui sottolineare come esso, coerentemente con quanto richiesto dall'art. 7, non considera singoli provvedimenti, ma denuncia il rischio "sistemico", per i valori fondanti dell'Unione europea, derivante da numerosi aspetti critici relativi alle riforme costituzionali e normative promosse dal Governo di Viktor Orbán (in proposito rinviando all'interessante analisi contenuta nel lavoro di A. Di Gregorio dal titolo *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, pubblicato sul sito dell'Associazione della nostra Rivista). A tal fine, può essere utile ricordare brevemente il contenuto e le finalità dell'art. 7 TUE (mentre per maggiori approfondimenti si veda, tra la manualistica più recente, U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, V ed., 2017, 38 ss.; e, più ampiamente, anche se con riferimento alla normativa antecedente il Trattato di Lisbona, I. Caracciolo, *La rilevazione dei valori democratici nell'Unione europea*, Napoli, 2003, 57 ss., e G.M. Ruotolo, *Le sanzioni dell'Unione Europea contro la violazione dei principi fondamentali alla luce del Trattato di Nizza*, in *Annali dell'Università degli Studi di Foggia, Facoltà di Giurisprudenza*, Milano, 2005, 1023 ss.; v. infine, di recente, B. Nascimbene, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus.it rivista*).

2. – L'art. 7 TUE contempla, come risaputo, un meccanismo di controllo e sanzione delle gravi violazioni dei valori sui quali si fonda l'Unione europea, indicati all'art. 2 TUE (rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti alle minoranze) e dichiarati «comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne». L'accoglimento di tali valori ha peraltro per l'Unione una duplice valenza, "interna" ed "esterna": da un lato, costituisce un requisito necessario per farne parte (art. 49 TUE); dall'altro, è ad essi che si ispira anche l'azione esterna dell'Unione, che si prefigge di promuoverli nel resto del mondo (art. 3, par. 5 e art. 21, par. 1 TUE).

Sul piano interno, l'Unione non si limita ad esigere il rispetto dei valori dell'art. 2 ai fini dell'ammissione, ma, realisticamente, prevede l'ipotesi che uno Stato membro subisca, da questo punto di vista, una involuzione successiva (U. Villani, *op. cit.*, 37). Di qui l'esigenza di predisporre un meccanismo di controllo e sanzione disciplinato attualmente, dopo il Trattato di Lisbona del 2007, dall'art. 7 TUE e inserito per la prima volta, con connotati parzialmente diversi, dal Trattato di Amsterdam del 1997 e modificato da quello di Nizza del 2001. Nell'attuale versione, il meccanismo si articola, come si diceva, in due procedure distinte, di cui, rispettivamente, all'art. 7, par. 1 e all'art. 7, parr. 2-7.

La procedura ex art. 7 par. 1, introdotta solo col Trattato di Nizza (vedremo in seguito per quali ragioni e a quale scopo), e definita di "preallarme" o di "avviso preventivo" (rispetto al verificarsi di una violazione grave), quella a cui appunto il PE ha fatto ricorso lo scorso 12 settembre, può essere azionata, oltre che dal Parlamento, anche da un terzo degli Stati membri o dalla Commissione, e serve a chiedere al Consiglio di constatare «che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art. 2». A tal fine, il

Consiglio non ha bisogno dell'unanimità, «deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi Membri previa approvazione del Parlamento europeo». Contrariamente a quanto molti hanno mostrato di credere, una delibera del genere appare dunque tutt'altro che impossibile, anche se restano da valutarne i possibili effetti, specie qualora la stessa non dovesse poi sfociare nell'adozione di concrete misure sanzionatorie: punto sul quale torneremo in seguito, dopo aver sommariamente illustrato le caratteristiche della procedura *ex art. 7*, par. 2-5.

Quest'ultima si articola in tre fasi distinte: la fase di accertamento, quella sanzionatoria e, infine, quella della modifica o dell'abrogazione delle sanzioni.

È nell'ambito della prima che è effettivamente prevista l'unanimità del Consiglio europeo, se chiamato a verificare, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea (ma non, questa volta, del Parlamento, del quale è però sempre necessaria la previa approvazione delle decisioni del Consiglio), non più il rischio, bensì «l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art. 2». Si tratta, in effetti, del momento cruciale dell'intera procedura, l'unico in cui si richiede l'unanimità del Consiglio, giustificata dall'enorme rilevanza politica della decisione, che non è invece richiesta nemmeno per la fase successiva, quella dalle conseguenze apparentemente più gravi, consistenti nell'eventuale erogazione, nei confronti dello Stato interessato, di misure sanzionatorie (in forma di sospensione di alcuni diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati). In quest'ultimo caso, infatti, è sufficiente la maggioranza qualificata (ai sensi dell'art. 16, par. 4 TUE e dell'art. 238, par. 2 TUE), poiché si tratta di una decisione che, pur non essendo certo automatica, costituisce in qualche modo la logica conseguenza dell'accertamento del fatto che i valori essenziali dell'UE sono stati realmente violati (in tal senso, v. I. Caracciolo, *op. cit.*, 97).

È importante osservare come la gravità della situazione da accertare e delle sue conseguenze richiedano, sul piano procedurale, la previsione di adeguate garanzie. A parte l'unanimità per la deliberazione del Consiglio europeo (escluso, ovviamente, il voto dello Stato oggetto di delibera: art. 354, par. 1 TFUE) e di una deliberazione conforme del Parlamento europeo, è salvaguardato il principio del contraddittorio, essendo offerta allo Stato interessato la possibilità di presentare le proprie osservazioni prima del pronunciamento del Consiglio e del Parlamento. Tuttavia, se la procedura è sicuramente "garantista" in riferimento all'azione degli organi "politici", essa non è soggetta, invece, a un pieno controllo giudiziario: infatti, l'unica competenza esercitabile dalla Corte di Giustizia (ai sensi dell'art. 269 TFUE), su esclusivo ricorso dello Stato oggetto di contestazione, riguarda gli aspetti "procedurali" dell'azione intrapresa dalle istituzioni europee, come, ad esempio, la regolarità della delibera o il rispetto del contraddittorio. La marginalità del ruolo assegnato alla Corte si spiega del resto facilmente alla luce del carattere fondamentalmente politico e intergovernativo del meccanismo di controllo e sanzione in esame; carattere che era ancor più accentuato nella normativa del Trattato di Amsterdam, dove l'intervento della Corte era completamente escluso, prima della correzione introdotta dal Trattato di Nizza e recepita da quello di Lisbona (peraltro, la Corte potrebbe essere investita a breve di un ricorso annunciato dal Governo ungherese proprio in merito alla procedura di voto seguita

dal Parlamento europeo nell'adozione della risoluzione del 12 settembre; cfr. C. Curti Gialdino, *Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo "Stato di diritto", si viola la regola di diritto*, in *Federalismi.it*; M. Aranci, *Il Parlamento ha votato: attivato l'art. 7, par. 1, TUE nei confronti dell'Ungheria*, in *Eurojus.it rivista*).

Quanto, invece, alla natura delle sanzioni comminabili, il Consiglio detiene un'ampia discrezionalità, non essendo le stesse predeterminate, a prescindere dall'unica ipotesi specificamente menzionata (ma non necessariamente la più grave ipotizzabile: cfr. G.M. Ruotolo, *op. cit.*, 1025 ss.; I. Caracciolo, *op. cit.*, 99 ss.) della sospensione dei diritti di voto del rappresentante dello Stato sanzionato in seno al Consiglio: misura giustificata dalla volontà di impedire che uno Stato che si dimostri non più rispettoso dei principi e dei valori fondamentali dell'Unione partecipi ai processi decisionali "contaminandoli", influenzando, cioè, negativamente sugli stessi (così H. Schmitt von Sydow, *Liberté, démocratie, droits fondamentaux et l'État de droit: analyse de l'article 7 du Traité UE*, in *RDE*, 2001, 287 ss., 310). Nella scelta delle misure da irrogare, il Consiglio deve però tener conto del rischio che esse possano gravare direttamente sui cittadini e sulle imprese («sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche»), incidendo, ad esempio, sulle fondamentali libertà di circolazione di beni, persone, servizi e capitali legate all'istituzione del mercato interno. Ulteriori limiti alla sua discrezionalità dovrebbero inoltre discendere da vari principi generali dell'ordinamento dell'Unione, a partire da quello di proporzionalità tra la violazione accertata e la relativa sanzione, come affermato, sia pure in altri contesti, dalla Corte di Giustizia.

Il Consiglio gode di analoga discrezionalità anche quando, ai sensi del par. 4 dell'art. 7, decida di modificare o revocare le misure sanzionatorie deliberando con la stessa maggioranza qualificata con cui le aveva adottate, per rispondere ai cambiamenti (in meglio o in peggio) della situazione che aveva portato alla loro imposizione. Stranamente, non è esplicitamente prevista la possibilità, per il Consiglio, di revocare anche la constatazione della violazione grave e persistente, ma deve ritenersi che essa possa rientrare nei suoi poteri impliciti, esercitabili contestualmente alla revoca delle sanzioni (I. Caracciolo, *op. cit.*, 99). Lo Stato colpito dalle sanzioni continua intanto, in ogni caso, ad essere vincolato agli obblighi che gli derivano dai Trattati: lo richiede la necessità di salvaguardare il continuo processo di rafforzamento dell'integrazione; esigenza che, pur nel silenzio normativo dell'art. 7, suggerisce altresì di escludere l'espulsione dal novero delle misure sanzionatorie comminabili.

3. – Le possibilità che questa procedura sanzionatoria sia attivata nei confronti dell'Ungheria di Orbán sono in effetti, allo stato, praticamente nulle, stante l'ostacolo della necessaria unanimità del Consiglio ai fini della constatazione della violazione grave e persistente dei valori di cui all'art. 2, ostacolo insormontabile alla luce della situazione politica che caratterizza attualmente i Paesi dell'Unione.

Tale constatazione non deve però indurre a sminuire il valore e gli effetti dell'iniziativa assunta dal PE con l'approvazione del rapporto Sargentini; anche perché si finirebbe così per far discendere l'efficacia del meccanismo previsto dall'art. 7 TUE esclusivamente dall'attivazione della fase strettamente

sanzionatoria, senza considerare che nelle relazioni tra Stati in generale, ma a maggior ragione nel contesto degli stretti vincoli di cooperazione e solidarietà derivanti dall'appartenenza all'Unione, le sanzioni rappresentano un momento patologico, e quindi un insuccesso per tutti i soggetti coinvolti (tutti i membri dell'Unione, in questo caso specifico), da evitare, finché possibile. Ora, è proprio questa la funzione precipua della procedura del par. 1 dell'art. 7, definita appunto di "preallarme" e "preventiva"; ed è dunque in relazione a tale funzione che va "parametrato" il giudizio circa il significato e gli effetti della risoluzione del PE.

A questo fine, possono considerarsi diversi elementi.

Una prima considerazione è legata alla stessa "genesì" della procedura di preallarme, che è altamente rivelatrice della sua *ratio* e dei possibili vantaggi derivanti dal suo impiego. Essa è infatti nata, come risaputo, per sopperire a una lacuna, emersa nella prassi, del meccanismo di controllo e sanzione originariamente introdotto nell'ordinamento UE. Tutti conoscono l'"improprio" precedente (rispetto all'applicazione del meccanismo in parola) costituito dal "caso Haider", verificatosi nel 2000, quando ancora vigeva il Trattato di Amsterdam che, nella versione dell'art. 7 da esso accolta, non prevedeva una fase di preallarme. Di fronte al pericolo di violazione dei principi fondamentali dell'Unione europea provenienti dalla possibile partecipazione al Governo austriaco (poi effettivamente avvenuta) del Partito della Libertà (FPÖ), guidato da Haider, di ispirazione ultranazionalista e xenofoba ("Immigrazione Zero" e "Austria Prima" erano i principali slogan coniatati da tale partito, che aveva assunto anche posizioni fortemente revisioniste dei confronti del nazismo e dell'olocausto), una sorta di procedura di preallarme nei confronti dell'Austria fu aperta di fatto dagli altri quattordici Stati allora membri dell'Unione con una dichiarazione della Presidenza portoghese del 31 gennaio 2000 (di lì a poco sostenuta anche dalla Commissione e dal Parlamento europeo) e con l'annuncio di alcune misure sanzionatorie di carattere essenzialmente politico e diplomatico. La crisi Austria-UE si concluse poi in seguito al rapporto emesso l'8 settembre 2000 da un gruppo di tre "saggi" cui il Consiglio europeo aveva affidato l'incarico di individuare soluzioni possibili. In tale rapporto si giunse ad alcune conclusioni che, a nostro avviso, possono essere di grande utilità nella valutazione della crisi attualmente in corso tra UE e Ungheria. Dopo aver rassicurato che, malgrado la partecipazione del FPÖ, la condotta del Governo austriaco era rispettosa dei valori comuni europei, il rapporto: a) sottolineava come la reazione messa in atto dagli altri quattordici Stati membri avesse comunque avuto l'effetto di rafforzare la presa di coscienza dell'importanza di tali valori anche presso il Governo e la società civile austriaci; b) suggeriva la revoca delle misure adottate contro l'Austria, suscettibili di provocare, se mantenute, sentimenti di reazione nazionalistica presso i suoi cittadini, in quanto avvertite come sanzioni nei loro confronti (l'esperienza delle riparazioni di guerra imposte alla Germania dopo il primo conflitto mondiale *docet* !); c) proponeva, infine, la creazione di un meccanismo permanente di controllo e valutazione preventiva del rispetto dei principi dell'ordinamento europeo da parte degli Stati membri al fine di prevenire le ipotesi di violazione grave e persistente già contemplate dalla normativa vigente: il meccanismo appunto inserito all'art. 7 TUE col Trattato di Nizza del 2001.

4. – Quali insegnamenti trarre dalle vicende descritte?

Una prima indicazione è che le specifiche caratteristiche della procedura *ex art. 7*, par. 1, costituite dal suo carattere preventivo (rispetto alla commissione di una violazione grave dei valori essenziali su cui si fonda l'Unione) e “dialogante” (nel senso che essa mira non a punire, bensì ad aprire un confronto con i governi sotto osservazione) rappresentano anche i suoi punti di forza, mentre la comminazione di sanzioni (la cui previsione, come possibile sbocco del procedimento in una fase successiva, è pur utile, quale monito e deterrente rispetto alla reiterazione dei comportamenti contestati) potrebbe risultare particolarmente controproducente in questa fase iniziale, rischiando di provocare sentimenti di reazione nazionalistica da parte del governo colpito e dei suoi cittadini e di danneggiare soprattutto questi ultimi (una preoccupazione espressa esplicitamente dalla disposizione al par. 3 dell'art. 7, che, come si è visto, invita il Consiglio a tener conto delle possibili conseguenze delle sanzioni che intendesse adottare sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche).

L'approccio preventivo e dialogante di cui si parla, può essere ravvisato innanzitutto nella maggiore democraticità della procedura in esame, rispetto alla fase successiva, derivante dal più intenso coinvolgimento del PE, l'istituzione senz'altro più vicina ai cittadini degli Stati membri, di cui è espressione diretta, e quindi forse meglio in grado di interpretarne le istanze e di influenzarne gli orientamenti. Infatti, solo in questa fase il Parlamento ha il potere di proporre al Consiglio di pronunciarsi per constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dei valori di cui all'art. 2 TUE. Il potere di iniziativa è invece riservato, nella fase successiva, agli Stati e alla Commissione, mentre al PE viene riconosciuto solo un ruolo passivo, consistente nella possibilità di bloccare la decisione del Consiglio, negando la sua approvazione, e non un ruolo attivo di proposizione (così I. Caracciolo, *op. cit.*, 96).

Sotto lo stesso profilo, rileva l'osservanza, anche in questa fase, del principio del contraddittorio, che impone l'ascolto dello Stato interessato prima della decisione del Consiglio, così come (si presume, pure in assenza di una previsione esplicita in tal senso) nel corso della sistematica verifica, da parte dello stesso organo, della permanenza dei motivi che lo avevano eventualmente indotto a constatare il rischio evidente di violazione grave; verifica che non potrebbe peraltro prescindere da un confronto con tale Stato circa l'attuazione delle raccomandazioni ad esso rivolte per recedere da atteggiamenti lesivi dei valori essenziali dell'UE.

Sotto il profilo dell'efficacia del procedimento, se è vero che a questo stadio il Consiglio non adotta alcun atto vincolante (ma solo, appunto, raccomandazioni) o di natura operativa (come le sanzioni), non vanno sottovalutati gli effetti di *moral suasion* o di *mobilization of shame* che l'attenzione riservata a siffatti comportamenti possono sortire, favorendo un cambiamento di condotta da parte del loro autore.

È interessante notare, però, come l'attivazione della procedura *ex art. 7*, par. 1 (e, si noti, il suo mero avvio, a prescindere dall'adozione di qualunque atto) non si limiti a produrre effetti di natura essenzialmente politica, come quelli appena descritti, ma sortisce, altresì, almeno una conseguenza giuridica concreta, peraltro suscettibile di rafforzare sensibilmente l'impatto complessivo del procedimento anche sul piano politico. Alludiamo alla possibilità di dare applicazione al

Protocollo n. 24 «Sull’asilo ai cittadini degli Stati membri dell’Unione europea» allegato al TUE. Partendo dalla considerazione che i membri dell’Unione riconoscono e condividono tutti i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e che, a norma dell’art. 49 TUE, per diventare membri dell’Unione devono rispettare i valori sanciti nell’art. 2 del trattato sull’Unione europea, esso dispone, in un articolo unico (nella versione successiva al Trattato di Lisbona), che gli Stati membri dell’Unione europea, dato il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da essi garantito, si considerano reciprocamente Paesi d’origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l’asilo. Pertanto, la domanda d’asilo presentata da un cittadino di uno Stato membro può essere presa in esame o dichiarata ammissibile all’esame in un altro Stato membro solo in casi estremi, come quando sia stata «avviata la procedura di cui all’articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull’Unione europea e finché il Consiglio o, se del caso, il Consiglio europeo non prende una decisione al riguardo, nei confronti dello Stato membro di cui il richiedente è cittadino» (lett. b) (la stessa possibilità è ovviamente prevista, e a maggior ragione, alla lett. c) dell’articolo, anche nei casi in cui il Consiglio abbia adottato una decisione conformemente all’art. 7, par. 1 o all’art. 7, par. 2 TUE).

La previsione di questa eccezione ha, a nostro avviso, una duplice valenza. Da un lato, essa risponde alla preoccupazione di garantire una tutela rafforzata dei diritti degli individui che contraddistingue in generale il meccanismo contemplato dall’art. 7 TUE, offrendo ai cittadini che si sentano minacciati dalle politiche del governo del proprio Stato di appartenenza una “via di fuga” presso un altro membro dell’Unione; d’altro canto, su un piano più politico, l’eventuale riconoscimento del diritto di asilo presso un altro Paese suona inevitabilmente come un atto di condanna, quasi una misura di sanzione, nei confronti di quello indagato, ritenuto ormai privo della presunzione del rispetto dei diritti fondamentali di cui beneficiano tutti i membri dell’UE.

Un altro elemento suscettibile di rafforzare ulteriormente l’efficacia della procedura dell’art. 7, par. 1, oltre che dell’intero meccanismo di controllo e sanzione, può infine provenire da un oculato utilizzo della procedura di infrazione da parte della Commissione, mirante a colpire le violazioni concernenti i valori fondanti dell’Unione europea. Le azioni intraprese dalla Commissione in applicazione dell’art. 258 TFUE potrebbero infatti innescare proficue “sinergie” attraverso un efficace coordinamento con quelle basate sull’art. 7 TUE, su iniziativa della stessa Commissione oppure degli altri “attori” a ciò abilitati (Parlamento europeo o un terzo degli Stati membri), tenendo conto dei diversi presupposti materiali e della differente natura delle due procedure in questione. Mentre, infatti, l’attivazione dell’art. 7 comporta una reazione fondamentalmente politica alle violazioni di carattere sistemico dei valori essenziali dell’UE, il ricorso all’art. 258 TFUE è diretto piuttosto contro violazioni di tali valori di portata più circoscritta (ma magari costituenti singoli elementi di violazioni potenzialmente sistemiche), e per questo più facilmente aggredibili sul piano strettamente giuridico, potendosi finanche procedere, dopo la fase pre-conteziosa, al deferimento degli Stati alla Corte di giustizia dell’Unione europea (possibilità esclusa invece, si è visto, nel primo

caso, per quanto riguarda i profili materiali dei procedimenti), con gli effetti che ne possono conseguire, comprese le sanzioni comminabili *ex art. 280 TFUE*.

Questa prospettiva, si badi, è tutt'altro che astratta, costituendo l'oggetto di una precisa strategia consapevolmente elaborata dalla Commissione con la comunicazione dell'11 marzo 2014 «A new EU Framework to strengthen the Rule of Law», intesa in particolare a contrastare, per l'appunto, quelle situazioni che, pur non raggiungendo un livello di guardia sufficiente ad attivare il ricorso all'art. 7 TUE, tuttavia richiedano una decisa reazione delle istituzioni europee, potendosi trasformare in un rischio sistemico per la tenuta della *rule of law* e degli altri valori e principi fondamentali dell'Unione (delle potenzialità derivanti da un uso complementare di tali procedure per la difesa dei valori fondanti dell'UE ha iniziato ad occuparsi di recente anche la dottrina: v. soprattutto O. De Schutter, *Infringement Proceedings as a Tool for Enforcement of Fundamental Rights in the European Union*, reperibile in rete). La prima significativa applicazione di tale strategia ha riguardato, a partire dal 13 gennaio 2016, la situazione determinatasi in Polonia, culminando, in un crescendo di azioni susseguitesi in questi ultimi due anni, sia nell'attivazione, il 20 dicembre 2017, dell'art. 7 TUE contro il Governo polacco, sia in una serie di ricorsi alla procedura di infrazione, alcuni recentissimi, relativi a provvedimenti legislativi suscettibili di minare seriamente l'indipendenza della magistratura e l'autonomia della Corte costituzionale, aspetti fondamentali del principio della *rule of law*.

È peraltro interessante notare, per tornare al tema delle specifiche potenzialità della fase preventiva della procedura *ex art. 7, par. 1 TUE*, come, nei confronti della Polonia, la Commissione abbia tentato di mettere a frutto la “strategia dialogica”, basata su un suo ruolo più attivo nella conduzione del confronto con gli Stati “indagati”, da essa rivendicato nell'ambito della comunicazione del 2014, cercando di ottenere, anche attraverso formali raccomandazioni, la modifica dei provvedimenti legislativi contestati, senza, tuttavia, raggiungere apprezzabili risultati.

5. – Le vicende relative al caso Polonia e a quello dell'Ungheria sono inevitabilmente destinate a influenzarsi reciprocamente. Entrambe sono sottoposte, in relazione alla presunta violazione dei valori enunciati dall'art. 2 TUE, sia a diversi procedimenti di infrazione che alla procedura *ex art. 7 TUE*, «sia pure tramite percorsi differenti e per profili problematici non esattamente sovrapponibili» (così M. Aranci, *op. cit.*, cui si rinvia per un approfondimento in merito).

Prescindendo dalla circostanza che, come si è detto, rispetto alla Polonia è stata la Commissione, non il PE, ad assumere l'iniziativa (e questo comporta – ricordiamo – sotto il profilo procedurale, che prima che il Consiglio si pronunci – sempre con i quattro quinti dei voti favorevoli – sarà necessario ottenere la previa approvazione del Parlamento europeo), dal punto di vista sostanziale, gli addebiti mossi alla Polonia sono più delimitati, concernendo solo la presunta violazione della *rule of law*, mentre, nel caso dell'Ungheria, è in gioco un'ampia gamma di valori, quali l'esercizio della democrazia, lo Stato di diritto, il rispetto e la

protezione dei diritti umani e sociali, il sistema di controlli e contrappesi, l'uguaglianza e la non discriminazione.

A parte gli aspetti di carattere tecnico-giuridico, il legame intercorrente tra i due casi ha una rilevanza soprattutto politica, e sul piano prevalentemente politico dovrà ricercarsi una soluzione agli stessi. Le condotte contestate a Ungheria e Polonia sono in realtà rivendicate dai rispettivi governi come ingredienti essenziali di un nuovo modello di Stato da essi consapevolmente promosso e in grado di attrarre, in questo momento storico, forze politiche in forte ascesa in Europa e nel mondo: «lo Stato nazionalista, comunitarista e autoreferenziale (definizione preferibile a quella patologica di “democrazia illiberale”, che è una contraddizione in termini)» (così A. Di Gregorio, *op. cit.*).

La risoluzione del 12 settembre del PE ha rappresentato, a detta di molti, la risposta a questa sfida da parte di un'altra Europa, che intende invece ritrovare e rilanciare il senso profondo della sua esistenza. Con il suo voto, il PE ha di fatto anche segnato l'apertura della campagna elettorale per le elezioni del Parlamento europeo del prossimo anno, che saranno caratterizzate da una ormai prevalente linea di demarcazione tra forze politiche “sovraniste” ed “europeiste”, ancora però molto fluida anche all'interno delle singole formazioni politiche o maggioranze di governo. Lo hanno evidenziato, da una parte, proprio in occasione del voto del 12 settembre all'Assemblea di Strasburgo, le spaccature determinatesi all'interno del PPE e delle forze politiche che sostengono il Governo italiano; dall'altra, il successivo sostanziale ricompattamento tra queste ultime durante la discussione e il voto alla Camera dei deputati, relativo alla posizione che il Governo italiano dovrà assumere in Consiglio europeo sul caso Ungheria.

Prepariamoci dunque a seguire con attenzione, nei prossimi mesi, queste vicende politiche ed elettorali, fondamentali per determinare il futuro dell'Europa.

I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna^{*}

di Serena Baldin

Abstract: *Intangible cultural goods and the participation of society in their safeguard: from international conventions to the legislation in Italy and Spain* – This essay analyzes the right to participation in cultural life in Italy and Spain, having regard to intangible cultural goods. Section I offers a general overview of the concept of participation in cultural life at international level, of the evolution of the notion of cultural rights, and of the emerging model of cultural welfare. Sections II and III provide an account of the contents of the Unesco's Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage and of the Council of Europe's Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society respectively. In Sections IV and V the attention focuses on the degree of recognition of intangible cultural goods and on the implementation of the right to participation in cultural life at national and regional level in Italy and Spain. Section VI concludes with some reflections on the different approaches adopted by Italy and Spain to these topics.

593

Keywords: Intangible cultural heritage; Right to participation in cultural life; Heritage communities; Faro Convention.

1. Premessa introduttiva

È opinione condivisa che i beni culturali, una modalità espressiva della cultura, siano finalizzati all'arricchimento degli individui, in virtù della loro fruizione che alimenta la crescita personale e la piena inclusione nella società. Oltre che nel diritto ad avere accesso alla cultura, inверantesi nel conoscere la propria cultura e quella altrui attraverso un'informazione ed educazione adeguata e nei modi di fruizione, il più generale diritto di partecipare alla vita culturale – enunciato all'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 – si compone di due ulteriori elementi: il contributo e la partecipazione alla vita culturale, anch'essi essenziali per la costruzione dell'identità e del senso di appartenenza del singolo a una data comunità. Il contributo sottende il diritto di essere coinvolti nella creazione di espressioni culturali e dunque a prendere parte allo sviluppo della società cui si appartiene, nonché alla definizione, elaborazione

^{*} Il presente lavoro rientra nell'ambito del progetto "Patrimonio culturale immateriale e *welfare* culturale: il ruolo delle comunità patrimoniali", finanziato dall'Università degli Studi di Trieste tramite Bando FRA 2016 (resp. scientifico: prof.ssa Serena Baldin).

e implementazione delle politiche e delle decisioni che influiscono sull'esercizio dei diritti culturali. La partecipazione è intesa come il diritto di ognuno ad agire liberamente, a scegliere la propria identità, a identificarsi o meno in una o più comunità culturali, a esprimersi nel linguaggio scelto e a cercare e sviluppare contenuti culturali¹.

Da questa articolata interpretazione del diritto di partecipare alla vita culturale discende una serie di obblighi per gli Stati. I restanti attori che concorrono a dare vita e/o a sostenere la trasmissione dell'eredità culturale sono parimenti responsabili dell'effettiva attuazione di tale diritto. La partecipazione alla vita culturale, quale «opportunità offerta a tutti, individui e gruppi, di esprimere se stessi liberamente, comunicare, agire, impegnarsi in attività creative per dare pieno sviluppo alla propria personalità, per condurre una vita armoniosa e per contribuire al progresso culturale della società» presuppone «il coinvolgimento delle diverse parti sociali nelle decisioni relative alle attività culturali e nella loro valutazione»².

Su questo sostrato teorico si è incuneata la tendenza dei poteri pubblici a incoraggiare la valorizzazione dei beni culturali da parte dei cittadini, oltre che a invocare il principio di responsabilità anche per essi in merito all'uso corretto, alla conservazione, alla catalogazione dei beni e ad altre attività correlate³. È un segnale di cambio di prospettiva, dalla nozione di patrimonio culturale orientata a un approccio conservativo demandato completamente ai tecnici e legato all'oggetto, alla presa di coscienza del valore di queste risorse per gli individui e allo sviluppo di un approccio tendente alla promozione dei diritti culturali⁴.

Con uno sguardo proteso alla tutela dei diritti, questa cornice speculativa porta a ulteriori riflessioni. Si sostiene difatti che la fruizione dei beni culturali sia un vero e proprio diritto fondamentale⁵, che le norme di tutela del patrimonio culturale siano poste a garanzia del diritto collettivo all'identità e alla sua salvaguardia⁶, e che esista un diritto all'eredità culturale, per fare rientrare la dimensione patrimoniale nella sfera dei diritti umani⁷. Alla base di tale evoluzione riposa l'idea che l'eredità culturale sia essenziale per costruire una

¹ Cfr. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General comment no. 21, Right to everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 21 December 2009, E/C.12/GC/21, in www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html.

² V. il par. 2, lett. b, e il par. 3, lett. c, della Parte I della Raccomandazione dell'Unesco sulla partecipazione ed il contributo delle persone alla vita culturale, del 1976.

³ Cfr. G. Cordini, *Cultura e patrimonio culturale: i profili costituzionali*, in *Il Politico*, 1, 2014, 19.

⁴ Cfr. G. Sonkoly, T. Vahtikari, *Innovation in Cultural Heritage. For an integrated European Research Policy*, Brussels, 2018, 13.

⁵ Cfr. M. Carcione, *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, 2, 2013, 53 ss.

⁶ In questo senso e con riferimento ai beni culturali immateriali, v. L. Zagato, *Intangible Cultural Heritage and Human Rights*, in T. Scovazzi, B. Ubertazzi, L. Zagato (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Milano, 2012, 45.

⁷ Tale diritto è affermato nella Convenzione quadro sul valore dell'eredità culturale per la società del Consiglio d'Europa. Cfr. S. Pinton, *The Faro Convention, the Legal European Environment and the Challenge of Commons in Cultural Heritage*, in S. Pinton, L. Zagato (eds), *Cultural Heritage. Scenarios 2015-2017*, Venezia, 2017, 317; e *infra*, § 3.

società pacifica e democratica, favorire uno sviluppo sostenibile che porti benessere e qualità della vita, promuovere il dialogo interculturale e le diversità tra i popoli. Un patrimonio la cui salvaguardia è responsabilità di tutti, essendo vulnerabile allo sfruttamento eccessivo e alle carenze di finanziamento, tali da condurre all'incuria, al degrado o alla sua scomparsa.

In un'ottica attenta all'impatto socio-economico della cultura, la linea progressiva registrata nell'arco di secoli è riassumibile in tre modelli: quello originario classico, della Cultura 1.0 legata al mecenatismo, alla cultura d'*élite* e alla conservazione dei beni di alto valore artistico; il modello 2.0, connotato dall'insorgere tra il XIX e XX secolo dei mercati culturali di massa e che considera il patrimonio come un prodotto da intrattenimento; e infine il modello emergente 3.0, di organizzazione della produzione e della disseminazione dei contenuti culturali basato sul concetto di comunità di pratica, dove la frontiera tra chi produce cultura e chi ne fruisce è meno marcata e l'innovazione tecnologica e i *networks* assumono un particolare rilievo⁸. L'impianto della Cultura 3.0 incorpora l'idea che la partecipazione attiva possa produrre effetti significativi in termini di coesione e integrazione sociale, di capacità di apprendimento e propensione al *lifelong learning*, nonché in termini di salute e di benessere psicologico soggettivo in misura abbastanza rilevante da impattare positivamente perfino sui sistemi di *welfare*. Tanto da ispirare l'enucleazione di un modello di *welfare* culturale che vede come protagonisti, su un piano paritario, istituzioni, privati, fondazioni e terzo settore con l'obiettivo di definire politiche atte a concepire i processi culturali come parti integranti dei servizi socio-assistenziali e sanitari che forniscono alle persone cure e l'accompagnamento necessari per superare criticità legate alla salute, all'invecchiamento, alla disabilità, all'integrazione sociale e a tutte le problematiche a cui si associa il riconoscimento di un dovere di tutela sociale. Esso contempla inoltre pratiche innovative per l'accesso alla cultura di coloro che ne sono esclusi come fruitori o come produttori, incentivando sia i contributi provenienti dal territorio sia le nuove tecnologie atte a promuovere la partecipazione e a valorizzare il complesso patrimonio identitario che ogni realtà locale possiede⁹.

Il modello Cultura 3.0, sotteso alla Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, sottoscritta a Faro nel 2005 ed entrata in vigore nel 2011 (su cui *infra*, § 3), registra cambiamenti sia nella definizione di patrimonio culturale che nei processi creativi, nonché nella fruizione, salvaguardia e trasmissione della cultura, prevedendo il coinvolgimento dei singoli e delle formazioni sociali nella produzione, diffusione e nella conservazione dei beni culturali. Riprende a sua volta i principi della

⁸ In argomento, v. P.L. Sacco, *Culture 3.0: A new perspective for the EU 2014-2020 structural funds programming*, in *EENC Paper*, April 2011, 4 ss., in www.interarts.net/descargas/interarts2577.pdf; P.L. Sacco, G. Ferilli, *L'Italia che verrà, quando? Per una visione coerente con la natura del nostro paese*, in D. D'Orsogna, P.L. Sacco, M. Scuderi (a cura di), *Nuove Alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, Roma, 2015, 10 ss.

⁹ Così P.L. Sacco, *Appunti per una definizione di welfare culturale*, in *Il Giornale delle Fondazioni*, 2017, in www.ilgiornaledellefondazioni.com/content/appunti-una-definizione-di-welfare-culturale-1.

Convenzione di Faro l'Unione europea che, nel piano di lavoro per la cultura 2015-2018, indica la *governance* partecipativa del patrimonio culturale come una delle priorità da perseguire, chiedendo di individuare approcci innovativi alla *governance* multilivello del patrimonio materiale, immateriale e digitale mediante la mappatura e il confronto tra le politiche pubbliche statali e locali, che dovrebbero prevedere il coinvolgimento del settore pubblico, di soggetti privati e della società civile¹⁰.

Così tratteggiato lo stato dell'arte, in questa sede ci si propone di indagare i modi in cui si concreta il diritto di partecipazione in Italia e Spagna, con particolare riguardo all'aspetto del contributo offerto dagli individui nella salvaguardia dei beni culturali immateriali (es. canti e danze popolari, giochi e sport tradizionali, arti e mestieri artigianali, ecc.), le cui caratteristiche specifiche e necessarie sono date dalla riproducibilità e dalla indistruttibilità¹¹. Questi beni richiedono cure particolari per non cadere nell'oblio: dovendo essere costantemente ri-creati, la loro salvaguardia si risolve in buona misura nella valorizzazione¹². La scelta di raffrontare due ordinamenti composti contribuisce ad ampliare ulteriormente il ventaglio di alternative che si schiude all'analisi, visto che il territorio rappresenta il "vivaio" dove le risorse intangibili possono incontrarsi in un dato luogo e tempo, dove esse «prendono vita come eventi o come performance, al di fuori delle quali non sono osservabili in alcun modo»¹³.

A monte, è doveroso fare un cenno alla traiettoria del paradigma patrimoniale approdata al riconoscimento dei beni culturali intangibili nell'alveo dell'Unesco (§ 2) e al rilievo attribuito alle *heritage communities* nella Convenzione di Faro, la quale sostiene un modello partecipativo *bottom-up* (§ 3). Di seguito, si darà conto della disciplina del patrimonio culturale immateriale in Italia e Spagna (§ 4) e si valuterà se il disegno partecipativo configurato a livello internazionale sia accolto nei due Stati (§ 5). Questi ultimi non hanno ancora ratificato la Convenzione di Faro¹⁴, un fatto attribuibile, secondo i critici, alla sua irrilevanza per la conformità della normativa già vigente all'impianto ivi delineato, un assunto che sarà sottoposto a verifica. L'intento della ricerca è di contribuire al tema dello sviluppo su base culturale che si snoda lungo i canali della cittadinanza attiva e della sinergia fra più tipologie di attori pubblici e privati¹⁵, delineando gli elementi che consentono a chiunque di partecipare attivamente alla salvaguardia e alla gestione del patrimonio culturale.

¹⁰ Cfr. le *Conclusioni del Consiglio e dei Rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, su un piano di lavoro per la cultura (2015-2018)*, OJ C 463, 23.12.2014, 6.

¹¹ Cfr. M. Are, *Beni immateriali*, voce in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 251 ss.

¹² M. Giampieretti, B. Barel, *Spunti per una legge regionale sulla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale*, in M.L. Picchio Forlati (a cura di), *Il patrimonio culturale immateriale. Venezia e il Veneto come patrimonio europeo*, Venezia, 2014, 235.

¹³ Si v. R. Tucci, *Il patrimonio demoetnoantropologico immateriale fra territorio, documentazione e catalogazione*, in ICCD, *Strutturazione dei dati delle schede di catalogo. Scheda BDI*, vol. 2, Roma, 2006, 22, in iccd.beniculturali.it/getFile.php?id=3263.

¹⁴ La Spagna non l'ha nemmeno firmato, mentre l'Italia lo ha firmato nel 2013.

¹⁵ Su cui D. D'Orsogna, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in D. D'Orsogna, P.L. Sacco, M. Scuderi (a cura di), *op. cit.*, 7 s.

2. La Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale

Nelle costituzioni di epoca liberale il richiamo alla cultura era assente. Agli inizi del Novecento, nei testi che simboleggiano l'affermarsi dei diritti sociali, economici e culturali fanno capolino le prime disposizioni in materia, legate all'educazione e che impegnano gli ordinamenti a provvedere all'innalzamento del livello culturale del popolo¹⁶ e a tutelare il patrimonio artistico e paesaggistico¹⁷. La trama giuridica si irrobustisce con le successive ondate costituzionali e in seguito, con l'avvento delle carte del XXI secolo, si diffondono pure gli enunciati dedicati ai beni intangibili e alla diversità culturale. È indubbia, in questo settore come in altri, la mutua influenza tra ordinamenti e organizzazioni internazionali, che hanno ripreso dall'antropologia la nozione di cultura, passata da *high art* a un concetto dinamico e multiforme dato da «*the whole complex of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features that characterize a society or social group*»¹⁸.

Fino al XIX secolo l'intervento statale nella disciplina dei beni culturali riguardava solo quelli materiali, vale a dire beni con una forma definita e stabile di cui sono emblema manoscritti, quadri, statue, architetture. In seguito, la tutela si estese a siti e paesaggi, come esemplifica la Convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio mondiale, culturale e naturale, risalente al 1972, nel cui elenco figurano, oltre a monumenti, agglomerati e siti (art. 1), anche beni costituiti da formazioni fisiche, biologiche, geologiche, e zone costituenti l'*habitat* di specie animali e vegetali minacciate (art. 2).

Facendo però leva sul fatto che nell'eredità tramandata ai posteri rientrano sia beni tangibili che intangibili, questi ultimi privi di una forma definita e stabile e che esistono solo nel momento in cui avvengono, al risalente approccio internazionalistico si rivolsero numerose critiche, in particolare provenienti da rappresentanti dei popoli indigeni. L'appunto più spinoso riguardava un'ampia sfera di complessi conoscitivi – rituali, espressioni orali e artistiche e ulteriori beni connotati da immaterialità – esclusa dal riconoscimento giuridico a causa di categorie forgiate secondo i canoni occidentali¹⁹.

Il paradigma patrimoniale dell'Unesco si amplia ulteriormente agli albori del nuovo millennio. La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003 provvede a individuare l'insieme di tali beni nelle

¹⁶ Si v. la costituzione messicana del 1917 (art. 3), nonché la costituzione russa del 1918 (artt. 17 e 61, lett. b), quella tedesca del 1919 (art. 18) e quella austriaca del 1920 (art. 14).

¹⁷ Art. 150 cost. tedesca; sull'importanza della costituzione di Weimar del 1919 per la diffusione dei precetti relativi alla cultura in altri testi costituzionali, compreso quello italiano, v. G. Cordini, *op. cit.*, 15 s.

¹⁸ Unesco, *Mexico City Declaration on Cultural Policies*, 1982. Sulla nozione di cultura in chiave antropologica e il suo invernarsi nelle fonti internazionali, sovranazionali e costituzionali, v. D. Ferri, *La dimensione prescrittiva della cultura. Un'analisi comparata tra significante e significato*, in *DPCE*, 1, 2009, 12 ss.

¹⁹ Cfr. L. Casini, *La globalizzazione giuridica dei beni culturali*, in *Aedon*, 3, 2012; M. Vecco, *L'evoluzione del concetto di patrimonio culturale*, Milano, 2007, 30 s.; V. Lapicciarella Zingari, *Dalle tradizioni popolari al patrimonio culturale immateriale. Un processo globale, una sfida alle frontiere*, in *Palaver*, 2, 2015, 125 ss.

«prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il *know how* – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi²⁰ – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale» (art. 2, p.to 1). Si manifestano nelle tradizioni ed espressioni orali, nelle arti dello spettacolo, nelle consuetudini sociali, negli eventi rituali e festivi, nelle cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo, nell'artigianato tradizionale (art. 2, p.to 2). Un'eredità costantemente ricreata in risposta all'ambiente, alla storia e all'interazione dei gruppi, a cui farà da coronamento la successiva Convenzione Unesco sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali, adottata nel 2005.

Le componenti essenziali dei beni culturali intangibili sono date dall'aspetto soggettivo o sociale, da quello oggettivo espresso con la manifestazione del patrimonio e dallo spazio culturale dove si esprime il bene²¹. Sotto il profilo soggettivo, la Convenzione è chiara nell'indicare le comunità, e altresì gruppi e individui, protagonisti dell'opera di individuazione di siffatti agglomerati conoscitivi (art. 11, lett. b) nonché della loro creazione, mantenimento e trasmissione, da coinvolgere anche a livello gestionale (art. 15). Si tratta delle reti di persone unite da un legame identitario (comunità) e dei depositari o praticanti (gruppi e individui) del bene intangibile, che lo identificano come parte del loro patrimonio comune e che provvedono a tramandarlo²². Tale riconoscimento comporta l'inclusione di una nuova categoria di attori che si aggiunge a quella dei detentori del sapere specialistico: la società civile. Il patrimonio culturale, secondo la visione ora accolta, non è più esclusivamente quello di valore non comune, bensì acquisisce valore in tanto in quanto è significativo per un determinato gruppo di persone e che, di conseguenza, pongono in essere pratiche idonee a mantenerlo in vita²³.

Dato che le risorse volatili, più che alle misure di protezione caratteristiche dei beni materiali, si prestano a forme di *traditio* della memoria²⁴, nella Convenzione ci si allontana dalla logica della tutela, intesa nel suo nucleo essenziale quale conservazione del patrimonio, e si accoglie in sua vece il concetto di salvaguardia, per evidenziare la natura dinamica e vitale di un

²⁰ Elementi che, al di fuori di quei sistemi simbolici tradizionali, non avrebbero lo stesso significato valoriale.

²¹ Cfr. S. Urbinati, *Considerazioni sul ruolo di "comunità, gruppi e, in alcuni casi, individui" nell'applicazione della Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, in T. Scovazzi, B. Ubertazzi, L. Zagato (a cura di), *op. cit.*, 55.

²² Cfr. G. Carrera Díaz, *Iniciativas para la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial en el contexto de la Convención UNESCO, 2003: una propuesta desde Andalucía*, in *Patrimonio Cultural de España*, 2009, 8.

²³ Di conseguenza, mentre nella Lista del patrimonio mondiale dell'Unesco vengono iscritti beni di cui è necessario dimostrare il «valore universale eccezionale», per il patrimonio immateriale la Convenzione del 2003 prevede una «lista rappresentativa», nella quale possono figurare gli elementi che le comunità e i gruppi considerano rappresentativi della loro identità, e una «lista di salvaguardia urgente», nella quale vengono iscritti elementi a rischio di estinzione che necessitano di un intervento immediato.

²⁴ Si v. C. Lamberti, *Ma esistono i beni culturali immateriali? (in margine al Convegno di Assisi sui beni culturali immateriali)*, in *Aedon*, 1, 2014.

complesso di pratiche in continuo divenire che necessitano di contesti propizi per la loro trasmissione²⁵. Il sostegno si manifesta in molteplici attività, quali «l'identificazione, la documentazione, la ricerca, la preservazione, la protezione, la promozione, la valorizzazione, la trasmissione, in particolare attraverso un'educazione formale e informale, come pure il ravvivamento dei vari aspetti di tale patrimonio culturale» (art. 2, p.to 3). Interventi nei quali gli attori sociali si affiancano agli esperti del settore, segnando il passaggio al modello partecipativo per rendere i primi protagonisti attivi nella identificazione e salvaguardia dei rispettivi patrimoni immateriali. La peculiare natura di tali beni richiede innanzi tutto la previsione di inventari *ad hoc* da aggiornare regolarmente (art. 12). Nella compilazione degli inventari, misura che si traduce in un obbligo imprescindibile per gli Stati contraenti, tra i quali figurano anche Italia e Spagna, e che è alla base di qualsiasi ulteriore intervento di salvaguardia, è stato sottolineato come, lungi dallo scoprire un patrimonio che esisterebbe già di per sé, non si fa altro che fabbricarlo, selezionando alcuni elementi considerati puri e scartandone altri non originali, in un processo che alimenta il senso di appartenenza di gruppi e individui²⁶.

Alle criticità insite in questa fase, che può prestare il fianco a manipolazioni, si aggiungono quelle legate all'effettivo coinvolgimento dei depositari del sapere vernacolare. In base alla tipologia di attori interessati e al loro ruolo nel processo di identificazione, gli inventari sono stati distinti in partecipati, dove gli attori locali svolgono il ruolo di informatori dei tecnici, i quali mettono poi il loro lavoro a disposizione dei primi in un'ottica di restituzione; in inventari partecipativi, in cui la popolazione è direttamente responsabile del riconoscimento degli elementi del patrimonio; e in altre due tipologie poste in essere soltanto dagli esperti, ossia gli inventari tecnocratici, compilati da professionisti in un'ottica di sviluppo economico e turistico, e gli inventari scientifici, stesi da accademici e specialisti dei beni culturali in un'ottica di conoscenza e di studio²⁷. Nella maggior parte dei casi, si è notato che le comunità partecipano solo mediante un processo guidato dall'alto²⁸, seguendo un approccio *top-down* che evidenzia la necessità di individuare un metodo partecipativo differente, in cui il coinvolgimento collettivo possa trovare reale ed effettiva consistenza.

3. La Convenzione quadro sul valore dell'eredità culturale per la società del Consiglio d'Europa

Ulteriore tappa innovativa del percorso internazionale riguardante i beni culturali è rappresentata dalla Convenzione quadro sul valore dell'eredità

²⁵ Cfr. V. Lapicciarella Zingari, *Il paradigma dell'intangible cultural heritage*, in www.treccani.it.

²⁶ *Amplius*, C. Bortolotto, *Introduzione*, in ASPACI (a cura di), *Identificazione partecipativa del patrimonio culturale immateriale*, Milano, 2011, 10 ss.

²⁷ Cfr. C. Bortolotto, *Conclusioni*, in ASPACI (a cura di), *op. cit.*, 176.

²⁸ Cfr. C. Bortolotto, *Introduzione*, cit., 11.

culturale per la società del Consiglio d'Europa²⁹. Al pari delle altre Convenzioni quadro, questa indica una serie di obiettivi agli Stati membri, lasciando loro ampia libertà di scelta su tempi e modi per perseguirli³⁰.

L'elemento di maggiore novità su cui poggia l'articolato riguarda l'accento sui diritti umani in luogo dell'enfasi sugli Stati. Il nuovo strumento segna difatti il passaggio dalla domanda "Quale patrimonio salvaguardare e in che modo?" a "Perché e per chi valorizzarlo?", dando importanza allo sviluppo delle persone e della società, espresso nel motto "*Peoples, Places and Stories*"³¹. Nel sottolineare l'importanza dell'individuo in rapporto al patrimonio e all'ambiente culturale, la Convenzione di Faro si discosta dall'approccio Unesco focalizzato su inventari, elenchi e su protezione e trasmissione dei beni. Questo accordo accentua la partecipazione delle comunità nella definizione e gestione dei patrimoni culturali e concepisce il loro coinvolgimento come un dato essenziale del processo di patrimonializzazione³². Ciò in quanto non sono le caratteristiche intrinseche degli oggetti, dei luoghi o delle pratiche ad avere valore di per sé, bensì è il processo di attribuzione di valore che ne fa rappresentazioni significative per un gruppo sociale³³.

Le idee su cui si fonda la missione del Consiglio d'Europa sul versante cultura sono volte a dare priorità agli abitanti nel loro rapporto con l'eredità culturale, a raggiungere le comunità patrimoniali e a rafforzare i legami tra tutti gli *stakeholders* locali, regionali e nazionali mediante azioni sinergiche³⁴. L'attenzione verso i soggetti anziché sugli oggetti è evidente sin dal preambolo della Convenzione di Faro laddove si afferma, da un lato, la necessità di mettere la persona e i valori umani al centro di un'idea ampliata e interdisciplinare di

²⁹ Il Consiglio d'Europa è sempre stato molto attivo sul fronte della protezione della cultura, come ricorda C. Ruiz Miguel, *La protección del patrimonio cultural desde la Constitución*, in *Rev. Der. Pol.*, 63, 2005, 65.

³⁰ Gli obiettivi sono specialmente quelli indicati nelle parti II "*Contributo del patrimonio culturale alla società e allo sviluppo umano*" (artt. 7-10) e III "*Responsabilità condivisa nei confronti del patrimonio culturale e partecipazione*" (artt. 11-13). In termini molto critici sulla non rilevanza giuridica dell'accordo, v. P. Carpentieri, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *federalismi.it*, 4, 2017, 1 ss.

³¹ Si v. C. Carmosino, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 1, 2013.

³² L'insorgenza del patrimonio è segnata da tre tappe: quella in cui la società produce ciò di cui ha bisogno; quella della presa di coscienza del valore dell'oggetto; quella della patrimonializzazione, per cui il bene acquisisce un'identità patrimoniale, con significati e funzioni differenti rispetto a quelli connessi all'utilità sociale ed economica che ne avevano fondato in passato l'esistenza e con un'importanza collettiva più generale. L'acquisizione dello *status* di patrimonio giustifica la legittimità di misure e investimenti di salvaguardia e gestione. Cfr. M. Vecco, *L'evoluzione del concetto di patrimonio culturale*, Milano, 2007, 29; M. Tamma, *Diritti culturali, patrimonializzazione, sostenibilità*, in L. Zagato, M. Vecco (a cura di), *Citizens of Europe. Culture e diritti*, Venezia, 2015, 485.

³³ Cfr. A. D'Alessandro, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società*, in M.L. Picchio Forlati (a cura di), *Il patrimonio culturale immateriale. Venezia e il Veneto come patrimonio europeo*, Venezia, 2014, 221.

³⁴ Cfr. Council of Europe, *The Faro Convention Action Plan Handbook 2018-2019*, 5, in rm.coe.int/faro-convention-action-plan-handbook-2018-2019/168079029c; v. anche la [Recommendation CM/Rec\(2017\)1 to member States on the "European Cultural Heritage Strategy for the 21st century"](#) del 22 febbraio 2017.

eredità culturale e, dall'altro, l'indispensabile coinvolgimento di ogni individuo nel processo continuo di definizione e di gestione dell'eredità culturale. L'abbandono dell'approccio *top-down* a favore di quello *bottom-up* per attivare la collaborazione civica nell'alveo della cultura è volto a favorire la coesione sociale e il dialogo interculturale e intergenerazionale, nonché la comprensione e il rispetto dei diritti fondamentali. Esso conferisce concretezza ai principi di democrazia e di sussidiarietà. La democrazia è intimamente relazionata sia coi diritti civili e politici che con quelli culturali, laddove lo sviluppo dei diritti culturali, e in particolare il diritto all'identità, consente una reinterpretazione della cultura democratica volta ad alimentare il rispetto per le differenze³⁵. La sussidiarietà è attivata sia nella sua declinazione verticale, inerente al rapporto tra livelli di governo, comportando lo svolgimento di funzioni pubbliche da parte del livello più vicino ai cittadini, sia in quella orizzontale, esaltando il ruolo delle formazioni sociali.

Con riguardo alla nozione di *cultural heritage*, l'art. 2, lett. a, Conv. rinvia a «un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione. Essa comprende tutti gli aspetti dell'ambiente che sono il risultato dell'interazione nel corso del tempo fra le popolazioni e i luoghi». Si noti che l'uso della parola popolazioni, in aggiunta ai termini persona e individuo ricorrenti nel testo, sottende un diritto che è del pari individuale e collettivo. A sua volta, il riferimento alle risorse indica l'interesse per i profili economici del patrimonio culturale³⁶, in consonanza con l'impostazione dell'Unione europea, che fa della gestione sostenibile di esso una scelta strategica per il XXI secolo, sostenendo che attualmente il contributo del patrimonio culturale in termini di creazione di valore, competenze, occupazione e qualità della vita sia sottovalutato³⁷.

All'art. 1, lett. a, Conv. si asserisce che «il diritto all'eredità culturale è inerente al diritto a partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo»; il rinvio si appunta per l'esattezza sull'art. 27, secondo cui «ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico e ai suoi benefici». Il disposto lascia intendere che il patrimonio culturale sia l'ambito o l'oggetto verso cui si estrinseca la partecipazione, non un diritto in sé. E se, ora, il diritto all'eredità culturale è riconosciuto inerente al diritto di partecipare, ciò dovrebbe significare che non corrisponde a esso bensì che contribuisce a sostanziarlo in un certo modo: quale? Appare legittimo interrogarsi sull'effettiva portata di questa nuova pretesa

³⁵ Si v. G. Terragno, *Inquadramento della cultura nel diritto costituzionale spagnolo*, Torino, 2014, 21.

³⁶ Cfr. L. Zagato, *The Notion of "Heritage Community" in the Council of Europe's Faro Convention. Its Impact on the European Legal Framework*, in N. Adell et al. (dir.), *Between Imagined Communities of Practice: Participation, Territory and the Making of Heritage*, Göttingen, 2015, 144.

³⁷ Al riguardo, cfr. il considerando nr. 5 della Decisione (UE) 2017/864 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, relativa a un Anno europeo del patrimonio culturale (2018).

fondamentale. Il dubbio è che ci si trovi dinanzi a un abuso nell'impiego del sostantivo diritto che, come talvolta accade, maschera giudizi di valore, non consoni a un'indagine giuridica. Un impiego sconveniente, sintomatico della commistione del linguaggio tecnico con quello comune, stante la forza emotiva favorevole e intensa che la parola in esame riveste e che la rende uno strumento retorico di notevole efficacia³⁸.

Il concetto si rinviene già nella *Declaration of ICOMOS marking the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, resa a Stoccolma nel 1998, dove si afferma che il diritto all'eredità culturale è parte integrante dei diritti umani³⁹. A sua volta scomposto in ulteriori pretese⁴⁰, comporta doveri e responsabilità per gli individui, le comunità e le istituzioni. È poi ripreso nella Convenzione di Faro, il cui Rapporto esplicativo esplicita che il diritto all'eredità culturale è inteso come la capacità di essere coinvolti, per contribuire ad arricchire tale patrimonio e per trarre vantaggio dalle attività a esso collegate. Un diritto che comprende anche il suo contrario, qualora espressione di una libera scelta⁴¹. Considerazioni rintracciabili all'art. 4 del testo convenzionale, intitolato «Diritti e responsabilità concernenti l'eredità culturale»⁴². In altri termini, si vuole rimarcare il fatto che gli individui devono essere considerati come «aventi diritto» e non come semplici beneficiari, utenti o consumatori del prodotto culturale.

L'accordo non sembra peraltro introdurre alcun profilo innovativo rispetto al diritto di partecipare alla vita culturale e dunque la proclamazione risulta solo dichiarativa⁴³. L'uso, improprio a modesto avviso di chi scrive, della parola diritto è da imputarsi all'adozione dello *human rights-based approach* all'eredità culturale, una metodologia che concepisce un intervento progettuale come funzionale al riconoscimento e all'attuazione permanente di uno o più diritti umani

³⁸ Al riguardo, si v. U. Scarpelli, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, 40; L. Pegoraro, *Esiste un 'diritto' a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull'abuso della parola 'diritto')*, in *Istituzioni del Federalismo*, 5/6, 2010, 548.

³⁹ Cfr. Z. Turhalli, *Le droit au patrimoine culturel face aux révolutions*, in *La Revue des droits de l'homme*, 6, 2014, 9 s.

⁴⁰ «The right to have the authentic testimony of cultural heritage, respected as an expression of one's cultural identity within the human family; the right to better understand one's heritage and that of others; the right to wise and appropriate use of heritage; the right to participate in decisions affecting heritage and the cultural values it embodies; the right to form associations for the protection and promotion of cultural heritage». La Dichiarazione è reperibile all'url www.icomos.org/charters/Stockholm-e.pdf.

⁴¹ V. l'*Explanatory Report to the Framework Convention of the Council of Europe on the value of cultural heritage for society*, DGIV/DC-FARO (2005) 11, in www.coe.int/t/dg4/CulturalConvention/Source/DGIV-DC-FARO_2005_11EN.pdf.

⁴² L'art. 4 afferma che «a. chiunque, da solo o collettivamente, ha diritto a trarre beneficio dall'eredità culturale e a contribuire al suo arricchimento; b. chiunque, da solo o collettivamente, ha la responsabilità di rispettare parimenti la propria e l'altrui eredità culturale e, di conseguenza, l'eredità comune dell'Europa; c. l'esercizio del diritto all'eredità culturale può essere soggetto soltanto a quelle limitazioni che sono necessarie in una società democratica, per la protezione dell'interesse pubblico e degli altrui diritti e libertà».

⁴³ In questo senso, v. L. Lixinski, *Intangible Cultural Heritage in International Law*, Oxford, 2013, 79.

determinati⁴⁴. L'eredità culturale è pertanto da considerarsi «*the key for opening the treasure chest of a world of rights*»⁴⁵, un agente attivante di primaria importanza per la piena realizzazione dei diritti fondamentali che si sostanziano nella partecipazione alla vita culturale, nell'accesso alla cultura, nell'educazione, nell'essere informati (sanciti agli artt. 1, 4, 7, 12, 13, 14 Conv.).

In merito alla concezione delle comunità patrimoniali, esse sono definite all'art. 2, lett. b, Conv. come un «insieme di persone che attribuisce valore ad aspetti specifici dell'eredità culturale, e che desidera, nel quadro di un'azione pubblica, sostenerli e trasmetterli alle generazioni future». Queste sono svincolate da riferimenti territoriali come lo Stato, gli enti locali, il livello sovranazionale, nonché sociali come la religione, l'etnia, la lingua – che pure possono sussistere – e si collocano lungo una linea trasversale a essi, per ampliare le basi e lo scopo sociale di un bene⁴⁶.

L'essenza delle *heritage communities* consiste nella loro fluidità, dato che ciò che rileva è il senso di appartenenza degli individui a un certo patrimonio, e nel carattere auto-elettivo dell'adesione. È una nozione che reca con sé il concetto di identità plurale, consentendo a ogni individuo di identificarsi con varie comunità e gruppi, rifuggendo dalla mono-identificazione identitaria⁴⁷. Queste aggregazioni coprono uno spazio sociale più esteso rispetto a quello riconosciuto alle comunità di cui alla Convenzione Unesco del 2003, consentendo la salvaguardia dei beni «*not just because they are praised by those who practice them, but also because they are recognized as significant by 'outsiders'*», *outsiders* intesi in senso ampio, quali visitatori, partecipanti a spettacoli pubblici, altre comunità, esperti, rappresentanti di istituzioni, ecc. Sottintesa è l'esistenza di un sostrato di costrutti simbolici rilevanti al punto da coinvolgere non solo i loro diretti sostenitori/artefici, bensì anche gli «altri», in una rete di adesione identitaria in grado di generare nuovi prodotti culturali e sociali⁴⁸.

Già nella Raccomandazione dell'Unesco sulla partecipazione e il contributo delle persone alla vita culturale del 1976 era presente l'invito agli Stati membri di incoraggiare «la cooperazione culturale tra regioni e comunità, promuovere la decentralizzazione delle attività culturali e coinvolgere la popolazione locale, soprattutto nelle aree svantaggiate e periferiche, nella progettazione culturale»⁴⁹. Ora, la Parte III della Convenzione di Faro, dedicata alla responsabilità condivisa

⁴⁴ Cfr. P. Meyer-Bisch, *On the "right to heritage" – The innovative approach of Articles 1 and 2 of the Faro Convention*, in Aa.Vv., *Heritage and beyond*, Strasbourg, 2009; J. Blake, *International Cultural Heritage Law*, Oxford, 2015, 271 ss.

⁴⁵ Così L. Zagato, *(In-)tangible Cultural Heritage as a World of Rights?*, in S. Pinton, L. Zagato (eds), *op. cit.*, 521.

⁴⁶ Cfr. K. Ballacchino, *Etnografia di una passione. I Gigli di Nola tra patrimonializzazione e mutamento ai tempi dell'UNESCO*, Armando, Roma, 2015, 32; L. Belder, *The legal protection of cultural heritage in international law and its implementation in Dutch Law*, Utrecht, 2013, 144 s.

⁴⁷ Cfr. L. Zagato, *L'identità europea come spazio culturale-politico: oltre i limiti della cittadinanza UE?*, in L. Zagato, M. Vecco (a cura di), *op. cit.*, 177.

⁴⁸ Cfr. S. Pinton, L. Zagato, *Regime giuridico ad hoc?*, in *AM-Antropologia museale*, 13, 2016, 23; L. Zagato, *Diversità culturale e protezione/salvaguardia del patrimonio culturale: dialogo (e contaminazione) tra strumenti giuridici*, in G. Cataldi, V. Grado (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Napoli, 2014, 372.

⁴⁹ Si v. il par. 6, Parte III, della Raccomandazione Unesco.

nei confronti dell'eredità culturale e alla partecipazione del pubblico (artt. 11-13), delinea le azioni che le Parti contraenti si impegnano a promuovere per concretare tali principi, facendo emergere nuovi profili legati al richiamo all'azione pubblica.

L'art. 11 configura la costruzione di sinergie e la condivisione di conoscenze e funzioni tra «autorità pubbliche, esperti, proprietari, investitori, imprese, organizzazioni non governative e società civile». Siffatto principio implica una responsabilità non centralizzata né privatizzata, bensì conseguenza di un lavoro cooperativo tra tutti coloro che attribuiscono un valore al patrimonio culturale. L'azione pubblica va pertanto direzionata, sotto il profilo normativo oltre che finanziario e professionale, col fine di consentire lo svolgimento delle attività concertate tra le istituzioni e le parti sociali⁵⁰. Concretamente, il disposto si dovrebbe tradurre, nell'ambito privato, nell'affidamento di ruoli di responsabilità a organismi che coinvolgano tutte le parti in causa e, nell'ambito pubblico, a “uffici di progetto” trasversali ai vari enti. A detta degli esperti, ciò consentirebbe di delineare un approccio distinto sia da quello del settore privato, troppo specifico, sia dalla compartimentazione tipica dell'amministrazione pubblica. Le cooperazioni consentite dalla Convenzione associano di fatto persone legate al settore del turismo sociale, associazioni e movimenti che lottano per la salvaguardia dei beni comuni e attori pubblici impegnati localmente in azioni conformi ai principi europei o ad approcci di sviluppo sostenibile⁵¹.

604

Ancora, in tema di accesso all'eredità culturale e alla partecipazione democratica, gli Stati sono tenuti a incoraggiare ciascuno a partecipare al processo di identificazione, studio, interpretazione, protezione, conservazione e presentazione dell'eredità culturale, nonché alla riflessione e al dibattito pubblico sulle opportunità e sulle sfide che essa rappresenta (art. 12). Emblematica al riguardo l'esperienza della Finlandia, che fece precedere la ratifica della Convenzione da una consultazione pubblica, in linea con lo spirito dell'accordo, con l'obiettivo di mappare e valutare le opinioni dei cittadini e dei portatori di interesse in merito al patrimonio culturale e promuovere la discussione sul suo valore per la società, oltre che diffondere il contenuto dell'atto⁵².

Il ruolo inedito che la Convenzione attribuisce alle comunità non è esente da critiche e da possibili malintesi. Una nozione così ampia e ambigua può difatti rivelarsi vacua. Del pari, il valore emancipatorio e lo sviluppo democratico che i processi partecipativi culturali ingenerano potrebbero avere come effetto controproducente una riduzione ulteriore della spesa sociale⁵³, facendo leva sulla sussidiarietà orizzontale e magari sull'emergente modello di *welfare* culturale, qualora poggi in buona misura sul terzo settore e sul volontariato.

⁵⁰ Utile a tal riguardo il data base *European Cultural Heritage Information Network* (HEREIN), che raccoglie le normative e le buone pratiche già attivate per rendere più inclusiva la gestione dell'eredità culturale.

⁵¹ Cfr. P. Wanner, *Per un patrimonio europeo vivo, oggetto di dibattito e come responsabilità condivisa*, in *Cartaditalia*, vol. II, 2018, 448 ss.

⁵² Cfr. Council of Europe, *op. cit.*, 29.

⁵³ Si v. S. Pinton, *op. cit.*, 318.

4. La disciplina dei beni culturali immateriali in Italia e Spagna

Il disegno costituzionale che legittima la rispettiva disciplina dei beni culturali immateriali in Italia e Spagna registra delle specificità distintive. In primo luogo va chiarito che l'assenza di riferimenti puntuali ai beni intangibili nella Costituzione italiana non incide sulla possibilità di una lettura ampia dell'art. 9, il cui disposto affida alla Repubblica l'impegno a tutelare e valorizzare il patrimonio storico e artistico, potendovi rientrare a pieno titolo anche la categoria dell'immaterialità⁵⁴. La Costituzione spagnola offre dal canto suo un quadro concettuale particolarmente recettivo alle manifestazioni volatili della cultura. Già nel preambolo si esprime la volontà di proteggere le culture e tradizioni e le lingue, mentre nell'articolato la ricchezza del pluralismo linguistico è intesa come un patrimonio culturale oggetto di speciale rispetto e protezione (art. 3, c. 3), demandando ai poteri pubblici il compito di promuovere e tutelare l'accesso alla cultura (art. 46) e di garantire la conservazione e di promuovere l'arricchimento del patrimonio storico, culturale e artistico dei popoli della Spagna e dei beni che lo integrano (art. 46), laddove il termine «culturale» estende il perimetro dell'intervento alla dimensione intangibile⁵⁵.

Anche sotto il profilo del riparto delle competenze tra centro e periferia i due ordinamenti presentano dei tratti differenziali. In Italia, la funzione di tutela dei beni culturali è riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, c. 2, Cost.), mentre la valorizzazione dei beni culturali e la promozione e organizzazione di attività culturali sono materie di legislazione concorrente (art. 117, c. 3, Cost.). La nota difficoltà a distinguere chiaramente la funzione di tutela da quella di valorizzazione ha indotto il riformatore del 2001 a prevedere nel novellato Titolo V della Costituzione forme di intesa e coordinamento tra i livelli di governo all'art. 118, c. 3, Cost., al fine di giungere a soluzioni partecipate, atte a superare la rigidità del riparto di competenze, per ciò che riguarda la normativa di rango secondario.

In Spagna, nell'alveo delle competenze esclusive dello Stato ricadono la «difesa del patrimonio culturale, artistico e monumentale spagnolo dalle esportazioni e spoliazioni; musei, biblioteche e archivi spettanti allo Stato» (art. 149, c. 1, p.to 28, Cost.), specificando «senza pregiudizio della loro gestione da parte delle comunità autonome», le quali sono pertanto dotate di competenze esecutive in tali settori e hanno inoltre facoltà di assumere competenze esclusive tra quelle elencate all'art. 148, c. 1, Cost., comprendenti il patrimonio monumentale (p.to 16) e musei, biblioteche, conservatori musicali (p.to 15), purché di interesse della comunità autonoma, ossia non di interesse generale dello Stato o di interesse trasversale a più enti territoriali. La promozione della

⁵⁴ Come segnala F. Rimoli, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in E. Battelli et al. (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, 105.

⁵⁵ Si v. il preambolo della *Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*. Per un'approfondita ricostruzione del significato dell'art. 46 Cost. si rinvia a G. Ruiz-Rico Ruiz, *Il regime costituzionale e legislativo del patrimonio storico, artistico e culturale spagnolo*, in L. Mezzetti (a cura di), *I beni culturali. Esigenze unitarie di tutela e pluralità di ordinamenti*, Padova, 1995, 244 ss.

cultura è una competenza concorrente, in quanto materia attribuita sia alle comunità (art. 148, c. 1, p.to 17, Cost.) sia allo Stato, il quale deve considerare il servizio della cultura come dovere e attribuzione essenziale (art. 149, c. 2, Cost.), con la precisazione che la concorrenza non sottende un riparto di competenze verticale basato sulla distinzione tra principi statali e norme di dettaglio come nell'ordinamento italiano.

In merito alla disciplina legislativa dei beni culturali intangibili, l'approccio seguito nei due Paesi diverge ulteriormente. L'Italia mantiene una «impostazione "storicistica" e "materiale"»⁵⁶ e fa resistenza al riconoscimento pieno della categoria in analisi. Il codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004), pur essendo maturato in un contesto già consapevole delle evoluzioni internazionali, non accoglie le suggestioni della Convenzione Unesco. Esso mutua lo schema previgente⁵⁷, che aveva sì soppresso il richiamo alla materialità dei beni ma poi era intervenuto solo sul regime della tutela e della conservazione di quelli tangibili, e si limita a riconoscere come parte integrante del patrimonio culturale la categoria dei beni etnoantropologici, pur sempre oggetti dotati di una connotazione fisica e tangibile. In proposito si osserva che i disposti rivolti ai beni etnoantropologici (artt. 2, 10, 12, 101 e 174) «appaiono poco assimilati all'impianto di base su cui si fonda il testo stesso: un impianto che si configura come pensato e costruito su beni di altra natura, di più antico riconoscimento e di più consolidata tradizione legislativa, quali sono quelli archeologici, storico-artistici e architettonici»⁵⁸. I profili più problematici discendono dall'art. 2, che fornisce una definizione di patrimonio culturale ancorata alla materialità come evidenzia il richiamo alle «cose»⁵⁹, e dall'art. 10, che non considera oggetto di tutela le cose «che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni», due criteri privi di collegamento col significato ascrivibile a diversi tipi di beni etnoantropologici. Diversamente, durante la vigenza dei d.lgs. 112/1998 e d.lgs. 490/1999, l'uso del termine beni in luogo di cose e la clausola aperta che consentiva l'individuazione di ulteriori *species* di beni culturali avevano comportato l'ingresso in via di legislazione statale e regionale anche di beni intangibili⁶⁰.

A seguito della ratifica delle Convenzioni Unesco sui beni culturali immateriali e sulla diversità delle espressioni culturali, il codice è stato novellato

⁵⁶ Così S. Cassese, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 782.

⁵⁷ D.lgs. 112/1998 e d.lgs. 490/1999.

⁵⁸ Cfr. R. Tucci, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio e i beni etnoantropologici: qualche riflessione*, in *Lares*, 1, 2005, 57 ss.

⁵⁹ L'art. 2 recita: «1. Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici. 2. Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà. 3. Sono beni paesaggistici gli immobili e le aree indicati all'articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge».

⁶⁰ Cfr. V. Piergigli, *I "beni culturali": interpretazione evolutiva di una nozione giuridica consolidata*, in V. Piergigli, A.L. Maccari (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Milano, 2006, 32 ss.; M. Cecchetti, *Art. 9*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Torino, 2006, 227 s.

con d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62, senza far venire meno la logica suesposta. Ai sensi dell'art. 7-*bis*, difatti, le «espressioni di identità culturale collettiva» sono assoggettabili alle disposizioni del codice qualora siano rappresentate da «testimonianze materiali». Un asserto tale da indurre parte della dottrina a sostenere l'assenza di una disciplina unitaria delle tipologie di *res incorporales* da salvaguardare e dunque la sostanziale elusività del disposto⁶¹. Da sottolineare che, qualora un bene non rientri nelle categorie statali e presenti un certo interesse per una comunità, la regione può esercitare la sua competenza legislativa al di fuori dello schema codicistico, quantunque tale facoltà assuma un carattere residuale, riconducibile a beni e attività a c.d. rilevanza culturale che si vogliano valorizzare. Da cui una lettura aperta della nozione di bene culturale, avallata pure dal giudice delle leggi⁶². Si è opportunamente osservato che le risorse volatili non sono del tutto prive di strumenti di garanzia, individuabili nelle modalità di riconoscimento e di autenticazione in forma di catalogazioni o di edizioni critiche⁶³, nonché in attività diverse dalle tipiche funzioni di tutela, ossia organizzazione, promozione e valorizzazione⁶⁴, senza scordare che le misure di sostegno finanziario sono sempre possibili e anzi imprescindibili.

Sul versante dell'immateriale le regioni si sono mosse in ordine sparso, cosa niente affatto sorprendente vista la contenuta attività legislativa in materia di valorizzazione dei beni culturali nel loro complesso⁶⁵. La maggior parte degli enti territoriali si è occupata solo della disciplina di specifici beni, in particolare i dialetti e le lingue minoritarie. Da questo quadro frammentato emergono, per l'approccio olistico, la Sicilia e la Lombardia, che hanno istituito un proprio Registro delle eredità immateriali seguendo la Convenzione Unesco⁶⁶, e le regioni di Liguria, Toscana e Basilicata⁶⁷.

⁶¹ *Ex multis*, v. F. Rimoli, *op. cit.*, 105; G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 1, 2014; D. Ragone, *Art. 2*, in G. Famiglietti, N. Pignatelli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Roma, 2015, 22; A. Gualdani, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, in *Aedon*, 1, 2014; M. Brocca, *Cibo e cultura: nuove prospettive giuridiche*, in *federalismi.it*, 2017, 9. *Contra*, v. G. Severini, *Immaterialità dei beni culturali?*, in *Aedon*, 1, 2014; P. Carpentieri, *op. cit.*, 4 s.

⁶² Si v. sent. cost. 94/2003; L. Casini, *“Le parole e le cose”: la nozione giuridica di bene culturale nella legislazione regionale - Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2014, 257 ss.; V. Piergigli, *op. cit.*, 34 s.; M. Picchi, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Verso un progressivo accentramento delle competenze?*, in *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, 10, 2017, 27.

⁶³ Cfr. G. Morbidelli, *op. cit.*

⁶⁴ Cfr. M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2015, 199.

⁶⁵ C. Tubertini, *La disciplina delle attività culturali nella legislazione regionale: un “nuovo” bilancio*, in *Aedon*, 1, 2007.

⁶⁶ Il R.E.I. è un inventario articolato in più parti, ognuna dei quali raccoglie una data sfera di beni intangibili. In Sicilia sono stati elaborati il Libro dei saperi, il Libro delle celebrazioni, il Libro delle Espressioni, il Libro dei Tesori umani viventi (decreto assessoriale della Sicilia, 26 luglio 2005, n. 77). In Lombardia il registro si articola in: Registro dell'Oralità, Registro delle Arti e dello Spettacolo, Registro delle Ritualità, Registro dei Saperi naturalistici, Registro dei Saperi tecnici (legge regionale della Lombardia, 23 ottobre 2008, n. 27).

⁶⁷ Legge regionale della Liguria, 2 maggio 1990, n. 32; legge regionale della Toscana, 25 febbraio 2010, n. 21; legge regionale della Basilicata, 11 agosto 2015, n. 27.

Costantemente dibattuta è la questione relativa alla ripartizione di competenze tra i livelli di governo in tema di tutela e valorizzazione⁶⁸, laddove la prima funzione finirebbe però per sovrapporsi quasi inevitabilmente a interventi che incidano sulla seconda⁶⁹. L'evoluzione giurisprudenziale sembra registrare una smentita della nettezza della distinzione (sent. cost. 26/2004) e attualmente si va affermando che, pur esprimendo aree di intervento diversificate, tutela e valorizzazione manifestino una unitarietà di esigenze che deve riflettersi in un concorso di competenze tra Stato e regioni (sent. cost. 140/2015)⁷⁰. Proprio quest'ultima decisione sfiora i beni intangibili, nella fattispecie delle attività di artigianato e di commercio tradizionale, nell'ambito di un giudizio di costituzionalità in via principale sui locali storici. Stante l'impossibilità, a detta della corte, di comporre il concorso di competenze (tra tutela e valorizzazione dei beni e anche commercio e artigianato di spettanza residuale regionale) mediante il principio di prevalenza, in mancanza di criteri contemplati in Costituzione, si giustifica l'applicazione del principio di leale collaborazione, che deve permeare di sé i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie⁷¹.

Diversamente dall'Italia, in Spagna le risorse intangibili sono disciplinate a livello statale senza ambiguità di sorta. Già la *Ley del Patrimonio Histórico Español* n. 16/1985 era comprensiva, nell'alveo del patrimonio etnografico, delle «conoscenze e attività che sono o sono state espressione rilevante della cultura tradizionale del popolo spagnolo nei loro aspetti materiali, sociali o spirituali», prevedendo misure per lo studio e la documentazione scientifica dei beni a rischio di estinzione e disponendo forme di tutela al sostrato materiale ad esse collegato⁷².

⁶⁸ La tutela consiste «nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette [...] ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantire la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione» (art. 3, codice), mentre la valorizzazione «consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso [...], al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale» (art. 6, codice).

⁶⁹ In questo senso, v. C. Barbati, *La valorizzazione del patrimonio culturale* (art. 6), in *Aedon*, 1, 2004; D. Mone, *Il sistema delle fonti dei beni culturali tra giurisprudenza e prospettive di riforma costituzionale con particolare riferimento alla disciplina dei musei*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, 64 ss.

⁷⁰ Cfr. C. Barbati, *I soggetti*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo, *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2003, 108; C. Tubertini, *Potestà legislativa statale e regionale e disciplina del restauro dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Istituzioni del federalismo*, 6, 2004, 977 ss.; F.S. Marini, *Il riparto delle competenze in materia di beni culturali*, gennaio 2007, in www.issirfa.cnr.it/francesco-saverio-marini-il-riparto-delle-competenze-in-materia-di-beni-culturali-gennaio-2007.html.

⁷¹ E pertanto la corte dichiara l'illegittimità dei commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 52 del codice dei beni culturali per non avere previsto l'intesa a garanzia della leale collaborazione fra Stato e regioni. Per un commento, v. G. Sciullo, *Corte costituzionale e nuovi scenari per la disciplina del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 1, 2017.

⁷² E. Gamero Ruiz, *El patrimonio cultural inmaterial: comentarios a la ley estatal 10/2015, de 26 de mayo*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 43, 2016, 1 ss.; M.L. Labaca Zabala, *Las festividades religiosas: "manifestaciones representativas del Patrimonio Cultural Inmaterial"*, in *RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural*, 8, 2016, 7.

Negli anni l'intervento autonomico si è dilatato nella sfera della tutela, gestione e valorizzazione del patrimonio culturale, ivi comprese le manifestazioni intangibili, anche col sostegno del tribunale costituzionale. Mediante la sent. cost. 17/1991 si è riconosciuta la capacità degli enti territoriali, congiuntamente a quella del governo centrale, di emettere la dichiarazione formale di riconoscimento del bene culturale, la potestà legislativa e regolamentare originaria e prevalente per dettare la legislazione attuativa delle disposizioni statali relativamente ai beni situati nel loro ambito territoriale, affermando inoltre che il criterio sussidiario si possa applicare solo laddove manchi la disciplina autonoma⁷³. L'intervento delle comunità nella dimensione intangibile precede la Convenzione Unesco e si inverte per lo più in norme dedicate al patrimonio etnografico sulla falsariga della legge nazionale. Le accomuna la mancata previsione di appositi strumenti di salvaguardia, limitandosi a considerare ricerche, documentazioni scientifiche, registrazione e raccolta su supporti stabili per garantire la trasmissione ai posteri⁷⁴.

Quale parte del più ampio fermento secessionista che anima questo paese, di recente si è assistito a una svolta centripeta che non ha risparmiato i beni intangibili. A seguito del divieto di svolgere corride previsto nella legge catalana n. 28/2010, fondato sulle competenze esclusive dell'ente territoriale sulla protezione degli animali e sugli spettacoli, le *Cortes* hanno bloccato le pretese localistiche con la *Ley 18/2013, de 12 de noviembre para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural*, spostando l'asse del contendere verso la sfera della cultura. Affermando che la tauromachia è un simbolo di identità collettiva, inclusiva di un cospicuo numero di tradizioni e di feste popolari, il legislatore ha trasferito l'interesse dalle sole corride, dove rilevano maggiormente i profili amministrativi autonomici legati all'ordine pubblico durante le *fiestas de toros*, agli aspetti più propriamente culturali. In tal modo, ora la tauromachia è attratta nella sfera normativa statale, in considerazione della asserita comune condivisione di questo patrimonio da parte di tutti gli spagnoli e non limitato al solo territorio catalano⁷⁵.

⁷³ Cfr. C. Ruiz Miguel, *La protección del patrimonio cultural desde la Constitución*, in *Rev. Der. Pol.*, 63, 2005, 70 ss.; M.P. Castro López, C.M. Ávila Rodríguez, *La salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial: Una aproximación a la reciente Ley 10/2015*, in *RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural*, 5-6, 2015, 107 ss.; L. Sánchez Mesa, *L'assetto delle competenze in materia di beni culturali nell'ordinamento spagnolo: la centralità della Regione*, in *Aedon*, 3/2003; V. De Falco, *Simboli della cultura spagnola e rivendicazioni autonomistiche: le linee di tendenza nell'interpretazione costituzionale*, in G. Cerrina Feroni et al. (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, vol. 1, tomo 1, Cesifin online, 2016, 56 ss.; J.M. Alegre Ávila, *El patrimonio etnológico: un patrimonio cultural sin régimen jurídico*, in *Revista PH*, 82, 2012, 83 ss.; L.P. Martínez Sanmartín, *La tutela legal del Patrimonio Cultural Inmaterial en España: valoración y perspectivas*, in *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 7, 2011, 124, in revistasocialesyjuridicas.com/numero7/.

⁷⁴ Si v. G. Carrera Díaz, *op. cit.*, 189 s.; M.P. Castro López, C.M. Ávila Rodríguez, *op. cit.*, 109 ss.; J.F. Gabardón de la Banda, *La tutela del patrimonio cultural inmaterial en España: la ley para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial*, in *Anuario Jurídico Económico Escorialense*, XLIX, 2016, 282 ss.

⁷⁵ Cfr. D. Fernández de Gatta Sánchez, *Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural* [*BOE n.º 272, de 13-XI-2013*], in *Ars Iuris*

Sia per soddisfare gli obiettivi della Convenzione Unesco, sia come ulteriore segnale alle comunità autonome nelle more della decisione del tribunale costituzionale sul divieto delle corride (confermato con la sent. n. 177/2016⁷⁶), il legislatore ha approvato la *Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, che disciplina aspetti non sufficientemente regolati nella normativa del 1985 in tema di principi e di misure di protezione e promozione del patrimonio etnografico, premurandosi di esplicitare che quanto stabilito non pregiudica le disposizioni sulla tauromachia (VI disp. fin.). Essendo una legge dal contenuto generico, non ha richiesto la modifica della normativa autonoma pregressa⁷⁷. Il concetto di patrimonio storico spagnolo, così ampliato, comprende le «*manifestaciones inmateriales de la cultura*», elencate all'art. 2, che riprendono le categorie Unesco. Peraltro, ivi si individua solo il patrimonio culturale intangibile in senso stretto, escludendo le sue possibili manifestazioni materiali offerte da strumenti, oggetti, manufatti e spazi culturali di cui all'art. 2 Conv. Unesco. La dottrina ha criticato la scelta di separare le due *species*, ritenendo più opportuna una protezione congiunta in considerazione del fatto che i supporti tangibili potrebbero non essere reputati degni di copertura giuridica in base alla legge del 1985 e alle leggi delle comunità autonome⁷⁸. A nostro modesto parere, la chiave interpretativa dell'art. 4 della *Ley*, sulla protezione dei «*bienes materiales asociados*» affidata alle amministrazioni pubbliche – le quali hanno compito di vigilare sul rispetto e la conservazione dei luoghi, spazi, itinerari e dei supporti materiali su cui poggino i beni immateriali oggetto di salvaguardia – andrebbe intesa in senso garantista e non restrittivo, così saldando la frattura tra beni culturali che congiuntamente sostanziano l'identità collettiva di un dato gruppo sociale. L'art. 5 si occupa poi della spoliazione ed esportazione dei beni materiali associati a quelli immateriali.

Proseguendo, all'art. 3 sono esplicitati numerosi principi generali che i poteri pubblici statali, regionali e locali devono rispettare nell'attuazione delle misure di salvaguardia. Tali misure si identificano nella garanzia di una adeguata diffusione, trasmissione e promozione dei beni immateriali (art. 6),

Salmanticensis, 2, 2014, 2 s.; J.A. Carrillo Donaire, *La protección jurídica de la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial*, in *Rev. Gen. Der. Administrativo*, 39, 2015, 1 ss.

⁷⁶ La sentenza costituzionale, emessa a seguito del ricorso promosso da cinquanta senatori contro il precetto catalano sul divieto delle corride, ha tenuto conto della sopraggiunta legge del 2013 e ha pertanto avallato la posizione delle *Cortes*, riconoscendo la competenza esclusiva statale (ex art. 149, c. 1, p.to 28, Cost.) e pure la competenza concorrente (ex art. 149, c. 2, Cost.). Di conseguenza, l'art. 1 della legge autonoma è stato dichiarato nullo. Cfr. L. Hurtado González, *Sobre los toros, sus reglas y cómo acabar con ellos*, in *Diario La Ley*, 8979, 2017, 1 ss.; J.M. Alegre Ávila, *Toros y Patrimonio Cultural: la tauromaquia como Patrimonio Cultural inmaterial (consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2016, de 20 de octubre)*, in *Patrimonio cultural y derecho*, 21, 2017, 551 ss.; F.E. Grisostolo, *La tauromachia come arena di scontro sulle competenze nell'Estado autonómico. A prima lettura della sentenza del Tribunal Constitucional n. 177/2016*, in *DPCE on line*, 1, 2017, 155 ss.

⁷⁷ J. Sánchez Bermúdez, *El exceso del legislador en la definición de patrimonio cultural inmaterial*, in *Rev. Esp. Der. Administrativo*, 177, 2016, nt. 23.

⁷⁸ Si v. A.J. Sánchez Sáez, *El patrimonio cultural inmaterial y las técnicas jurídico-administrativas de protección de los bienes muebles e inmuebles a él asociados*, in *Rev. Esp. Der. Administrativo*, 186, 2017, 234.

nell'inserimento nei programmi educativi della conoscenza e del rispetto di questo patrimonio (art. 7), nella promozione di attività informative e di sensibilizzazione (art. 8), nella garanzia dell'accesso alle manifestazioni immateriali della cultura da parte della cittadinanza (art. 9), e nella comunicazione culturale tra amministrazioni pubbliche (art. 10). Allo Stato spetta garantire la conservazione del patrimonio immateriale e promuovere il suo arricchimento, oltre ad alimentare e tutelare l'accesso a tutti i cittadini alle sue manifestazioni. A tal fine, compete all'amministrazione generale l'adozione di misure necessarie ad agevolare la collaborazione con gli altri poteri pubblici. La collaborazione tra Stato e comunità autonome è precipuamente prevista per: a) proposta, elaborazione, seguito e revisione del Piano nazionale di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale; b) gestione dell'Inventario generale del patrimonio culturale immateriale; c) salvaguardia di tale patrimonio mediante la Dichiarazione di manifestazione rappresentativa del patrimonio culturale immateriale (art. 11). Fanno seguito i precetti dedicati alla Dichiarazione di manifestazione rappresentativa del patrimonio culturale immateriale (art. 12), al *Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, strumento di gestione e cooperazione tra l'amministrazione statale, le comunità autonome, gli enti locali e ulteriori enti pubblici o privati al fine di svolgere una programmazione coordinata delle attività (art. 13), e all'Inventario generale del patrimonio culturale immateriale (art. 14)⁷⁹.

5. Il diritto di partecipazione alla vita culturale

611

La partecipazione non sembra essere un tema particolarmente sviluppato nell'alveo degli studi sui diritti culturali. Il diritto ad essa sotteso postula che la partecipazione favorisca la coesione sociale e consolidi valori comuni, contribuendo a rafforzare le comunità. Per sua natura, il patrimonio culturale immateriale richiede forme di salvaguardia e di valorizzazione *ad hoc*, tali da configurare come presupposto imprescindibile il coinvolgimento della società in questo processo che trasforma il ricordo in memoria collettiva, il senso di appartenenza civica in identità. Risulta di tutta evidenza il fatto che le azioni poste in essere dalle comunità debbano passare attraverso le sinergie con gli enti pubblici. Alla luce del disegno convenzionale del Consiglio d'Europa, l'interrogativo che si profila all'orizzonte è se la normativa italiana e spagnola contempli gli individui – altri rispetto ai privati proprietari di beni culturali materiali – e le formazioni sociali, nonché i possibili modi di un loro coinvolgimento nelle attività riguardanti il patrimonio intangibile.

Il principio partecipativo è rintracciabile in più disposti costituzionali in ambedue gli ordinamenti. In Italia, esso è contemplato già all'art. 3, c. 2, Cost. in tema di eguaglianza sostanziale, laddove si affida alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale», e dunque anche

⁷⁹ *Amplius*, v. M.P. Castro López, C.M. Ávila Rodríguez, *op. cit.*, 98 ss.; E. Gamero Ruiz, *op. cit.*, 1 ss.

culturale, del Paese. Il fine sotteso è l'opera di trasformazione sociale, legata a quella del pieno sviluppo della persona umana. Il quadro si perfeziona con la possibilità di concorrere col proprio lavoro al progresso materiale o spirituale della società, di cui all'art. 4 Cost., che comprende il settore culturale⁸⁰. La valorizzazione dei beni culturali, ex art. 117 Cost., può poi intendersi come una modalità indiretta di aperture «all'intervento di una pluralità di soggetti pubblici, comprensivi di tutti i livelli di governo, e privati, sia *for profit* sia *no profit*»⁸¹. E l'art. 118, c. 4, Cost. consacra la partecipazione della società civile mediante il principio di sussidiarietà orizzontale, in base al quale lo Stato e gli altri enti pubblici «favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale». La Costituzione spagnola, da parte sua, affida ai pubblici poteri il compito di agevolare «la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale» e di promuovere «le condizioni per la partecipazione libera ed efficace della gioventù nello sviluppo politico, sociale ed economico e culturale» del Paese (artt. 9, c. 2, e 48 Cost.). Non è invece presente alcun riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale, quantunque in via implicita se ne desuma la vigenza⁸².

Volgendo l'attenzione al piano legislativo statale, in Italia la trama codicistica contempla «la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale» (art. 7), previsione ribadita all'art. 111 ove si riconosce l'utilità sociale e la finalità di solidarietà sociale dell'iniziativa dei privati⁸³, a cui è pertanto consentito di avvalersi di contributi e sovvenzioni⁸⁴. Tra i soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani per la valorizzazione dei beni di appartenenza pubblica sono inoltre contemplate persone giuridiche private senza fine di lucro; in aggiunta, gli enti pubblici possono stipulare accordi con le associazioni culturali o di volontariato, che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali (art. 112). In merito alle forme di gestione, l'art. 115 prevede la possibilità di gestioni indirette, affidate a persone giuridiche private senza fine di lucro. Infine, soggetti privati possono concorrere alla promozione di attività di studio e ricerca, ai sensi dell'art. 118. Sono precetti che potrebbero estendersi

⁸⁰ Cfr. M. Troisi, *La partecipazione delle comunità territoriali nella legislazione regionale. Alcune riflessioni alla luce delle recenti leggi di Toscana, Emilia-Romagna e Puglia*, in *federalismi.it*, 7, 2018, 4; M. Giampieretti, *Quali strumenti giuridici statali e regionali per le comunità patrimoniali?*, in L. Zagato, M. Vecco (a cura di), *op. cit.*, 339.

⁸¹ C. Barbati, *Governo del territorio, beni culturali e autonomie: luci e ombre di un rapporto*, in *Aedon*, 3, 2009.

⁸² Cfr. F. Balaguer Callejón, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione spagnola e negli Statuti di autonomia, nella prospettiva europea*, in *Amministrazione in cammino*, 3, 2010, 6 ss.

⁸³ Art. 111: «1. Le attività di valorizzazione dei beni culturali consistono nella costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all'esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità indicate all'articolo 6. A tali attività possono concorrere, cooperare o partecipare soggetti privati. 2. La valorizzazione è ad iniziativa pubblica o privata. 3. La valorizzazione ad iniziativa pubblica si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione. 4. La valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale».

⁸⁴ Si v. C. Barbati, *I soggetti*, cit., 129.

anche ai beni immateriali, a differenza di ulteriori disposti il cui raggio di azione si arresta a quelli materiali e/o paesaggistici.

Il disegno partecipativo della Costituzione spagnola si inverte nella legge sui beni culturali immateriali del 2015 in cui, tra i principi generali che tutti i poteri pubblici devono rispettare, si annoverano il «*protagonismo de las comunidades portadoras del patrimonio cultural inmaterial, como titulares, mantenedoras y legítimas usuarias del mismo*» e il «*principio de participación, con el objeto de respetar, mantener e impulsar el protagonismo de los grupos, comunidades portadoras, organizaciones y asociaciones ciudadanas en la recreación, transmisión y difusión del patrimonio cultural inmaterial*» (art. 3). Dal 2011 è poi operante il *Plan Nacional de Patrimonio Cultural Inmaterial* che, tra i criteri considerati nella valorizzazione, mette al primo posto il «*protagonismo ineludible de la comunidad*»⁸⁵.

A livello territoriale, l'analisi della legislazione di settore consente di svolgere ulteriori riflessioni legate alle modalità partecipative, che possono andare dalla semplice consultazione sino alla gestione compartecipata delle attività.

In Italia, le regioni possono regolare le forme di partecipazione dei privati alle attività di valorizzazione dei beni sotto la loro responsabilità⁸⁶. La Regione Basilicata ha redatto nel 2015 una legge sul patrimonio culturale che, per i numerosi richiami partecipativi, è all'avanguardia nel panorama nazionale. La legge intende innestare processi condivisi di responsabile protagonismo civico, promuovendo la più ampia partecipazione dei cittadini ai procedimenti di pianificazione e programmazione relativi al patrimonio culturale; individua, tra gli altri, il principio della partecipazione nella promozione di attività di enti e soggetti pubblici e privati; con il concorso di comuni, comunità locali e altri soggetti pubblici e privati, la Regione promuove e favorisce la conservazione, valorizzazione, fruizione, gestione e promozione del patrimonio; promuove metodi condivisi di programmazione integrata e partecipata ai fini dell'attivazione di gestione pubblico-privato del patrimonio culturale regionale; sostiene forme attive di partecipazione conoscitiva della cittadinanza; nei piani regionali integrati di valorizzazione, promozione, gestione e fruizione è contemplata la più ampia partecipazione dei soggetti, pubblici e privati, portatori di conoscenze, valori e interessi; nella gestione degli istituti e dei luoghi della cultura si prevedono strumenti che assicurino ai cittadini, singoli o associati, forme di partecipazione alle attività⁸⁷.

Validi richiami si trovano anche nella legge lombarda, che fa riferimento a promozione e incremento della partecipazione delle persone con disabilità alla vita culturale; istituzione dei tavoli della cultura, organismi consultivi a cui sono invitati a partecipare soggetti pubblici e privati; partecipazione attiva della popolazione, delle comunità locali, di altre istituzioni e associazioni nelle funzioni

⁸⁵ L'elenco dei criteri è reperibile all'url www.mecd.gob.es/planes-nacionales/planes-nacionales/salvaguardia-patrimonio-cultural-inmaterial/aspectos-metodologicos.html.

⁸⁶ Cfr. M. Giampieretti, *op. cit.*, 344 ss.

⁸⁷ Legge regionale della Basilicata, 11 agosto 2015, n. 27.

di cura, gestione, valorizzazione e salvaguardia relative agli ecomusei⁸⁸. La Regione Toscana si informa al principio della partecipazione democratica nel processo di selezione del significato culturale di un bene o di una attività culturale; prevede strumenti che assicurino forme di partecipazione dei cittadini, singoli o associati, nella gestione degli istituti e dei luoghi di cultura; fa richiamo alla gestione partecipata degli ecomusei⁸⁹. Altre Regioni che hanno provveduto a disciplinare il patrimonio culturale non si occupano affatto del profilo partecipativo, ad eccezione della Sicilia, nella cui normativa si dispone che chiunque possa proporre la registrazione di un bene nel relativo registro delle eredità immateriali, e della Sardegna, che contempla la più ampia partecipazione degli enti locali, delle forze sociali, della scuola, degli organismi culturali pubblici e privati, alla programmazione culturale regionale⁹⁰.

Nella legislazione delle comunità autonome spagnole, l'enfasi maggiore alla partecipazione civica si rintraccia nei preamboli, mentre l'articolato è alquanto scarso di puntuali indicazioni, sia sui soggetti che sulle forme in cui il loro coinvolgimento si può concretizzare⁹¹. Nelle leggi sul patrimonio storico delle Comunità di Madrid e delle Canarie non vi è alcun riferimento al riguardo. Per il resto, i Paesi Baschi fanno solo un cenno a consultazioni con i cittadini; in Catalogna e nelle Isole Baleari si introduce il concetto di «*dinamización sociocultural*» per promuovere le manifestazioni culturali non professionistiche, realizzate da gruppi o enti *no profit*, per diffondere la cultura e favorire la massima partecipazione cittadina; le Comunità valenziana, galiziana, di Extremadura e di Cantabria incoraggiano la collaborazione con associazioni e privati per la salvaguardia del patrimonio culturale; la Comunità di Aragona

⁸⁸ Legge regionale della Lombardia, 7 ottobre 2016, n. 25. Secondo la definizione classica del suo ideatore, l'ecomuseo è uno «strumento concepito, costruito e reso operante da un'autorità pubblica e dalla popolazione locale (...) è uno specchio nel quale la popolazione locale si osserva per scoprirvi la propria immagine, nel quale essa cerca una spiegazione del territorio cui è legata nonché informazioni sulle popolazioni che l'hanno preceduta, sia circoscritte nel tempo sia in termini di continuità fra le generazioni. (...) È un centro di salvaguardia, poiché contribuisce a preservare e potenziare il patrimonio naturale e culturale della popolazione. E infine è una scuola, in quanto coinvolge la popolazione nel lavoro di studio e di tutela e la incoraggia ad acquisire una conoscenza più chiara del proprio futuro»; cfr. G.H. Rivière, *The Ecomuseum: an evolutive definition*, in *Museum*, 4, 1985, 182 s.

⁸⁹ Legge regionale della Toscana, 25 febbraio 2010, n. 21.

⁹⁰ Decreto assessoriale della Sicilia, 26 luglio 2005, n. 77; legge regionale della Sardegna, 15 ottobre 1997, n. 26.

⁹¹ *Ley 7/1990, de 3 julio, de Patrimonio Cultural del País Vasco; Ley 2/1993, de 5 de marzo, de Fomento y Protección de la Cultura Popular y Tradicional y del Asociacionismo Cultural; Ley 8/1995, de 30 octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia; Ley 4/1998, de 11 junio, del Patrimonio Cultural Valenciano; Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria; Ley 1/2002, de 19 de marzo, de cultura popular y tradicional de las Illes Balears; Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés; Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias; Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; Ley 1/2001, de 6 marzo, del Patrimonio Cultural del Principado de Asturias; Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León; Ley 7/2004, de 18 octubre de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja; Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra; Ley 4/2007, de 16 marzo, de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia; Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía; Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha; Ley 3/2013, de 18 junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.*

istituisce il *Consejo Aragonés del Patrimonio Cultural* affidandogli pure il compito di stimolare la partecipazione civica; il Principato delle Asturie e la Comunità di La Rioja promuovono la partecipazione civica e sostengono il lavoro di associazioni e individui per il mantenimento e la rivitalizzazione delle espressioni immateriali della cultura; nella Comunità di Castilla y León la partecipazione dei singoli e degli enti nella gestione e diffusione del patrimonio è promossa dai centri culturali; Navarra prospetta forme collaborative con le associazioni culturali; in Andalusia e Murcia le persone fisiche e giuridiche possono attivare il procedimento di dichiarazione di un bene di interesse culturale; la Comunità di La Mancha prevede misure per agevolare la collaborazione con altre amministrazioni pubbliche e con istituzioni pubbliche e private; contempla il contributo di enti e singoli individui nella conservazione e diffusione del patrimonio; affida all'apposito consiglio regionale del patrimonio culturale il compito di stimolare la partecipazione civica; autorizza le persone fisiche e giuridiche ad attivare il procedimento di dichiarazione di un bene di interesse culturale.

6. Considerazioni finali

L'intreccio di fonti domestiche dedicate alle plurime dimensioni della cultura si è notevolmente arricchito nel corso del tempo, in linea con le evoluzioni registrate nel panorama internazionale, basti pensare al riconoscimento di risorse in precedenza ignorate dagli Stati, come i beni intangibili, i cui profili di criticità sono stati evidenziati nel presente lavoro.

È noto che tra Italia e Spagna vi sia un rapporto di mutua influenza per ciò che attiene al disegno costituzionale. I padri fondatori italiani si ispirarono largamente al testo d'oltralpe del 1931 e i costituenti spagnoli ebbero come riferimento la Costituzione del 1948 per redigere la loro Carta del 1978⁹². Alla luce del diverso approccio statale in tema di *status* giuridico dei beni culturali immateriali nei due Paesi, dove alla resistenza italiana fa da contraltare la disciplina sistematica della materia in Spagna, appare doveroso ricordare che il legislatore iberico è tributario degli apporti sul patrimonio culturale elaborati negli anni Sessanta da Giannini e dalla Commissione di indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio (c.d. Commissione Franceschini), che proposero una nozione aperta di bene culturale, inteso come ogni bene che costituisce testimonianza materiale avente valore di civiltà. Una chiara influenza del formante dottrinale straniero, ricordata nel preambolo della legge spagnola sulla salvaguardia dei beni culturali immateriali del 2015, che fa apparire quasi paradossale lo iato tra questi due ordinamenti. Pure dalla prospettiva territoriale le differenze sono palesi: il riparto di attribuzioni in tema di cultura avvantaggia le comunità autonome rispetto alle

⁹² Cfr. L. Pegoraro, *Diritto comparato ed evoluzione della giuspubblicistica spagnola a vent'anni dalla Costituzione del 1978*, in L. Pegoraro, A. Rinella, R. Scarciglia (a cura di), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, Padova, 2000, 2 ss.; T. Font i Llovet, F. Merloni, *Il regionalismo spagnolo tra riforma costituzionale e riforma statutaria*, in *Le Regioni*, 6, 2005, 1179.

regioni e questo, unitamente alle aperture d'oltralpe ai beni immateriali già nella legge del 1985, si ripercuote sulla loro disciplina, che risulta piuttosto omogenea nelle comunità autonome⁹³ e alquanto frammentata nelle regioni.

Nel complesso, l'Italia si differenzia dalla Spagna per la mancanza di una chiara politica culturale sui beni immateriali; e, come osservato in dottrina, «l'assenza di una politica culturale è una politica culturale perché comunque esprime un ordine di priorità nella scala di valori»⁹⁴.

L'analisi dei profili partecipativi porta invece a riflessioni interlocutorie. Dall'indagine si evince che ambedue i Paesi offrono ampie garanzie costituzionali per la partecipazione della società civile alla vita culturale. Ben diversa è però l'importanza giuridica che la legge statale spagnola assegna alle collettività, le quali non sembrano essere concepite come mere *stakeholders*, bensì come titolari, responsabili e legittime utilizzatrici dei beni intangibili, ossia considerate alla stregua di privati proprietari di beni materiali, a nostro avviso rispondendo in tal modo alla concezione di “aventi diritto” all'eredità culturale sottesa alla Convenzione di Faro. Chiaro è anche il rilievo riconosciuto ad altre formazioni sociali che siano coinvolte nella ricreazione, trasmissione e diffusione di questo patrimonio. Il divario italiano si sarebbe potuto colmare se l'*iter* di approvazione della legge “Disposizioni concernenti la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale” presentata nel 2017, comprensiva dei principi della Convenzione Unesco e della Convenzione di Faro, non si fosse interrotto con la fine della XVII legislatura. Guardando alle ricadute territoriali, invece, il quadro è più confuso e il fattore tempo ha un ruolo di primo piano, in quanto la maggior parte delle leggi poste in essere è datata e dunque è comprensibile il mancato accoglimento degli stimoli internazionali. Ciò non significa che, in assenza di specifici riferimenti normativi, le buone pratiche non siano attivabili, ma bisogna tenere presente che «l'approccio partecipativo perturba i criteri e le prassi delle istituzioni che si occupano di beni culturali»⁹⁵.

Da ultimo, si conviene sul fatto che Italia e Spagna abbiano un sostrato giuridico che guarda con favore alla partecipazione della società alla vita culturale, per cui in linea teorica la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa non aggiungerebbe molto. Tuttavia, l'analisi delle legislazioni regionali svela un panorama ancora poco attento a questo profilo e, considerato che gli enti territoriali sono i diretti interessati nelle attività di valorizzazione e di gestione dei beni culturali, i margini di miglioramento sono piuttosto ampi.

⁹³ M.P. Castro López, C.M. Ávila Rodríguez, *op. cit.*, 108.

⁹⁴ O. Chessa, *op. cit.*, 22.

⁹⁵ Cfr. M. Tamma, *Diritti culturali, patrimonializzazione, sostenibilità*, in L. Zagato, M. Vecco (a cura di), *Citizens of Europe. Culture e diritti*, Venezia, 2015, 487 ss.

A Look into The Human Rights and Inter-State Abuses of Foreign Powers and Autocrats in García Márquez: An International Law and Literature Study

di Nicolás Carrillo-Santarelli

Abstract: *Diritti umani, abusi del potere estero sul piano interstatale ed autocrati in García Márquez: un indagine di International Law and Literature* – Reading some works of literature through the lens of international law permits readers to become aware of that legal system's relevance in complex political situations, and so may trigger curiosity and be a tool to foster education and increase the circle of those who discuss about international law, encouraging creative answers that may be ignored by those who only read strictly legal texts. Additionally, such reading can highlight the *raison d'être* of international legal regimes, reveal their shortcomings and promises, and generate empathy with the victims of abuses against them. These arguments are explored and supported through the analysis of *The Autumn of the Patriarch*, a Latin American novel about a local dictator, in relation to three dimensions narrated therein: abuses against human beings, intervention by foreign powers, and breaches of law that endanger coexistence and cooperation by an authoritarian regime.

617

Keywords: Law and literature, International law, Empathy, Latin America, Human rights.

1. Introduction

Much has been discussed about law and literature studies, and whether they are actually useful. While some have debated as to the merits of literature to shed a light on legal processes of interpretation and adjudication, others have suggested that a law and literature analysis can make readers think seriously about hard questions of a political, ethical or another sort. Focusing on the ideas of the latter view, without dismissing the former, in this article I look into issues presented in the narrative of 'The Autumn of the Patriarch', a novel written by a great Latin American author, Gabriel García Márquez, as a case study.

Its examination permits me to go one step beyond, and argue that, when read *through* the lens of *international* legal norms and principles and their underlying interests and goals, a second, richer layer of meaning, not necessarily considered by the author himself –who, nevertheless, does explicitly refer to international legal aspects in his book—, can be obtained, and serve different goals: raising awareness of how international law permeates the daily lives of many and triggering curiosity about it; even perhaps helping thus to make international law not only the province of a few, and so preventing its elitization by making many, in different societies, think and question about international

law, which certainly affects them. Secondly, the narrative under discussion can help to think about the shortcomings of international law, but also about its promises and the *raison d'être* of many of its institutions, which deserve greater support and promotion.

To support the previous assertions, this article begins by exploring some of the interaction that international law and (some) literature can have, and then goes on to exemplify those arguments by looking at three dimensions present in the Autumn of the Patriarch, concretely: what international law says and ought to say in relation to abuses against human beings; what international law has to say in relation to abusive interventions masquerading as humanitarian initiatives and abuses of rights by foreign powers; and finally, at the unlawful actions of authoritarian regimes that affect peaceful coexistence and cooperation.

2. International law and literature connections

The facts that both law and literature are made sense through processes of interpretation, with some techniques and approaches to do so being shared by them; and that *some*¹ literary works can address legal questions from a critical, descriptive or other perspectives, depending on the (literary) realist, philosophical or other tendencies of the writers and their books, explain why law and literature connections are often present and worth exploring. Certainly, authors as Dworkin,² Bianchi,³ and others, have addressed different points of contact that law and literature can sometimes have, such as similarities in regard to interpretation –being there debates, for instance, on the relevance of the authors' own interpretation, or lack thereof, in both law and literature;⁴ reliance on a 'language'; how authorities often act as "writers" of one book in progress; the exploration of ethical and political questions underlying legal issues through literature; literature as a catalyst of empathy; and how plays, novels and other works permit to identify and debate on the content, meaning and legitimacy of legal notions, such as the rule of law, the settlement of disputes in heated social times, or else.

Sometimes, law and literature connections are studied generally, while at others this is done by focusing on certain authors or writings, e.g. Shakespearean ones, or on regimes or fields as the human rights one. The latter, among others, is relevant in the novel that will be examined in this paper, and has been considered to share with the "novel genre [...] shared assumptions and imbrications", with "an international literary public sphere [...] having] an implicit regulatory relationship to a projective international order, codifying the

¹ James Seaton, "Law and Literature: Works, Criticism, and Theory", *Yale Journal of Law & The Humanities*, Vol. 11, 1999, pp. 479, 484.

² Ibid., at 479, 491-492; Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2014, pp. 58-61.

³ Andrea Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, 2016, pp. 287-289.

⁴ James Seaton, op. cit., pp. 492-495; Jonathan Culler, *Literary Theory: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2011, 67; Yahli Shereshevsky and Tom Noah, "Reply to Dunoff and Pollack: 'Experimenting with International Law'", *EJIL: Talk!*, 4 April 2018.

normative imagery in which it and the human rights person may be imagined”, giving shape to conventional understandings of certain regimes; having interdependencies and being sometimes “mutually enabling fictions: each projects an image of the human personality that ratifies the other’s idealistic visions”, as narratives on “development and emancipation” and media that make proclamations or declarations about dimensions that are purported to be inherent, being it important to glean from literature both the potential to gain a sense of solidarity with those who suffer –as many individuals subject to despotic regimes and foreign intervention throughout the world do, just like characters of García-Márquez’s novel— and also the capacity to question one’s own role in certain relations in terms, among others, of a “structural complicity in an international system that extends and denies human rights differentially”.⁵

For those of us with a legal background, literature provides us with a fresh look that stands back from technicalities and often raises questions about the fairness, appropriateness and effectiveness of norms. That being said, critical literary theories posit that constructions of the meaning of works of literature is not predominantly explained by looking at the intention of the author but, rather, at the perspective of readers, considering their experience, preconceptions, interests, and other aspects. As to this, Jonathan Culler has well pointed out that in addition to the theories that posit that “meaning is in the text”, and that “context is what determines meaning”, “[s]ome critics claim [...] that the meaning of a text is the experience of a reader”.⁶ In fact, it may be the case that authorities who interpret law may sometimes also do so, unconsciously or not, under the influence of their motivations and preferences, which they read into the norms, as some legal realist and disaggregated studies suggest.⁷ But in addition to this, it is important to consider that works of literature can address the human –or other— interests, experiences, problems and needs that inform, or are ignored by, international law, and so generate dynamics of empathy, questioning of inadequate regulation, curiosity and awareness about international law, or support for the law.

To confirm the previous ideas, it is worth considering how specific international legal issues are dealt with in actual literary works, to ascertain if the previous dynamics can actually be triggered in specific books, especially those deal with local or national societies that have relationships with foreign actors or legal interests, as will be done in this book. Some may wonder if it is worth having *international* law and literature studies, when domestic law is actually closer to human beings and has a direct impact on them, which some ignore international law also has sometimes.

⁵ Thomas Schultz and François Ost, “Shakespearean Legal Thought in International Dispute Settlement”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9, 2018; Joseph R. Slaughter, *Human Rights, Inc.: The World Novel, Narrative Form, and International Law*, Fordham University Press, 2007, pp. 3-4, 8, 14, 325-327.

⁶ Jonathan Culler, op. cit., at 66.

⁷ Steven R. Ratner, “Legal Realism School”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2007; Nicolás Carrillo-Santarelli and Carlos Espósito, “The Protection of Humanitarian Legal Goods by National Judges”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, 2012, at 76.

As to that question, it is my contention that rushed arguments that dismiss the pertinence of looking at international legal issues based on their alleged absence in life or literature are not sound, considering that international law frequently has an unnoticed impact on everyday lives, as has been argued in the American Society of International Law.⁸ Being this so, reading certain novels, such as *The Autumn of the Patriarch*, through the prism of international law, can reveal this reality of international law impacting their lives to readers, while also making them aware of the importance and shortcomings that such law can have, all thanks to this international legal perspective being taken into account, which can in fact permit to identify relevant questions perhaps unnoticed by other readers, and so draw attention to them in order to achieve at least two things:

a) In the first place, literature can facilitate different individuals knowing about international law and its demands, and to critically consider its current state and potential changes *de lege ferenda*. For those with a legal background, works of literature can sometimes serve as case studies and also to critically think about the law; while for others literature can help them to critically become aware of international legal regulation. Both groups can then engage in critical analysis, and literature can prompt activism and change through its highlighting of deficiencies in the content or operation of laws. This process can be triggered through the identification of relevant international law discussions *and* identifying the human or other –ecological, etc.— problems explored in relation to them in a literary work, discussions raised by readers with an international law background can have both an educative function, helping to identify legal issues and acquiring consciousness of existing regulation, and also generating the opportunity of critically assessing existing positive law, that is to say, in ways that examine if norms and regulations indeed serve the functions they set out to accomplish, and moreover if such law appropriately takes into account human suffering and or other social, ethical or environmental problems. International law and literature studies can, by doing this, increase the demands for an effective observance of international law. In this regard, it is important to consider that regimes as that of international humanitarian law, which regulates conduct during armed conflicts, are considered to have an increased likelihood of effective observance if there is education on and dissemination of their content and requirements to all of those concerned with that law,⁹ be it because they are addressees or stakeholders, even when they are not lawyers. This is supported by the argument that different media, including films, video games, and literature, among other media, can help to sensitize and educate on legal obligations and the plight of victims or affected persons, having the possibility of generating empathetic responses and inspiring campaigns; and, as Kiera Dolin has argued,

⁸ American Society of International Law, *International Law: 100 Ways it Shapes Our Lives*, 2018 edn., 2018, available at <www.asil.org/sites/default/files/100Ways/100Ways.pdf> (last visit: 13 April 2018).

⁹ Frits Kalshoven and Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 4th edn., Cambridge University Press, 2011, at 69 (“To promote implementation of humanitarian law, instruction and education are crucial”).

literature also permits to “envisage[e] alternative worlds, [...] coming to terms with traumatic experience by embodying it in verbal imagery and narrative”,¹⁰ being international abuses of the sort that will be explored in this paper among them, and so their portrayal in literature can help to raise awareness and change or criticism concerning the population of certain states in relation to their foreign policies. Thus, educative and sensitizing effects on the existence and content of norms can be achieved through international law and literature studies.

In relation to the identification of legal issues present in literature, even if they were not consciously considered by some authors, it is important to stress that, as has been argued elsewhere, law is an institutional social construction, while human life and the world it has made can be described as a *nomos*,¹¹ insofar as there are constant normative questions and processes of thought –on how proper, inadequate, neutral, or abusive some conduct is— being consciously and unconsciously considered by human beings in their interactions and experiences. International legal discussions identified by readers or authors in relation to literary works also helps, precisely, to raise awareness as to their presence, and in light of them policies, inter-state and inter-actor relations and a multiplicity of narratives and perspectives can be identified and critically explored. This is related to the extra-legal dimensions of international legal problems. Precisely because of this, many of those insights are gleaned if one approaches the text with certain expectations or from a given perspective, be it feminist, Marxist, constructivist, or else, as often happens in literature¹² and also in legal studies.¹³

b) Secondly, international law and literature studies can help to think, know and learn about *different* conceptions of international law and connected human problems. The identification of incidental, subtle or conspicuous international law elements present in literary works, and their discussion by some readers, may also help other readers that learn about those perspectives to take a fresh look at legal interpretation and evaluation and perhaps to even adopt different perspectives in relation to legal or extra- and meta-legal questions. This can happen, for instance, when the society or characters portrayed in the respective piece belong to a group or society different from or even opposed to that of certain readers, who may thus become familiar with different perspectives

¹⁰ Kiera Dolin, *A Critical Introduction to Law and Literature*, Cambridge University Press, 2007, p. 207; Nicolás Carrillo, “The Role of Emotions in the Processes of Interaction with International Law”, *E-International Relations*, 2 January 2018, available at <www.e-ir.info/2018/01/02/the-role-of-emotions-in-the-processes-of-interaction-with-international-law/> (last visit: 13 April 2018); Nicolás Carrillo Santarelli, “The “Artistic”

Influence of Emotions and Empathy in the Content, Interpretation and Effectiveness of International Law”, *Anuario MEXicano de Derecho Internacional*, Vol. XVII, 2017, pp. 99, 102.

¹¹ Iain Scobbie, “Legal Theory as a Source: Institutional Facts and the Identification of International Law”, in Samantha Besson and Jean d’Aspremont (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford University Press, 2017; Jan Klabbers, “The Transformation of International Organizations Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 26, 2015, at 9.

¹² Jonathan Culler, op. cit., pp. 48, 64, 138, 140.

¹³ Andrea Bianchi, op. cit.; Umut Özsu, “B. S. Chimni’s “Relatively Autonomous” International Law”, *EJIL: Talk!*, 27 December 2017.

and know about the position of other actors. Authors as Anker and Culler have said, literature –and certain active, sometimes conscious engagements with literary works and their potential to trigger imagination, empathy and engaged analysis—can help to approach paradoxes and dilemmas existent in the human rights universe, gain additional insights about neglected dimensions in human rights or other discourses of certain groups —e.g. on aspects related to physical aspects, “semantic colonization” or problems of persons in their everyday lives, sometimes in other societies, as those explored in the novel under examination—, and raise awareness on different perspectives,¹⁴ sometimes even triggering empathetic forces, when such dynamics take place in connection with international legal aspects, the fruits that can be reaped are especially valuable. Why so? Because international society is far from homogeneous, and is a forum of discussions and connections of dissimilar actors and societies, reason why literature can facilitate comparative analyses of international law,¹⁵ making it easier to see the different interpretations and conceptions of international law that there are around the world.

In this regard, it can be said that while international law operates as a –constructed— common language that permits transactions to be made by recourse to it and agendas or ideas promoted by clever uses of its components, just as happens with other languages, while its acquisition and learning is not creative, its use can be, and therefore its components may be used by some actors invoking it –and pursuing agendas—¹⁶ to build previously unheard-of statements and constructions,¹⁷ being there often disagreement as to how to make sense of its words and codes. Indeed, the de-coding of what uses of force, non-intervention or sanctions are lawful by different actors with competing agendas often reveals that interpretation is far from settled and even contentious, being often accompanied by political and other constructive dynamics.¹⁸ Against this backdrop, since readers are often exposed to predominant narratives via their own states’ statements and media, being made aware of competing narratives on the impact or legality of policies endorsed or rejected by their states and societies, as seen through the eyes of characters, societies and questions presented in literature, can be eye-opening or lead to serious reassessments or searches of justification.

The previous processes can, in addition to increasing *knowledge* about legal content and interpretations, have an *emotional* relevance by making readers feel the experience of characters who are occasionally affected by international law

¹⁴ Elizabeth S. Anker, *Fictions of Dignity: Embodying Human Rights in World Literature*, Cornell University, 2012, pp. 2-3, 221-222, 224; Jonathan Culler, op. cit., pp. 88, 124-126.

¹⁵ Anthea Robers, *Is International Law International?*, Oxford University Press, 2017.

¹⁶ Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell and Lung-chu Chen, “Human Rights and World Public Order: A Framework for Policy-Oriented Inquiry”, *American Journal of International Law*, Vol. 63, 1969, at 239; Rosalyn Higgins, *Problems & Process: International Law and How We Use it*, Oxford University Press, 2004, pp. 50, 54; Jan Klabbbers, *International Law*, 2nd edn., Cambridge University Press, 2017, pp. 342-343.

¹⁷ Noam Chomsky, *Language and Mind*, 3rd edn., Cambridge University Press, 2006, pp. 19; James McGilvray, *Chomsky: Language, Mind, Politics*, 2nd edn., 2014.

¹⁸ Jan Klabbbers, op. cit., pp. 18, 342-343.

and foreign policies. Moreover, the non-formalist approach of law and literature permits readers to conduct critical thinking and evaluate if law actually serves a few interests or ought to encompass more guarantees, among other possibilities. All of this can contribute to preventing international lawyers from living in an ivory tower and prompt them to think on the narratives and theories they hitherto believed in in a critical way. Altogether, by exploring intra- or extra-legal elements related to international law, wide-readerships of works of literature can generate non-elitist and democratic discussions on certain international legal issues, and also use those works as an excuse to generate interest in certain topics and problems.

In light of the previous considerations, in the next section I now intend to explore international law and literature elements found in an interesting novel written by the Colombian Nobel Prize of Literature Laureate Gabriel García Márquez, called *The Autumn of the Patriarch* (*El otoño del patriarca*), which deals with the abuses of a Latin American autocrat and strongman living in an unnamed state.¹⁹

3. International legal responses to domestic abuses and asymmetric inter-state relations in *The Autumn of the Patriarch*

The *Autumn of the Patriarch* is a book that is drafted with a stream of consciousness technique and has few sections. It is set in an unnamed Latin American state and narrates some events in the life of a dictator. This permits the book to explore, through the perspective of different characters, issues of abuse of power, flattery by subordinates, and the manipulation of truth – something quite relevant in these times of “alternative facts” –, among other dynamics of an unchecked, abusive power; how local regimes disregard international law when it suits them –and how foreign powers do likewise. Pertinent episodes thus permit to ponder upon the content, appropriateness and effectiveness of certain international norms, and also on the political hypocrisy often found in international relations.

623

3.1 Episodes that shed light on the importance of international protection from domestic abuses and its limitations. Between impotence and hope

Discussions of the novel can highlight one of the reasons why the edifice of international human rights law was consolidated after the horrors of World War II, namely the idea that domestic and national remedies and protection were not always available or effective, and accordingly it was important to create

¹⁹ William Kennedy, “A Stunning Portrait of a Monstrous Caribbean Tyrant”, *The New York Times*, 31 October 1976, available at: archive.nytimes.com/www.nytimes.com/books/97/06/15/reviews/marquez-autumn.html (last visit: 5 April 2018).

international human rights protections²⁰ in order to offer “hope” to those that did not find it in their local societies, as Antonio Cançado Trindade has well explained.²¹ In this regard, episodes of cruel abuses, as torture and the treatment of human beings as mere instruments, are presented in the book, portraying their callousness and the tragic suffering of victims. Readers can imagine many throughout the world are enduring and have endured, and why the violations against them are inadmissible. The shock of reading passages on this can instill into readers the idea that such injustices, when perpetrated locally with impunity, must have an international legal response and victims ought to be protected.

For instance, in the book it is told that some individuals provided “testimony of atrocious antecedents so they would be given work under the guidance of [...] torturers who are rationalists general sir, and consequently are methodical in cruelty and resistant to compassion”;²² and also how there was a “horror laboratory at the harbor fort where they chose the most run-down of political prisoners in order to get training in the manipulation of the throne of death whose discharges absorbed the total electrical power of the city”.²³

While the events of the novel are set in the Interwar period –as revealed by reference to the League of Nations—, and so neither the Universal Declaration of Human Rights nor other contemporary instruments and institutions existed during that period, the case can be made that the atrocities and abuses of the regime, when seen in today’s light, confirm the importance that international bodies are empowered to examine the responsibility and obligations of states and leaders, and that the latter ought to be held accountable before bodies as the International Criminal Court when there is domestic impunity, as the Preamble²⁴ and article 17 of the Rome Statute of the International Criminal Court indicate.²⁵ Moreover, consideration of the principle set forth in article 27²⁶ of the same Statute and in Principle III of the 1950’s Principles of International Law

²⁰ Francisco J. Ansuátegui Roig, “La historia de los derechos humanos”, in Ramón Soriano Díaz et al. (eds.) *Diccionario crítico de los derechos humanos*, Universidad Internacional de Andalucía, 2000, pp. 75-76.

²¹ Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade to: I/A Court H.R., Case of Castillo Petruzzi et al v. Peru. Preliminary Objections. Judgment of September 4, 1998. Series C No. 41, para. 35.

²² Gabriel García Márquez, *The Autumn of the Patriarch*, HarperCollins Publishers, 2006, at 218.

²³ Ibid., at 179.

²⁴ The Preamble of the Statute refers to the “States Parties to” it being “Determined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes” (emphasis found in the original text).

²⁵ The cited Preamble of the Rome Statute of the International Criminal Court highlights how the States Parties are “Determined to put an end to impunity for the perpetrators” of international crimes enshrined in that treaty, while article 17 deals with complementarity and the capacity of the Court to operate if a given state under its jurisdiction proves to be unwilling or unable to genuinely respond to international crimes.

²⁶ Such article indicates that “This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute”.

Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal²⁷ is also pertinent in this regard, because it expressly indicates that Heads of State or Government must respond before international criminal authorities. Indeed, the heinous abuses of the unnamed dictator of García Márquez's novel, thanks to the portrayal of feelings –of suffering, injustice, etc.— which, as the great Russian author Leo Tolstoy argued, art is meant to convey,²⁸ can help to bolster the argument that the likes of Al Bashir,²⁹ Assad and other political leaders accused of the perpetration of international crimes should not be shielded from facing international criminal justice merely based on their office –which, actually, is taken advantage of by some leaders in order to perpetrate abuses. International crimes are so gross that no one should be allowed to suffer them as victims, and perpetrators, wherever and whoever they are, ought to face justice. Readers can get a sense of this by reading the novel mindful of the current requirements and possibilities of international criminal law, precisely developed in order to face problems as those portrayed in the novels. Needless to say, literature can be read in light of developments that did not exist at the time in which the respective books were written.³⁰ That being said, as other elements later discussed portray, to hold international criminals responsible there are limits, and unlawful intervention must be excluded, because it poses other problems and is sometimes conducted with double intentions.

As also discussed in another novel written by a Latin American Nobel of Literature laureate, Mario Vargas Llosa's interesting "The Feast of the Goat" novel –in which the dictator Trujillo did refer to international pressure spearheaded by the OAS—,³¹ there is mention in the book of international condemnation against the dictator's abuses, and also of requests and investigations of a humanitarian nature. In this sense, an international organization expressly identified as such, the League of Nations, is portrayed as conducting efforts of this kind, as when it conducted in the novel visits and requests, when it tried to find out if children who had been forced to favor the

²⁷ According to this Principle, "The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law."

²⁸ For Tolstoy, "superior" art has is capable of clearly transmitting the feelings experienced by authors that they desire to transmit –that being said, I argue that it may happen that readers "experience" feelings not experienced or even considered by the author of a book when writing it. The is argued in: Leo Tolstoy, *What is Art?*, Penguin Classics, 1996. Concerning this idea, it has been said that for Tolstoy "[t]he work of art is the vehicle by means of which something that is not the work of art, namely the datum, is delivered to a receiver or consumer", as explained in: T. J. Diffey, *Tolstoy's 'What is Art?'*, Routledge, 2016.

²⁹ International Criminal Court, Case Information Sheet on: Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Omar Hasan Ahmad Al Bashir*, ICC-PIDS-CIS-SUD-02-005/17_Eng, 6 April 2017 (last update), available at < www.icc-cpi.int/darfur/albashir/Documents/AlBashirEng.pdf > (last visit: 13 April 2018).

³⁰ Regarding this, it has been said, for instance, that "A work is interpreted as answering questions posed by this horizon of expectations, and a reader of the 1990s approaches *Hamlet* with expectations different from those of a contemporary of Shakespeare", as mentioned in: Jonathan Culler, op. cit., at 64.

³¹ In that novel, the Dominican Republic's dictator complains about "economic sanctions by the OAS" and initiatives by Rómulo Betancourt. See: Mario Vargas Llosa, *The Feast of the Goat*, Faber and Faber, 2012.

dictator in the lottery had been kidnapped, and when it asked for clemency and requested that the death penalty were not implemented against two individuals. Such efforts, portrayed in the book, can also help to legitimize and explain the importance of initiatives of international human rights supervisory bodies such as *in loco* visits, recommendations and orders they issue to states, reports and investigations they conduct, and so can help to offset the allegations that such actions are (supposedly) contrary to sovereignty and the principle of non-intervention –which they are not if they respect the prohibition of the use of force, since sovereignty requires observing international standards,³² human rights ones included; and non-intervention only protects from interference in issues in which states have a –sovereign— freedom of choice,³³ and it is unlawful for states and their authorities to “choose” to violate human rights. Thus, in the face of states that attempt to rely on a perverted interpretation of the aforementioned principles while ignoring competing ones,³⁴ readers can get a sense of why licit international human rights supervision is important and can often be crucial, as was the case with the Inter-American Commission on Human Rights’ decisive action against abuses of the Argentinian dictatorship and the exposition of abuses in other states in the American region.³⁵

That being said, the book does raise the question of the ineffectiveness of international action when local authorities are strong enough and staunchly refuse to acknowledge their responsibility and ensuing obligations –which include cessation, providing guarantees of non-repetition and reparations, among others.³⁶ This happens when it is narrated that the dictator:

“[R]emained in the hammock alone and absorbed, insensitive to the pleas for mercy from all over the world, on the radio he heard the sterile debate at the League of Nations, he heard insults from some neighboring countries and some distant support, he listened with equal attention to the timid reasons of the ministers in favor of clemency [...] he refused to see the apostolic nuncio with a personal message from the Pope in which he expressed his pastoral concern for the fate of two errant members of the flock [...] and lastly he ordered that the brothers Mauricio and Gumaro

³² Georg Nolte has well written about “sovereignty simply as the liberty of a state within the limits of international law”, as flows from case law and international legal considerations. See: Georg Nolte, “Sovereignty as Responsibility?”, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 99, 2005, at 389.

³³ Antonio Remiro Brotons et al., *Derecho internacional*, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 143-144 (“La intervención prohibida debe, pues, recaer sobre materias respecto de las cuales el principio de soberanía de los Estados permite a cada uno de ellos decidir libremente”).

³⁴ Myres S. McDougal and Harold D. Lasswell, “The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order”, *American Journal of International Law*, Vol. 53, 1959, pp. 3-5.

³⁵ Bertha Santoscoy, “Las visitas *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, in *Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Vol. 1, Inter-American Court of Human Rights, 2003, at available pp. 618, 621, 624.

³⁶ See articles 30 and 31 of the articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts adopted by the International Law Commission in 2001; Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, paragraph IX.18.

Ponce de León be executed just as soon as my supreme and unappealable decision is known, but not at the execution wall, as had been called for, but under the punishment that had fallen into disuse, that of being quartered by horses and their parts exposed to public indignation and horror in the most visible places of his measureless realm of gloom”³⁷ (emphasis added).

In conjunction with the feelings of reaction against impunity and the abuses that strongmen make, that can be triggered when reading the novel, the sobering effect of ascertaining how both in the story and in real life justice initiatives sometimes come to nothing and are ineffective, eluded or laughed at, can be disillusioning. In this sense, for instance, international institutions and civil society have decried both the lack of progress in proceedings and legal action against alleged war criminals and the actual or intended withdrawal of states from the Rome Statute of the International Criminal Court.³⁸ Regretfully, such perceived ineffectiveness and local action against international attempts to bring about justice can also be echoed by others and generate a domino effect of rejection, there being examples as Burundi’s withdrawal from the aforementioned Statute or Venezuela’s (and almost Peru’s) withdrawal³⁹ from the American Convention on Human Rights. That being said, such episodes in no way should encourage giving up on international efforts. After all, law also has an expressive –or symbolic– effect,⁴⁰ which entails the sending messages to society at large and to stakeholders, with the aim of raising awareness, shaping social attitudes, and promoting change. Likewise, NGOs and other actors, states included, often engage in the shaming of perceived abusers.⁴¹ Such pressure must persist in the face of opposition by alleged perpetrators, and can generate conscience in local societies and also increase actions as boycotts or else by other participants and actors in the international society, who are not necessarily limited to formal subjects of international law.⁴² Interestingly, literary pieces also serve, along with reports, to bring about this shaming, either generally or in specific cases, and can sometimes bring about more transmissions of concern and feelings, thanks to their being artistic channels, than some technical reports can, thus complementing them.

Novels as *Autumn of the Patriarch* can also highlight local or regional customary or treaty norms that are not present in general international law or

³⁷ Gabriel García Márquez, op. cit., pp. 193-195.

³⁸ International Criminal Court, “ICC Statement on The Philippines’ notice of withdrawal: State participation in Rome Statute system essential to international rule of law”, 20 March 2018; Coalition for the International Criminal Court, “Civil society welcomes Burundi ICC investigation”, 9 November 2017.

³⁹ Inter-American Commission on Human Rights, “IACHR Deeply Concerned over Result of Venezuela’s Denunciation of the American Convention”, Press Release, 10 September 2013.

⁴⁰ Alex Geisinger and Michael Ashley Stein, “A Theory of Expressive International Law”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 60, 2000; Richard H. McAdams, *The Expressive Powers of Law: Theories and Limits*, Harvard University Press, 2015.

⁴¹ Thomas Buergenthal, “The Evolving International Human Rights System”, *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, at 807.

⁴² Rosalyn Higgins, op. cit., pp. 49-50.

elsewhere, and so can be illustrative for readers from outside the respective region as to both their content and underlying rationale. In regard to this, the novel under discussion does refer to the regional regulation of diplomatic asylum, unique to the Americas, and identified by the International Court of Justice in the Colombian-Peruvian asylum and Haya de la Torre cases.⁴³ This happens when another abuse against international law and human dignity is depicted, specifically when one of the regime's agents refers to:

“[T]he apparatus of terror of a bloodthirsty civilian who had been punished by the blind justice of the mob, for there was José Ignacio Saenz de la Barra, beaten to a pulp, hanging by his feet from a lamppost on the main square with his own genitals stuck in his mouth, just as you had foreseen general sir when you gave us orders to cordon off the streets to the embassies to stop him from seeking asylum”.⁴⁴

The previous passage, of course, only succinctly refers to diplomatic asylum, and can make some readers, with or without an international legal background, feel curious enough to research on it and how that institution, with political origins,⁴⁵ is to my mind explained by the many dictatorships and coups d'état that took place in Latin America during the Cold War –and before. Still, even if the story had been set elsewhere, due to the inviolability of diplomatic facilities –which the Assange case has reminded the whole world about—,⁴⁶ forbidding someone from obtaining protection, in the knowledge that the individual in question was at risk, could likewise entail a breach of the obligation to prevent attacks against someone under a state's jurisdiction, which is one of the duties that the obligation to ensure human rights generates.⁴⁷ Passages as the one quoted above could thus also trigger education and also sensibilization as to the content and logic of international norms on the protection of human dignity.

3.2. The omnipresent threat of illicit foreign intervention and political hypocrisy in García Márquez's novel

In addition to portraying aspects related to *erga omnes* obligations tied to humanitarian concerns, the book also addresses episodes that are relevant from

⁴³ International Court of Justice, *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950* : I.C. J. Reports 1950, p. 266; *Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951* : I.C.J. Reports 1951, p. 71.

⁴⁴ Gabriel García Márquez, op. cit., at 225.

⁴⁵ Nelson Iriñiz Casás, “Views of a Delegate to the 1961 Vienna Conference”, in Paul Behrens (ed.), *Diplomatic Law in a New Millennium*, Oxford University Press, 2017, at 51; Antonio Remiro Brotons et al., op. cit., at 66.

⁴⁶ Paul Behrens, “Diplomatic Law Today: Has the Vienna Convention Met Its Expectations?”, in Paul Behrens (ed.), *Diplomatic Law in a New Millennium*, Oxford University Press, 2017, at 371.

⁴⁷ I/A Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits. Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4, para. 166; I/A Court H.R., Case of González et al. (“Cotton Field”) v. Mexico. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 16, 2009. Series C No. 205, paras. 252, 463, 474.

the point of view of inter-state and international affairs in relation to norms protecting coexistence and cooperation.⁴⁸ In regards to this, on the one hand the narration could be seen to suggest, as some liberal international relations theories do, that illiberal authorities and states tend to endanger international peace and peaceful coexistence more frequently in some events⁴⁹ –albeit democracies have fostered chaos due to their interventions, undoubtedly. Yet, the book also refers to episode of foreign actions against the unnamed Latin American republic in ways that would be nowadays regarded as contrary to the prohibition of the use of force in light of United Nations pronouncements, as those of a High Level panel, on the doctrine of responsibility to protect and the so-called humanitarian intervention.⁵⁰ Both visions are complementary, and are especially important for chauvinistic readers, making them think about how gross violations cannot be shielded under the aegis of non-intervention and also about the actions of foreign powers with double standards that decry only some breaches of non-intervention and ignore others, and illustrating about the position of societies in some developing countries, which can be portrayed in an easier way through artistic expressions as those found in this novel.

Regarding foreign abuses found in the novel, a conspicuous one is that of forbidden intervention. While not applicable to the facts of the novel in light of intertemporality considerations,⁵¹ United Nations General Assembly 2625 (XXV) is nonetheless relevant insofar as it permits an interpretation of past facts through the lens of current sensibilities, and also permits to consider the narrated facts as a case study. In the aforementioned resolution, entitled “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations”, it is stated that the principle of non-intervention in the matters falling within the jurisdiction of states forbids direct or indirect threats and interference in sovereign affairs, including the prohibition of armed attempts at regime changes. The resolution also mentions that disputes must be settled peacefully. In contrast to such lofty standards, a “punitive expedition of the British fleet” takes place in the novel, during which “Commander Kitchener told [...] pointing to the body you see, general, that’s what happens to those who raise their hands against their fathers, don’t forget it when you’re in your own kingdom”,⁵² depicting an imperialist mindset of domination and superiority of some countries that begets in those with such conception feelings of entitlement to intervene –this is a narrative that many among Latin American inhabitants

⁴⁸ Richard J. Barnet, “Review: Coexistence and Cooperation in International Law”, *World Politics*, Vol. 18, 1965, pp. 85-86.

⁴⁹ Anne-Marie Slaughter and Thomas Hale, “International Relations, Principal Theories”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2013.

⁵⁰ Kevin Jon Heller, “The Coming Attack on Syria Will Be Unlawful”, *Opinio Juris*, 12 April 2018; High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, *A more secure world: Our shared responsibility*, United Nations, 2004, paras. 12, 36, 55, 201-203, 232; “China says Syrian strikes violate international law, urges dialogue”, *Reuters*, 14 April 2018.

⁵¹ Markus Kotzur, “Intertemporal Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008.

⁵² Gabriel García Márquez, *op. cit.*, at 239.

believe more powerful states have towards them. Likewise, an episode of intervention contrary to the principle indicated above takes place in the novel when:

“General Rodrigo de Aguilar had succeeded in establishing another system of power within the power as widespread and as fruitful as mine, and not content with that in the shadows he had set up the mutiny of the Conde barracks with the complicity and unreserved assistance of Ambassador Norton, his buddy in matters of Dutch whores, his fencing master, the one who had smuggled in the ammunition in barrels of Norwegian cod under the protection of diplomatic immunity while he would use balm on me at the domino table with the incense candles saying there was no government more friendly [...] they didn’t resign themselves to failure but had ended up conceiving the perfect coup”⁵³ (emphasis added).

In addition to non-intervention related to regime change-attempts and pressure or coercion against weaker states, a discussion of the abuse of rights⁵⁴ to diplomatic inviolability also merits consideration. In regard to this, articles 27 and 40 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations adopted in 1961, which entered into force in 1964, are pertinent. First, perhaps aware of real episodes in which diplomatic inviolability was discussed, the author of the novel does have a point, insofar as article 27 of the Convention in question refers to how “[t]he official correspondence of the mission shall be inviolable”, and how the “diplomatic bag shall not be opened or detained”. Concerning this, the fact that ammunition was *in fact* smuggled in the episode quoted above hints to said inviolability having been respected by the authoritarian regime controlling the unnamed state. Yet, doubt lingers as to how such information was obtained: by defection, confession, an actual breach of correspondence inviolability? While this is not expressly clarified, if the latter option were the one to have taken place, then international law would have been breached by the dictator’s regime. Third states through which diplomatic correspondence moved would also be under an obligation to respect inviolability, as article 40 of the Convention stipulates.

On the other hand, insofar as the inviolability of courier would have been taken advantage of by Norwegian agents in the novel in order to facilitate the acquisition of instruments aimed at facilitating regime change by agents opposing the dictator, arming them, at first glance it would seem that the principle of non-intervention would have been violated by those agents, and so an abuse of rights relying on inviolability and the protection it grants from interference would have taken place –as happens when, for example, cocaine is trafficked in some diplomatic bags—,⁵⁵ since, as indicated above, indirect intervention through other actors is also forbidden. This, of course, can raise

⁵³ Ibid., at 115.

⁵⁴ Michael Byers, “Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age”, *McGill Law Journal*, Vol. 47, 2002.

⁵⁵ Nelson Irñiz Casás, op. cit., at 51.

questions in readers as to the wisdom of the prohibition of intervention in cases as the one portrayed in García Márquez's novel.

One first explanation is that the prohibition under examination serves coexistence, insofar as permission of intervention when questionable authorities (which abound in the world) are present could risk destabilizing relations and trigger escalations, retaliations and chaos in foreign affairs. As a counterpoint to the objective of stability in international relations,⁵⁶ some can point towards legitimacy and the necessity of protecting local populations as motivations of the agents that smuggled ammunition. Yet, while some consider (myself included) that countermeasures implemented by non-victims are permissible, and may include certain actions against states who breach *erga omnes* obligations as such and individuals connected to them in a pertinent and sufficient way,⁵⁷ such countermeasures cannot entail the use of force, as reminded in article 50 of the International Law Commission's articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, which indicates that countermeasures shall not affect the "obligation to refrain from the threat or use of force", human rights and humanitarian obligations, and peremptory obligations. Thus, current *lex lata* seeks to strike a balance between stability, as discussed above, and legitimacy and protection arguments, by permitting certain non-armed initiatives or armed measures that are authorized by the Security Council.⁵⁸ That being said, readers can find this state of affairs unsatisfactory –or agree with it–, and the discussions prompted by thinking about issues as the one being discussed can be enriching, generating interest in international law and permitting voices different from the traditional ones joining the discussion, which is important because law affects many, even those unaware of it; and it is important for lawyers to be aware of different interpretations and positions, especially those not conditioned by professional (de-?)formation, and of human experience in terms of how human beings are affected by defective law, certain interpretations and the lack of implementation of protective norms. As Andrea Bianchi has mentioned, this juxtaposes law *as* literature (concerned with similarities between those fields) with law *in* literature, which can help lawyers to "develop a more humane understanding of their discipline and practice if they were to become acquainted with [...] literary works."⁵⁹

Also related to intervention, the novel narrates how sometimes arguments of foreign powers framed in terms of humanitarian intervention and alleged concern for the wellbeing of local populations conceal the intention to increase influence and seize power or resources. This has actually been a common complaint and narrative in some Latin American and other circles,⁶⁰ which may perhaps be ignored by some readers of the so-called Global North. *El otoño del*

⁵⁶ Antonio Remiro Brotons et al., op. cit., pp. 66, 103, 106, 171, 1246, 1264, 1292,

⁵⁷ Alexandra Hofer, "The 'Curiouser and Curiouser' Legal Nature of Non-UN Sanctions: The Case of the US Sanctions against Russia", *Journal of Conflict & Security Law*, 2018, pp. 3-4, 12, 18, 22-23, 25-26, 29-30.

⁵⁸ High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, op. cit., para. 55.

⁵⁹ Andrea Bianchi, op. Cit., at 288.

⁶⁰ Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI, 2008.

patriarca does refer to this idea when it tells how, in connection with long-standing and constant foreign aims of intervening and taking possession of the territorial waters:⁶¹

“[T]he new ambassador Fischer [...] proposed to me to disclose the existence of a plague of yellow fever in order to justify a landing of marines in accordance with the mutual assistance treaty for as many years as would be necessary”.⁶²

As with the discussion on courier and correspondence inviolability, again we see a common thread underlying certain episodes in the novel penned by García Márquez, namely clandestine operations, concealed intentions and abuses of rights perpetrated by foreign powers who want to further their own interests, depicting a realist conception in which national interests reign supreme in foreign affairs.⁶³ Law is not central here, but rather its manipulation or intentional dismissal in certain affairs is. That being said, an argument raised by authors as Antonio Remiro Brotons, in the sense that even those powers that breach law pay lip service to it and desire to preserve a reputation as international law-observing –lest others misbehave towards them and their interests in return— is confirmed.⁶⁴ This is because in the two episodes just discussed states invoke international law instead of claiming that it is irrelevant or useless –even when subverting its spirit.

Finally, among other examples, it is perhaps necessary to address (another) a real-life scenario that took place in Latin America in the past –one which, actually, was not originally contrary to international law and was a symptom of the problems of the permission of the use of force in international relations, in spite of the suffering caused to local populations: the so-called gunboat diplomacy –in Spanish it has a term of its own, demonstrating how it was suffered by Latin American countries: *la diplomacia del cañón*.⁶⁵ This expression refers to the policy that some foreign powers had of attacking coastal or other populations, for instance in Venezuela, in order to exert pressure on the respective regime and “persuade” it to pay its outstanding debts towards foreigners –both natural and legal persons. Concerning this, in the Autumn of the Patriarch it is mentioned that when a:

“[M]oratorium was declared on the obligation contracted from the bankers of Hamburg, the German fleet had blockaded the port, an

⁶¹ Gabriel García Márquez, op. cit., pp. 99, 188, 210, 233.

⁶² Ibid., at 230.

⁶³ Anne-Marie Slaughter and Thomas Hale, op. cit.

⁶⁴ Antonio Remiro Brotons et al., op. cit., pp. 50, 55.

⁶⁵ O. Thomas Johnson Jr. and Jonathan Gimblett, “From Gunboats to BITs: The evolution of modern international investment law”, *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, at 652.

English warship had bred a warning shot that opened a breach in the cathedral tower”.⁶⁶

This is an interesting part of the book, because it actually tells about things that actually happened in Latin America and the conduction of foreign affairs, showing how literature also serves to remind about such (dark) episodes and their impact, lest history becomes “whitewashed” and only the dominion of the victors –thus, it preserves memory, not necessarily in accurate terms but also in relation to how things were perceived. As to the impact of the conduct in question, it is telling that the harm caused to a religious building is narrated, because such goods are protected under international humanitarian law as civilian objects,⁶⁷ and the contemporary contours of such law exist since the 19th Century.⁶⁸ Sadly, such episodes constantly occur in our days, whenever hospitals, religious buildings, schools and other civilian persons and goods are harmed during attacks,⁶⁹ sometimes in contravention of the principles of discrimination during attacks, precaution and proportionality, apart from human rights standards also being violated –but even if in some rare instances the law is not violated, the situation is tragic and humans suffer, reason why *lex ferenda* or ethical questioning can be made by readers. Literature, in episodes as this, can also make readers think about such suffering and injustice, and generate condemnations against actions and attacks as those narrated in the novel –both by the very author of a text and/or readers, who are made aware not only of the “cold” facts but also of the human experience during them.

633

3.3. The disregard of the law of peoples in inter-state affairs by one authoritarian regime, as narrated in the Autumn of the Patriarch

As to the abuses perpetrated by the novel’s dictatorship in the international relations sphere, epitomizing the lack of scruples of authoritarian regimes and how often they observe international law only if and when it suits them, paying it lip service at best, in a dynamic of mere coincidence with what its norms say,⁷⁰ different episodes can be particularly illustrating.

Firstly, echoing cases that have led to debates on issues as the *male captus, bene detentus* doctrine or the breach of territorial integrity through extraterritorial action as detention –in which states as Israel and Colombia have

⁶⁶ Gabriel García Márquez, op. cit., at 211.

⁶⁷ Article 52 of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I); article 16 of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II).

⁶⁸ Amanda Alexander, “A Short History of International Humanitarian Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 26, 2015, at 112.

⁶⁹ See, for example: “Kunduz hospital attack: MSF’s questions remain as US military seeks no charges”, *The Guardian*, 29 April 2016.

⁷⁰ Harold Hongju Koh, “Why Do Nations Obey International Law?”, *The Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997, at 2600.

been involved, in cases involving Eichmann and FARC members—,⁷¹ The Autumn of the Patriarch includes the narration of how the nameless dictator, obsessed with Leticia Nazareno, a woman who lived abroad, ordered an unlawful extraterritorial operation that entailed her kidnapping abroad (“she had been kidnapped from Jamaica inside a crate of party crystal to be placed upon her throne as wife of a hidden president”).⁷² In addition to violating territorial integrity, that action also outrageously violated the human right to personal liberty⁷³ —and thus also epitomizes problems as those discussed in section 2.1, *supra*. About the operation that victimized Leticia Nazareno, the book says that “security services [kidnapped] her from the convent in Jamaica, gagged and in a strait jacket inside a pine box with metal hoops and black letters saying fragile”.⁷⁴ Needless to say, breaches and affectations of territorial integrity risk serious disruptions to peaceful international relations, as attested by a case in which Ecuador and Colombia were involved.⁷⁵ Even some those who consider that self-defense against non-state actors ought to be permitted *de lege ferenda* or can already take place abroad when the respective state in which those actors are found is unwilling or unable to protect a third state against them,⁷⁶ acknowledge that bilateral or multilateral relations can be strained as a result of the alleged self-defense operations, be them lawful or not.

Apart from the previous extraterritorial abuse, the book also deals with another misbehavior that has also occurred in international practice, namely negligence towards diplomatic personnel and facilities when the former face a risk of attack by third parties. The very International Court of Justice addressed this problem in its case on the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, in which the Court noted that:

“Iran was placed under the most categorical obligations, as a receiving State, to take appropriate steps to ensure the protection of the United States Embassy and Consulates, their staffs, their archives, their means of communication and the freedom of movement of the members of their staff [...] the Iranian Government failed altogether to take any “appropriate steps” to protect the premises, staff and archives of the United States’ mission against attack by the militants, and to take any steps either to

⁷¹ Antonio Remiro Brotóns et al., *op. cit.*, pp. 129, 132.

⁷² Gabriel García Márquez, *op. cit.*, at 43.

⁷³ See articles 7 of the American Convention on Human Rights and 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights, among others.

⁷⁴ Gabriel García Márquez, *op. cit.*, at 151.

⁷⁵ Tatiana Waisberg, “Colombia’s Use of Force in Ecuador Against a Terrorist Organization: International Law and the Use of Force Against Non-State Actors”, *ASIL Insights*, 2008.

⁷⁶ *Ibid.*; Elena Chachko and Ashley Deeks, “Who is on Board with “Unwilling or Unable?””, *Lawfare*, 10 October 2016, available at <www.lawfareblog.com/who-board-unwilling-or-unable> (last visit: 16 April 2018); Madeline Holmqvist Skantz, *The Unwilling or Unable Doctrine – The Right to Use Extraterritorial Self-Defense Against Non-State Actors*, Thesis, Stockholm University, 2017, pp. 1, 17, 49, 70-71, available at <www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1134709/FULLTEXT02.pdf> (last visit: 16 April 2018).

prevent this attack or to stop it before it reached its completion”, and by doing so breached general international law.⁷⁷

Likewise, article 22 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations states that “The receiving State is under a special duty to take all appropriate steps to protect the premises of the mission against any intrusion or damage and to prevent any disturbance of the peace of the mission or impairment of its dignity”.

Contrary to the aforementioned duties, the dictator’s omission and conduct also would have engaged the responsibility of the state it so cruelly and harshly controlled, when after the Vatican’s refusal to declare his mother as a saint, and when the respective Apostolic Nunciature –which has diplomatic functions—⁷⁸ faced imminent attacks, the dictator:

“[G]ave no orders, but the forces of public order remained aloof when the mobs of hired fanatics stormed the palace of the Apostolic Nunciature, sacked its museum of historic relics, surprised the nuncio taking his siesta outdoors in the peaceful backwaters of the inner garden, dragged him naked onto the street [...] but the forces of public order did not intervene when hordes of indignant pilgrims built bonfires on the main square with the large wooden doors of the cathedral and broke the stained-glass windows with angels and gladiators of the Apostolic Nunciature with stones, they demolished everything general sir, but he didn’t move from the hammock [...] they sacked churches, mission houses, they destroyed everything that had to do with priests general sir”.⁷⁹

635

As with the kidnapping episode, this one also entails human rights abuses, in this case against religious persons who, like everyone else, have a right to be protected from private and public abuses by the states whose jurisdiction they are subject.⁸⁰ Moreover, apart from the omission of the protection the state was obliged to provide, the text suggests that the attacks were actually directed by state agents, and in such event rather than speaking of a failure to protect, we would directly attribute the abuse to the state as such, if it gave specific instructions to carry the attacks that took place, in accordance with international case law and norms⁸¹ –this discussion can be explored, among others, in case study teaching method sessions. Thus, this analysis permits to also educate on the specific wrongful act to be attributed to a state or to another actor, depending on the specific circumstances, helping to develop casuistry analysis in

⁷⁷ International Court of Justice, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment*, I.C.J. Reports 1980, p. 3, paras. 61-63.

⁷⁸ Marek St. Korowicz, *Introduction to International Law: Present Conceptions of International Law In Theory And Practice*, Springer-Science+Business Media, B.V., 1959, at 272.

⁷⁹ Gabriel García Márquez, op. cit., pp. 134, 148.

⁸⁰ I/A Court H.R., *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Merits. Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4, para. 172.

⁸¹ International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, 2001, article 8, and paras. 4 and 8 of the commentary to article 8.

an entertaining or graphic way for students and others, thanks to the captivating dynamics of stories. Curiously, aside from this, the aforementioned Vatican refusal also led to the “decree [of] a state of war [...] declared between this nation and the powers of the Holy See with all the consequences which international law and all extant international treaties” entail.⁸² The Holy See is actually one of the subjects of international law, and this legal system is expressly referred to, which may make readers curious about finding out more on what it is and requires, and about what international law actually permits during armed conflicts, instead of what autocrats may *think* it permits. Literature can thus trigger curiosity and be a complementary material to develop legal interpretation skills when used for this purpose.

4. Conclusions

Law and literature studies can be equally helpful for both lawyers and non-lawyers alike since, after all, *both* are living in a world with regulations and have the right to critically think about them: literature can also help to develop skills related to the identification of legal issues already addressed by law or deserving such attention, and also of the interplay between international law and international politics and relations; be engaging material that, due to human fascination with storytelling –studied even by neuroscience, and related to empathy arousal and imagination, among others—,⁸³ facilitates education on legal developments, legal thinking, critical analysis of law, and the identification of human, environmental or other problems and the interests at stake, including those of those traditionally excluded and disadvantaged persons in contemporary society; and permits to think about developing issues and future developments that can take place if certain trends are maintained –this can be done even through dystopian and science-fiction texts, especially if there is a suspension of disbelief⁸⁴ and, as happens e.g. in Mary Shelley’s *Frankenstein*, bioethical, scientific and other dilemmas that are relevant are considered. Additionally, the explanation of why we have certain norms can be explained through literature that explores the relevant human problems and past gaps, as happens in Philippe Sands’s *East West Street*.⁸⁵

Nobel laureate García Márquez’s *Autumn of the Patriarch* is not an easy book to read. The stream of consciousness technique, along with the absence of sections and the nonstop narration make this so. Notwithstanding, it is a fascinating read, and this book presents grisly episodes that transmit the seriousness of the abuses perpetrated by the unnamed Latin American dictator to readers, while also conveying the problems of intervention of foreign powers and their attempts to impose conditions and burdens on weaker and smaller states

⁸² Gabriel García Márquez, op. cit., at 148.

⁸³ Adam Gopnik, “Can Science Explain Why We Tell Stories?”, *The New Yorker*, 18 May 2012; Jessica Stillman, “This Is Your Brain on Good Storytelling”, *Inc.*, 12 November 2014.

⁸⁴ William Safire, “Suspension of Disbelief”, *The New York Times*, 7 October 2007.

⁸⁵ Lisa Appignanesi, “East West Street by Philippe Sands review – putting genocide into words”, *The Guardian*, 22 May 2016.

and benefit from their resources. Sadly, both aspects have taken place historically, as argued above in relation to the ‘gunboat diplomacy’ episode and others. Logically, this reading in itself can raise awareness of the problems of Latin American-style dictatorships and authoritarian regimes and, additionally, generate empathy if readers imagine themselves as witnesses or the targets of the abuses that are narrated in this extraordinary novel.

But in addition to this, reading the book through the lens of international legal questions can prove quite fruitful and enriching, revealing a “hidden” layer of signifiers and signifiants related to the realm of international regulation, which can thus be critiqued and appreciated. It can help to lend to support for initiatives as those of judge Baltasar Garzón against Pinochet, in light of the sense of impotence and injustice of the unnamed dictator’s abuses; it can also be read as highlighting the importance of the rule of law and division of powers, aspects recently discussed in reports of the Inter-American Commission on Human Rights⁸⁶ and of international protection from domestic abuses; it can also make readers feel curious, and so learn about, why there is diplomatic immunity and inviolability, based on the importance of the peaceful coexistence of states that, however, cannot be abused lest a wrongful act is generated by the abusing power; it also serves to prompt discussions on international institutions, non-intervention, licit protection, and else. If this alone is fulfilled, a great deal will be achieved, considering how education is so important to increase the likelihood of international law being effectively observed and engaged with, as has been said in relation to international humanitarian law, especially if readers come to believe in the “fairness” of international norms.⁸⁷ Apart from this, the law and literature reading of the book can also highlight contemporary shortcomings of international law, in relation to effectiveness and legitimacy aspects, and thus trigger creative, out-of-the-box proposals that lawyers exclusively exposed to the “black letter of the law” may miss.

⁸⁶ United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human rights violations and abuses in the context of protests in the Bolivarian Republic of Venezuela from 1 April to 31 July 2017*, pp. ii, 4, available at <www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCReportVenezuela_1April-31July2017_EN.pdf> (last visit: 13 April 2018); Inter-American Commission on Human Rights, *Situation of Human Rights in Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 209, 31 December 2017, paras. 39, 190.

⁸⁷ See footnote 9, supra; Harold Hongju Koh, op. cit., at 2601.

A new (and questionable) institute to guarantee the right of access to the high seas: the Junction Area established in Croatian territorial sea

di Marcella Ferri

Abstract: *Un nuovo (e discutibile) istituto volto a garantire il diritto di accesso all'alto mare: la Junction Area creata nel mare territoriale croato* – This paper analyses the Junction Area created by the Arbitral Tribunal which, in June 2017, released its Final Award on the territorial and maritime dispute between Croatia and Slovenia. Although the Area is established in Croatian territorial sea, all ships and aircraft passing through this zone to go to or come from Slovenia, enjoy some freedoms of communications which are «exercisable as if they were high seas freedoms exercisable in an exclusive economic zone». Firstly, this Junction Area is analysed as an institute aiming to guarantee Slovenia's right of access to and from the high seas: it represents a crucial innovation within the regime of states, such as land-locked and geographically disadvantaged states, having a limited access to the sea, and it might have some meaningful consequences in their future discipline. Secondly, the comparison between the Junction Area and other institutes of the international law of the sea consents to point out some shortcomings of the zone created by the Arbitral Tribunal. As the discipline of the exclusive economic zone represents the main element characterising the regime of this Area, the freedoms of communication recognised within this zone go significantly beyond what is strictly necessary to assure communication between Slovenia's territorial waters and the high seas, and this results in some meaningful restrictions on Croatia's sovereignty.

639

Keywords: Right of access to and from the sea; Geographically disadvantaged States; High seas corridors; Junction Area; Croatia v. Slovenia arbitration.

1. Introduction

On 29 June 2017, an Arbitral Tribunal released its Final Award on the territorial and maritime dispute between Croatia and Slovenia, putting an end to a long-lasting controversy which started after the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia.¹ The questions at issue concern two different

¹ *Croatia v. Slovenia*, PCA Case Repository 2012-04, Final Award, (Perm. Ct. Arb. 29 June 2017). For an historical background of the dispute see, among others, G. H. Blake, D. Topalović (eds.), *The Maritime Boundaries of the Adriatic Sea*, 1 *Maritime Briefing* 8, 1996, 19 ff., available at www.dur.ac.uk/ibru/publications/download/?id=231; M. Avbelj, L. C. Jernej, *The Conundrum of the Piran Bay: Slovenia v. Croatia - The Case of Maritime Delimitation*, in 5 *The University of Pennsylvania Journal of International Law and Policy* 2, 2007, 1-19, available at ssrn.com/abstract=990183; T. Scovazzi, *Recent Developments as Regards Maritime Delimitation in The Adriatic Sea*, in R. Lagoni, D. Vignes (eds.), *Maritime Delimitation*, Leiden, 2006, 197; V. Sancin, *Slovenia-Croatia Border Dispute: From »Drnovšek-Račan« to »Pahor-*

aspects: the maritime and land boundary between Croatia and Slovenia, and in particular the status of the Bay of Piran, and the establishment of a Junction Area aiming to assure Slovenia's right of access to and from the high seas. After several useless attempts to solve the controversy, in November 2009, the parties signed an Arbitration Agreement under the auspices of the European Union. According to Article 3 of the Agreement, the Arbitral Tribunal was tasked with defining a) the land and maritime boundary between Croatia and Slovenia, b) Slovenia's junction to the high seas, and c) the regime for the use of the relevant maritime areas. The Tribunal was requested to decide the first question according to the «rules and the principles of international law»; instead, the second and third aspects had to be determined by applying «international law, equity and the principle of good neighbourly relations in order to achieve a fair and just result».²

The controversial resolution was particularly troubled because in July 2015 Serbian and Croatian newspapers reported the transcriptions of two telephone conversations between Dr. Sekolec, the arbitrator appointed by Slovenia, and Ms. Drenik, one of the Slovenian agents before the Tribunal; these conversations aimed to disclose some confidential information and discuss the best strategy to influence the other arbitrators in favour of Slovenia. Following the reported *ex parte* communications, both Dr. Sekolec and Ms. Drenik resigned, and Slovenia was invited to appoint another arbitrator. Unsurprisingly, this event has significantly affected the proceedings: in July 2015, Croatia declared that, following the violation of the Arbitral Agreement committed by Slovenia, it would cease to apply the Agreement and take part in the proceedings. Due to Slovenia's objection, the recomposed Tribunal had to decide whether Croatia was entitled to terminate the Arbitration Agreement, in accordance with Article 60, para. 1, of the Vienna Convention on the Law of Treaties. On 30 June 2016, the Tribunal released a Partial Award and stated that, although Slovenia breached the Arbitration Agreement, this violation did not defeat the object and purpose of the Agreement, and so it would not «render[ed] the continuation of the proceedings impossible» under Article 60, para. 1, of the Vienna Convention.³ Indeed, according to the Tribunal, there were not any doubt about the independence and impartiality of the recomposed Tribunal; moreover, this latter

Kosor« Agreement, in 2 *European Perspectives* 2, 2010, 93-111; T. Bickl, *Reconstructing the Intractable: The Croatia-Slovenia Border Dispute and Its Implications for EU Enlargement*, in 54 *Croatian Political Science Review*, 4, 2017, 7-39, see in particular 11 ff.

² See Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia, 4 November 2009, Articles 3 and 4; available at pcacases.com/web/sendAttach/2165.

³ As regards the independence and impartiality of arbitrators see, *inter alia*, F. Bestagno, *Diritti, doveri e responsabilità degli arbitri* in C. Consolo, L. G. Radicati di Brozolo, M. V. Benedettelli, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, 751-758; S. D. Franck, *The Role of International Arbitrators* in 12 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 2, 2005-2006, 499-521; Y. Tanaka, *The Peaceful Settlement of International Disputes*, Cambridge, 2018, 105 ff.; some specific references to the breach of independence and impartiality in the arbitration between Slovenia and Croatia can be found at 112.

carefully reviewed its records, and communicated to the parties the only documents previously submitted to the Tribunal by Dr. Sekolec in collaboration with Ms. Drenik.⁴ Despite this decision, Croatia continued not to take part in the proceedings and has not implemented the Final Award of June 2017. This paper will not discuss the rejection of an Arbitral Award by one of the parties,⁵ but it will be focused on the substance of the decision, and in particular on the regime established by the Tribunal in the Junction Area.

Unlike the delimitation of land and maritime boundaries and the qualification of the Bay of Piran, in relation to which the Tribunal applied the traditional criteria elaborated in international case-law on land and maritime controversies,⁶ the establishment of the Junction Area puts forward some new and interesting aspects.⁷ The meaningful side of the Award lies in two different elements. First, the institute of the Junction Area which, while having some features in common with other institutes of the international law of the sea, represents quite a *unicum*, and indeed it is characterised by a *sui generis* regime. Second, the freedoms of communication recognised to vessels and aircraft passing through the Area to go to or come from Slovenia; these freedoms aim to assure the effectiveness of the right to access to and from the high seas and their recognition can have some meaningful implications for the never-ending issue of states having limited or no access to the sea.⁸ In the light of this, the analysis of

⁴ *Croatia v. Slovenia*, PCA Case Repository 2012-04, Partial Award (Perm. Ct. Arb. 30 June 2016). As regards this Award, cf. among others, M. Ilić, *Croatia v. Slovenia: the Defiled Proceedings*, in 9 *Arbitration Law Review* 347, 2017, available at library.law.psu.edu/arbitrationlawreview/vol9/iss1/11/.

⁵ As for the compliance with arbitral decisions see, *inter alia*, A. Huneeus, *Compliance with International Court Judgments and Decisions*, in C. Romano, K. Alter, Y. Shany (eds.), *Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, 2014, 437-463; S. Rosenne, *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards*, Leiden, Boston, 2007; H. D. Phan, L. Nguyen, *The South China Sea Arbitration: Bindingness, Finality, and Compliance with UNCLOS Dispute Settlement Decisions*, in 8 *Asian Journal of International Law* 1, 2018, 36-50; S. Talmon, *The South China Sea Arbitration and the Finality of 'Final' Awards*, in 8 *Journal of International Dispute Settlement* 2, 2017, 388-401.

⁶ For a comment about these issues, see, M. Avbelj, J. Letnar Cernic, *cit.*; T. Bickl, *cit.* As regards the delimitation of maritime boundaries in international case-law see, *inter alia*, E. Orihuela Calatayud, *La delimitación de espacios marinos entre Estados y la jurisprudencia internacional* in *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz/Vitoria-Gasteizko Nazioarteko Zuzenbidearen eta Nazioarteko Harremanen Ikastaroak*, 2017, 487-574; S. Fietta, R. Cleverly, *A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation*, Oxford, 2016; A. G. Oude Elferink, T. Henriksen, S. V. Busch, *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?*, Cambridge, 2018; J. Shi, *Maritime Delimitation in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, in 9 *Chinese Journal of International Law* 2, 2010, 271-291; D. R. Rothwell, T. Stephens, *The International Law of the Sea*, Oxford, Portland, 2010, 483 ff.

⁷ Cf. A. Solomou, *A Commentary on the Maritime Delimitation Issues in the Croatia v. Slovenia Final Award*, in *EJIL: Talk!*, 15 September 2017, available at: www.ejiltalk.org/a-commentary-on-the-maritime-delimitation-issues-in-the-croatia-v-slovenia-final-award/; according to the Author, the establishment of the Junction Area represents «by far the most interesting aspect of the final award for law of the sea enthusiasts».

⁸ In this regard, see International Court of Justice, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*; the judgement of the Court is expected for 1 October 2018.

the arbitral decision continues to be interesting, although the dispute between Slovenia and Croatia seems far from being resolved: indeed, after Croatia's declaration not to accept the arbitration Award, in March 2018 Slovenia initiated proceedings against Croatia under Article 259 of the Treaty on the Functioning of the European Union.⁹

Firstly, the paper will describe the decision of the Arbitral Tribunal on the Junction Area; secondly this Area will be analysed in the framework of the right of land-locked and geographically disadvantaged states to access to the sea, and the added value of the Award in relation to this issue will be emphasised. Thirdly, the paper will discuss the *sui generis* regime of the Junction Area, pointing out its double nature: the focus on the management of living resources and fishing activities in the Area will consent to stress some difficulties characterising the practical implementation of the regime defined by the Arbitral Tribunal in this zone. Finally, the analysis will highlight the differences between the Junction Area and other institutes of international law of the sea, such as high seas corridors and straits used for international navigation. In particular, the analysis will pay a great of attention to the specificities of the transit passage which assures the non-suspendable and expeditious transit through international straits. By discussing enforcement powers of Croatia as regards the carrying out of foreign military activities and the environmental protection within the Junction Area, this paper will try to demonstrate that the adoption of the transit passage regime, along with some correctives, would have led to find a fairer balance between Slovenian and Croatian interests.

642

2. The identification of a Junction Area between Slovenia's territorial sea and the high seas

The connection between Slovenia and the high seas is assured by establishing a Junction Area of 2.5 nautical miles which is located in Croatia's territorial sea. It stretches from the outer limit of Croatia's territorial sea on one side, and the maritime boundary between Slovenia and Croatia as defined by the Award on the other side; in the longitudinal direction, the Area is adjacent to the boundary between Italy and Croatia as established by the Treaty of Osimo.¹⁰ While being an area of Croatia's territorial sea, the Junction Area is subject to a «special legal regime»¹¹ specified by the Tribunal in its Award. Its main and essential feature is represented by the freedoms of communication which must be assured «for the purposes of uninterrupted and uninterruptible access to and from Slovenia, including its territorial sea and its airspace».¹² Since this affirmation, the regime defined by the Tribunal for the Junction Area appears to be characterised by a functional

⁹ Cf. Government of the Republic of Slovenia, *Arbitration*, available at www.vlada.si/en/projects/arbitration/; Republic of Slovenia, Ministry on Foreign Affairs, *Oral Hearing on Violations of EU Law due to Croatia's Refusal to Accept the Arbitration Award*, 2 May 2018, available at: www.mzz.gov.si/en/newsroom/news/39787/.

¹⁰ Cf. *Croatia v. Slovenia*, Final Award, *cit.*, Map. VII, 347.

¹¹ *Ibi*, para. 1081.

¹² *Ibi*, para. 1123 (emphasis added).

vocation: the freedoms recognised in favour of Slovenia in this body of water are functional at implementing Slovenia's right of access to and from the high seas, and at assuring its effectiveness. From a subjective point of view, the freedoms of communication do not only cover Slovenian ships and aircraft, but all vessels and aircraft - both civil and military - which, regardless of their nationality, go to or come from Slovenia's territorial sea.

The regime of the Junction Area lies in a couple of different, while interconnected, elements: the freedoms of communication as such (paras. 1123-1128 Award), and a set of aspects aiming to assure the effectiveness of these freedoms («Guarantees of, and Limitations to, the Freedoms of Communication», paras. 1129-1133 Award); as it will be underlined below, these elements ultimately imply some meaningful limitations on the exercise of Croatia's jurisdiction upon its territorial sea, and in particular upon ships and aircraft passing through the Area. As for the first element characterising the regime created by the Tribunal, namely the freedoms of communication as such, they include

«freedoms of navigation and overflight and of the laying of submarine cables and pipelines, and other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms, such as those associated with the operation of ships, aircraft and submarine cables and pipelines» (para. 1123).

However, these freedoms do not cover the exploitation of biological and mineral resources within the Area, the establishment and the use of artificial islands and the carrying out of marine scientific research: these prerogatives are implicitly left to Croatia.¹³

The Tribunal is clear in specifying that the freedoms of communication do not coincide with the innocent passage. The differences, identified by the Award in paragraph 1127, can be classified into two categories. One group covers the nature of the passage which implies first, that the passage through the Junction Area does not need to comply with the criteria of innocence defined by the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) as regards the innocent passage and second, the absence of submarines' duty to navigate on surface. The second group pertains the limitations placed on controls exercisable by Croatia on the freedoms of communication: these freedoms are not suspendable by Croatia «under any circumstances», and more generally, cannot be subject by Croatia to «any controls or requirements» (para. 1127) beyond those established by UNCLOS in relation to the exclusive economic zone (EEZ). Finally, the Tribunal specifies that the freedoms recognised in the Junction Area are different from the transit passage which characterises the regime of straits used for international navigation. Nevertheless, unlike the difference with the

¹³ *Ibi*, para. 1126: «The freedoms of communication in the Junction Area do not include the freedom to explore, exploit, conserve or manage the natural resources, whether living or non-living, of the waters or the seabed or the subsoil in the Junction Area. Nor do they include the right to establish and use artificial islands, installations or structures, or the right to engage in marine scientific research, or the right to take measures for the protection or preservation of the marine environment».

innocent passage, the difference between the freedoms of communication and the transit passage is not specified by the Tribunal; it merely states:

«Unlike transit passage, the freedoms of communication in the Junction Area are exercisable as if they were high sea freedoms exercisable in an exclusive economic zone» (para. 1128).

With regard to the second element characterising the regime of the Junction Area, namely the aspects assuring the effectiveness of the freedoms of communication, they concern the extent of jurisdiction Croatia is entitled to exercise in the Area in question. The analysis of the Award shows that Croatia's jurisdiction is subject to numerous and meaningful limitations aiming to implement the freedoms of communication. As for the prescriptive jurisdiction, the Tribunal explicitly clarifies that:

«it fair, just, and practical for Croatia to remain entitled to adopt laws and regulations applicable to non-Croatian ships and aircraft in the Junction Area, giving effect to the generally accepted international standards in accordance with UNCLOS Article 39(2) and (3)» (para. 1130).

Certainly, the enforcement jurisdiction suffers more meaningful limitations. Indeed, according to the Award:

«it is necessary that ships and aircraft of all flags and of all kinds, civil and military, exercising the freedom of communication are not subject to boarding, arrest, detention, diversion or any other form of interference by Croatia while in the Junction Area» (para. 1129).

644

As specified by the Tribunal, this aspect does not affect Croatia's right to exercise its enforcement jurisdiction «outside the Junction Area» and «in all other areas of its territorial sea and other maritime zones»; and this also implies the right to prosecute violations of law committed in the Area. Nevertheless, it is evident that paragraph 1129 places a great and exceptional limitation on Croatia's jurisdiction: ships and aircraft exercising the freedoms of communication within the Area enjoy a real immunity towards a fundamental element of Croatia's sovereignty, namely its enforcement jurisdiction.

3. Freedoms of communication in the framework of the right of access to and from the sea

As clearly affirmed by the Tribunal, the Junction Area regime aims to assure Slovenia's right of access to and from the high seas. Against this background, the freedoms of communication recognised in this Area can be analysed in the framework of the right of access to and from the sea. In this regard, it can be useful to retrace this issue which is at the heart of claims submitted by land-locked and geographically disadvantaged states. While during the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, they converged their interests and joined their negotiating efforts, they represent two different categories of states, not only from a definitional (and geographical) point of view, but also in the light of different set of rights recognised them by UNCLOS.

3.1. The land-locked states' right of access to and from the sea

The definition of land-locked states does not arise particular problems. Article 124, para. 1, UNCLOS formalises the traditional notion, according to which land-locked states are states not having «sea-coast». Due to their location, they do not have a direct access to and from the sea but depend upon the chance to pass through one or more transit states.¹⁴ As underlined by several Authors, the category of land-locked states gathers states having different features, especially from the economic point of view; the only element they share is the lack of direct access to the sea.¹⁵ The origin of the right to access to the sea traces back to natural law. The access to the sea represents an element of the wider question of transit of persons, commodities and means of transportation: according to principles of natural law defined by Grotius and de Vattel, the right of transit across foreign territories «remain[s] to all nations».¹⁶ More recently, several Authors have justified the right of access to the sea as the necessary element assuring the effectiveness of the freedoms of the high seas¹⁷ or as the object of an international servitude.¹⁸

As historically the right of access to the sea was an element of the freedom of transit and for many centuries rivers represented the main transport route, the necessity to assure access to the sea has started to be recognised by bilateral and multilateral agreements assuring freedoms of navigation of international

¹⁴ A transit state is defined by Article 124.1(b) UNCLOS as «a state, with or without a sea-coast, situated between a land-locked state and the sea, through whose territory traffic in transit passes». The strategic position of transit states and the role they can play to condition the chance of land-locked states to have access to the sea are widely stressed by A. Mpazi Sinjela, *Freedom of Transit and the Right of Access for Land-Locked States: The Evolution of Principle and Law*, in 12 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 31, 1982, 31-32.

¹⁵ S.C. Vasciannie, *Land-locked and Geographically Disadvantaged States in the International Law of the Sea*, Oxford, 1990, 4 ff.; J. L. Kateka, *Landlocked and Geographically Disadvantaged States*, in D. Attard, M. Fitzmaurice, N. A. Martinez Gutiérrez (eds.), *The IMLI Manual on International Maritime Law. Volume I: The Law of the Sea*, Oxford, 2014, 431-441.

¹⁶ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, 149. Similarly, H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, Paris, 1625.

¹⁷ Cf. A. Mpazi Sinjela, *cit.*, 32; N. J.G. Pounds, *A Free and Secure Access to the Sea*, in 49 *The Annals of the American Association of Geographers* 3, 1959, 257; M. Sibert, *Traité de Droit International Public*, Vol. 1, Paris, 1956, 660; G. Scelles, *Manuel de Droit International Public*, Paris, 1964, 382; according to the Author: «the high seas - a public international domain - comes only under the jurisdiction of international law. The sea - *res communis* - is for the common use of all navigators of the international community. One of the consequences is that it is accessible for navigation, even for nationals of an enclave state». For a comprehensive description of different theories elaborated by Authors to justify the right of access to the sea, cf. K. Uprety, *The Transit Regime for Landlocked States: International Law and Development Perspectives*, Law, justice, and development series, Washington DC, 2006, 28 ff.

¹⁸ P. Labrousse, *Des Servitudes en Droit International*, Bordeaux, 1911, p. 316 ; G. Scelles, *cit.*, 389. As regards international servitudes, cf. among others, P. B. Potter, *The Doctrine of Servitudes in International Law*, in 9 *The American Journal of International Law* 3, 1915, 627-641; S. Marchisio, *Servitudes*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Heidelberg, 2012.

rivers.¹⁹ The freedom of transit emerged as an international issue in the aftermath of the First World War: in 1919 it found a significant recognition both by Versailles Treaty²⁰ and the Covenant of the League of Nations.²¹ These references paved the way for the adoption of some Treaties which, while being affected by significant shortcomings, gave a meaningful recognition to the freedom of transit. In this regard, it is necessary to recall the Barcelona Convention and its Statute on the Freedom of Transit (1921)²², the General Agreement on Tariffs and Trade (1947)²³, and the New York Convention on the Transit Trade of Land-Locked States (1965).²⁴ By confirming the approach defined by the earlier instruments, this latter Convention recognises a transit regime which, on the one hand, must be free and non-discriminatory, but on the other, is based on a principle of reciprocity and is defined in its concrete modalities by agreements between land-locked states and transit states. Like the Barcelona Convention, the New York Convention aims to guarantee the legitimate interests of transit states by empowering them both to restrict the freedom of transit on grounds of public health, security, and protection of

¹⁹ As regards the recognition of freedom of river navigation, cf. K. Uprety, *cit.*, 37 ff.

²⁰ Peace Treaty of Versailles (1919), Part. XII; see in particular Article 321: «Germany undertakes to grant freedom of transit through her territories on the routes most convenient for international transit, either by rail, navigable waterway, or canal, to persons, goods, vessels, carriages, wagons and mails coming from or going to the territories of any of the Allied and Associated Powers (whether contiguous or not); for this purpose the crossing of territorial waters shall be allowed. Such persons, goods, vessels, carriages, wagons, and mails shall not be subjected to any transit duty or to any undue delays or restrictions, and shall be entitled in Germany to national treatment as regards charges, facilities, and all other matters».

²¹ Covenant of the League of Nations (1919), Article 23(e): «Subject to and in accordance with the provisions of international conventions existing or hereafter to be agreed upon, the Members of the League [...] will make provision to secure and maintain freedom of communications and of transit and equitable treatment for the commerce of all Members of the League».

²² According to Article 2 of the Statute on Freedom of Transit, the states party to the Convention «shall facilitate free transit by rail or waterway on routes in use convenient for international transit». For a more detailed description of the Barcelona Convention, cf. K. Uprety, *cit.*, 48 ff.; A. Mpazi Sinjela, *cit.*, 35 ff.

²³ General Agreement on Tariffs and Trade (1947), Article 5: «Freedom of Transit. 1. Goods (including baggage), and also vessels and other means of transport, shall be deemed to be in transit across the territory of a contracting party when the passage across such territory, with or without trans-shipment, warehousing, breaking bulk, or change in the mode of transport, is only a portion of a complete journey beginning and terminating beyond the frontier of the contracting party across whose territory the traffic passes. Traffic of this nature is termed in this article “traffic in transit”. 2. There shall be freedom of transit through the territory of each contracting party, via the routes most convenient for international transit, for traffic in transit to or from the territory of other contracting parties. No distinction shall be made which is based on the flag of vessels, the place of origin, departure, entry, exit or destination, or on any circumstances relating to the ownership of goods, of vessels or of other means of transport». An identical provision is enshrined in Article 5 of the General Agreement on Tariffs and Trade (1994).

²⁴ It must be also recalled the Charter adopted in Havana in 1945 by the United Nations Conference on Trade and Development; the Charter, which never entered into force, included a provision (Article 33) identical to Article 5 of the General Agreement on Tariffs and Trade.

intellectual property (Article 11) and to temporarily suspend it in case of emergency (Article 12).²⁵ Despite these prerogatives recognised to transit states and the low rate of ratification, the New York Convention had the merit to go beyond its predecessors: unlike the previous treaties, it does not cover the freedom of transit in general, but specifically deals with the transit of land-locked states and, indeed, in its Preamble it explicitly recognises the «right of each land-locked state of free access to the sea» (Principle I).²⁶

This explicit reference to access to the sea is not surprising as before the New York Convention, in 1958 the Geneva Convention on the high seas was adopted. The Fifth Committee of the First UN Conference on the Law of the Sea was characterised by a «passionate confrontation»²⁷ on the right of access to the sea: on the one side, land-locked states contented that their access to the sea was not a mere favour depending on transit states' will, but a real right recognised as a principle of international law; on the other side, transit states argued that the right of access to the sea was subordinate to the sovereignty of coastal states.²⁸ In the end, the Conference came to reach consensus on the provision which would become the Article 3 of the Geneva Convention: this represents the first multilateral agreement recognising to land-locked states the freedom of access to the sea «in order to enjoy the freedom of the seas on equal terms with coastal states». ²⁹ Nevertheless, this recognition was more moral than actual and ended up privileging transit states.³⁰ The freedom of access to the sea is not qualified as

²⁵ The New York Convention recognises the interests of transit states in a more significant way than the Barcelona Convention: indeed, beginning with the Preamble, the New York Convention states that «The state of transit, while maintaining full sovereignty over its territory, shall have right to take all indispensable measures to ensure that the exercise of the right of free and unrestricted transit shall in no way infringe its legitimate interests of any kind» (Principle V).

²⁶ K. Uprety, *cit.*, 75: «even though it has a few weak elements as a result of the intransigence of transit states, the New York Convention does attempt to deal specifically with the transit problems of states deprived of access to the sea». For a more comprehensive illustration of the New York Convention, cf. K. Uprety, *cit.*, 66 ff.; A. Mpazi Sinjela, *cit.*, 40 ff.; S. C. Vasciannie, *cit.*, 186-7.

²⁷ K. Uprety, *cit.*, 63.

²⁸ For a detailed description of the debate arisen in the Fifth Committee, *Ibi*, 63 ff.

²⁹ Convention on the high seas (1958), Article 3: «In order to enjoy the freedom of the seas on equal terms with coastal states, states having no sea-coast should have free access to the sea. To this end states situated between the sea and a state having no sea-coast shall have by common agreement with the latter and in conformity with existing international conventions accord: (a) To the state having no sea-coast, on a basis of reciprocity, free transit through their territory; and (b) To ships flying the flag of that state treatment equal to that accorded to their own ships, or to the ships of any other states, as regards access to seaports and the use of such ports. 2. States situated between the sea and a state having no sea-coast shall settle, by mutual agreement with the latter, and taking into account the rights of the coastal state or state of transit and the special conditions of the state having no sea-coast, all matters relating to freedom of transit and equal treatment in ports, in case such states are not already parties to existing international conventions».

³⁰ S. C. Vasciannie, *cit.*, 186: «Article 3 was the first multilateral treaty provision to highlight the position of a single class of countries in respect of transit, and as such, it represented a notable moral victory for the land-locked states. Nevertheless, [...] Article 3 fell short of their basic aspirations».

a right – and in this regard, it is possible to grasp the added value of the New York Convention –; it is a mere «faculty» or «possibility»³¹ the recognition of which depends upon an agreement between land-locked states and transit states, and which is assured on a reciprocal basis. The lack of normative language («should have free access to the sea»), along with the no provision of obligations for transit states, give the impression that Article 3 of the Geneva Convention, while recognising the freedom of access to the sea, it is not able to assure its prescriptive nature.

The confrontation between land-locked states and transit states as regards the possibility to qualify the right of access to the sea as a principle of international law was at the centre of negotiation during the Third UN Conference on the Law of the Sea, too.³² During the negotiation, land-locked states were backed by geographically disadvantaged states: these two groups of states joined their forces formalising their claims in the Kampala Declaration.³³ The Declaration recognises that both land-locked and geographically disadvantaged states have «the right to free and unrestricted access to and from the sea as one of the cardinal rights recognised by international law»,³⁴ and the right to exploit the resources of the sea in areas beyond the territorial sea.³⁵ The whole Part X UNCLOS is devoted to land-locked states: their status is based upon the recognition of the right of access to and from the sea (Article 125.1). This right is necessary to assure the effectiveness of the rights secured by the Convention, and in particular freedoms of the high seas.³⁶ Against this background, the exercise of the right of access to and from the sea supposes the right to transit through the territory of transit states. While Article 125, para. 1, explicitly recognises to land-locked states the right of access to and from the sea, along with the right to transit, paragraph 2 clarifies that these rights are not automatically recognised: indeed, the concrete terms and modalities of the right to transit must be defined by specific agreements between land-locked states and the states concerned. Through this provision, UNCLOS strikes a balance between the recognition of land-locked states' right of access to and from the sea and the protection of transit states' sovereignty.³⁷ As for the recognition of the

³¹ K. Uprety, *cit.*, 66.

³² *Ibi*, 79 ff. As regards the negotiation during the Third UN Conference on the Law of the Sea, see more generally B. H. Oxman, *The Third UN Conference on the Law of the Sea: The Seventh Session (1978)*, in 73 *American Journal of International Law* 1, 1979, 1-41; R.-J. Dupuy, D. Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea*, Dordrecht, 1991.

³³ Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions), The Kampala Declaration, 1974, UN Doc. A/CONF.62/23.

³⁴ *Ibi*, paras. 1-2.

³⁵ *Ibi*, para. 8.

³⁶ UNCLOS, Article 125.1: «Land-locked states shall have the right of access to and from the sea for the purpose of exercising the rights provided for in this Convention including those relating to the freedom of the high seas and the common heritage of mankind. To this end, land-locked states shall enjoy freedom of transit through the territory of transit states by all means of transport».

³⁷ The protection of transit states' sovereignty emerges also from Article 125.3 which recognises to these states «right to take all measures necessary to ensure that the rights and

right to access to the sea and freedom of transit, it can be affirmed that UNCLOS, with the great exception of the principle of reciprocity, does not go beyond its predecessors.³⁸

The opinions about the status recognised to land-locked states by UNCLOS are different both among states and commentators.³⁹ As argued by some Authors, the freedoms of the high seas and the principle of equality of states entail that land-locked states must be entitled to a free access to the sea: indeed, the non-recognition of this latter would compromise the effectiveness of the two former principles.⁴⁰ Yet, the practice does not allow to affirm the existence of a principle of customary law recognising to land-locked states a right to access to the sea.⁴¹

3.2. The right of geographically disadvantaged states to access to living resources

Geographically disadvantaged states are specifically defined⁴² by the UNCLOS as

«coastal states, including states bordering enclosed or semi-enclosed seas, whose geographical situation makes them dependent upon the exploitation of the living resources of the exclusive economic zones of other states in the subregion or region for adequate supplies of fish for the nutritional purposes of their populations or parts thereof, and coastal states which can claim no exclusive economic zones of their own» (Article 70.2).

649

The rights of geographically disadvantaged states are specifically recognised by UNCLOS in its Part V ruling the management of living resources in the EEZ. The EEZ system is based upon the recognition of coastal state's sovereign rights on living resources. This principle, sanctioned by Article 56, para. 1(a), is specified by the following provisions according to which a coastal state must determine its capacity to harvest the living resources in its EEZ, and if it is not able to harvest the entire allowable catch, it must assure to other states to have access to the surplus of the allowable catch, taking into particular account the rights of land-locked and geographically disadvantaged states

facilities provided for in this Part for land-locked states shall in no way infringe their legitimate interests».

³⁸ K. Uprety, *cit.*, 93 ff.; according to the Author, land-locked states «went through a long and difficult period of negotiation merely for a renewal of previously recognized rights» (95).

³⁹ In this regard, cf. J. Symonides, *Geographically Disadvantaged States under the 1982 Convention on the Law of the Sea*, Academy of International Law, Recueil des Courses, 208, Leiden, Boston, 1988, 380 ff.; K. Uprety, *cit.*, 93 ff.

⁴⁰ Cf. K. Uprety, *cit.*, 30-31.

⁴¹ In this sense D. R. Rothwell, T. Stephens, *cit.*, 196.

⁴² As for the definition of geographically disadvantaged states, cf. J. Symonides, *cit.*, 293 ff.; S. C. Vasciannie, *cit.*, 7 ff.; L. Caflisch, *What is a geographically disadvantaged state?*, in 87 *Ocean development and international law* 6, 1987, 641-663.

(Article 62).⁴³ UNCLOS recognises the right of land-locked (Article 69) and geographically disadvantaged states (Article 70)

«to participate, on an equitable basis, in the exploitation of an appropriate part of the surplus of the living resources of the EEZs of coastal states of the same subregion or region».

Like the right of access to the high seas, the “right” to participate in the exploitation of exceeding living resources is regulated by bilateral, sub-regional or regional agreements: in other words, it is not automatically recognised, but it depends on coastal states’ will.

With specific regard to the position assured to geographically disadvantaged states by UNCLOS, the Convention has certainly the merit of recognising the specific condition of this category of states. Nevertheless, it must be pointed out that the position granted in their favour is less meaningful compared to the status assured to land-locked states. Indeed, the interests of geographically disadvantaged states are only recognised as regards the access to living resources; instead, unlike the land-locked states, the UNCLOS does not assure any recognition to the right of geographically disadvantaged states to access to and from the sea.

3.3. The added value of the Arbitral Award as regards the interests of geographically disadvantaged states

650

After analysing the rights traditionally recognised to geographically disadvantaged and land-locked states, it is interesting to point out how the Arbitral decision between Slovenia and Croatia innovates this issue, by adding some new elements of consideration. In this regard, it must be remarked that in its 1993 Memorandum on the Bay of Piran, Slovenia claimed to be a geographically disadvantaged state because its geographical position prevents it from declaring an EEZ.⁴⁴ The Tribunal does not qualify Slovenia as a geographically disadvantaged state and does not identify this aspect as a foundational element of its decision. Nevertheless, when it recalls «the vital interests of the Parties» as one of the elements which must be taken into account to «to reach “a fair and just result”» (para. 1079), it makes also reference to Slovenia’s right of access to and from the high seas. In order words, the combined provisions of paragraphs 1079 and 1080 consent to affirm that this right is – implicitly – qualified by the Tribunal as a “vital interest”.⁴⁵ This fact

⁴³ See also Article 61 ruling the conservation and management measures coastal states are requested to adopt.

⁴⁴ Memorandum on the Bay of Piran, Ljubljana, 7 April 1993, 5, Annex SI-272: «The Republic of Slovenia undoubtedly meets the requirements for the application of this institute, since it belongs to the group of the so-called geographically disadvantaged states which, due to their geographic position, cannot declare their exclusive economic zone».

⁴⁵ Recalling the Arbitration Agreement, the Tribunal affirms that the achievement of «a fair and just result» requires to take into account «all relevant circumstances», and this notion includes «the vital interests of the Parties» (para. 1079); in paragraph 1180 it recalls that

makes it interesting to analyse the Award in the framework of the land-locked and geographically disadvantaged states positions: in this regard, the Award's contribution lies in two different elements.

First, the innovative character of the Award lies in the recognition made with regard to the interests of geographically disadvantaged states. As underlined above, the right of access to and from the sea is only recognised by UNCLOS in favour of land-locked states. This right is not secured to geographically disadvantaged states, in relation to which the Convention guarantees no more than the participation in the exploitation of living resources. In this regard, the Award goes significantly beyond the UNCLOS as it acknowledges that access to the high seas can be a critical issue not only for land-locked states, but also for geographically disadvantaged states⁴⁶: indeed, Slovenia's right of access to and from the high seas is qualified as «a vital interest[s]».

Second, as highlighted above, the qualification of the right to access to the sea as a principle of customary law is highly debated by commentators and, although with some exceptions, most of the Authors deny this possibility.⁴⁷ The Award between Slovenia and Croatia confirms this thesis: indeed, the Tribunal does not recall the existence of a supposed principle of customary law to argue the necessity to recognise the freedoms of communication between Slovenia and the high seas.⁴⁸ In this regard, it is necessary to specify that on the one side, it is really difficult to affirm the existence of a principle of customary law recognising the *right* of land-locked and geographically disadvantaged states to access to the sea: indeed, this norm would imply the enforceable obligation of coastal and transit states to assure the implementation of this right. On the other side, the high number of ratifications of UNCLOS, along with the numerous bilateral and multilateral treaties ruling the freedom of transit, allow to sustain the existence of a principle of customary international law recognising the *legitimate interest* of land-locked states to have access to the sea as a necessary corollary of the freedoms of the high seas. Certainly, this interest cannot be qualified as an enforceable right, but it must be mitigated with legitimate interests of transit states. The Arbitral decision in *Croatia v. Slovenia* case is really meaningful in this regard. It qualifies Slovenia's access to the high seas as a *vital interest*, and in doing so it proves the general recognition of this interest by international law; at the same time, the Tribunal does not qualify even this interest as a principle of customary law.

«The Tribunal has taken into account all the “relevant circumstances” submitted by the Parties, and has noted in particular the importance attached by both Parties to the question of rights of access to and from Slovenia by sea and by air, and of the exercise of jurisdiction over ships and aircraft exercising that right, viewed in the context of the geography of the northern Adriatic Sea».

⁴⁶ As recalled above, this aspect was already recognised by the Kampala Declaration.

⁴⁷ See in particular the detailed analysis made by S. C., Vasciannie, *cit.*, 197 ff.

⁴⁸ For a similar position, cf. International Court of Justice, *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v India)*, Merits, Judgment, [1960] ICJ Rep 6, ICGJ 174 (ICJ 1960), 12 April 1960.

In other words, it can be argued that the Award confirms the framework defined by Article 125 UNCLOS – which, however, only concerns land-locked states – : the access to the sea is a conditional right, the implementation of which supposes the agreement of transit states. In this regard, the Award fully confirms the necessity to guarantee the territorial sovereignty of Croatia and, more generally, of transit states. However, at the same time, it fully innovates the issue of access to the sea. After explicitly qualifying the access to and from the high seas as a «vital interest», the Award creates an institute – the Junction Area – which is functional to implement this interest. Moreover, it is really significant to stress that the discipline defined by the Tribunal for this Area goes greatly beyond the traditional transit regime. As the analysis of treaties on the freedom of transit shows, the content of this freedom is dual: first, it implies the free and non-discriminatory transit across the territory of a foreign states (according to the concrete modalities defined by agreements between the states concerned), and second, it entails the non-submission of traffic in transit to any customs duties, taxes or other comparable charges. However, the transit state is fully entitled to exercise its prescriptive and enforcement jurisdiction on ships, vessels, aircraft, vehicles, persons and commodities in transit, with the only exceptions defined by the agreement. The regime defined by the Arbitral Tribunal is significantly different in this regard insofar as it implies some meaningful restrictions on Croatia's sovereignty, especially in relation to its jurisdiction. As already recalled above, some Authors have made reference to the controversial notion of international servitude to justify the right of access to the sea. Leaving aside the highly debated possibility to admit the existence of international servitudes, it is clear that the regime defined by the Tribunal with regard to the Junction Area significantly restricts Croatia's territorial sovereignty: by borrowing Clauss's words and transposing them to this case, the Area is «a part of the whole of the territory of one state [which] is made to serve the economic needs of another».⁴⁹

652

4. The double nature of the Junction Area: some difficulties resulting from its practical implementation

The reading of the Award's paragraphs concerning the regime of the Junction Area consents to grasp its original and unique nature. In this regard, it is possible to make a clear distinction between the original nature of the Area and its fictitious nature. From a geographical point of view, this zone is established in a body of water which, according to UNCLOS, must be qualified as Croatia's territorial waters. However, due to the necessity to find a balance between Croatia's sovereignty and the effectiveness of freedoms of communication of vessels and aircraft going to and coming from Slovenia, the Tribunal created a fictitious discipline; this latter regime largely reproduces the typical regulation of the EEZ. Indeed, on the one hand, the freedoms characterising the Junction Area

⁴⁹ H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration*, London, New York, 1927, 121.

include the freedoms of navigation, overflight, and laying submarines cables and pipelines; on the other hand, the freedoms of communication do not cover the exploitation of biological and mineral resources of the Area, the creation of artificial islands, and the carrying out of marine scientific research which are typical prerogatives of the coastal states, and indeed, they are left to Croatia.⁵⁰

The difference existing between the original and the fictitious nature of the Junction Area implies that, at the end of the day, this Area is characterised by a “variable geometry regime”: its regulation changes according to the direction of ships and aircraft to which it is applied. As for ships and aircraft going to and coming from Slovenia, Croatia must assure the implementation of the regime defined by the Tribunal for the Area. But, as for all others ships and aircraft, the original nature of the Junction Area re-emerges: in other words, it goes back to being a body of Croatia’s territorial waters which implies the application of its corresponding UNCLOS regulation. The following paragraphs will discuss the regime of living marine resources within the Junction Area: this analysis will allow to underline the practical difficulties deriving from the double nature characterising the regime defined by the Arbitral Tribunal.

4.1. Management of living marine resources in the Junction Area

The management of living marine resources in the Junction Area is of utmost importance, not only due the obvious role played by fishing activities for economic system of all coastal states, but also as fishing is one of the most important issues in relation to which the confrontation between Croatia and Slovenia has come to light.⁵¹ Moreover, the fishing regime is particularly interesting as it is paradigmatic of the *sui generis* nature of the Area and the difficulties resulting from its implementation.

The fishing regime is different depending on the nature of ships to which it is applied; in this regard, it is possible to identify two categories of ships:

- a) Ships which pass through the Junction Area but do not go nor come from Slovenia: these ships will be subject to the regime characterising Croatia’s territorial waters. In this regard, according to Article 21 UNCLOS, Croatia has sovereign rights as regards living resources in its territorial sea: it may exercise its prescriptive and enforcement jurisdiction with regard to the conservation of living resources of the sea, and the infringement of its fisheries laws and regulations.⁵² Moreover, when ships not going to or

⁵⁰ Cf. *Croatia v. Slovenia*, Final Award, *cit.*, para. 1123: this paragraph reproduces Article 58 UNCLOS.

⁵¹ Actually, fishing issue between Croatia and Slovenia has come into light in particular as regards fishing activities in the disputed Bay of Piran; indeed, according to Slovenia, Croatia would have sent its police to guard Croatian fishermen into contested waters of the Bay of Piran, violating the EU Common Fisheries Policy: cf. Kait Bolongaro, *Slovenia ups stakes in Adriatic border dispute A legal tussle with Croatia over the Bay of Piran bodes ill for deeper Balkan integration*, in *Politico*, 21 February 2018, available at www.politico.eu/article/slovenia-croatia-border-piran-ups-stakes-in-adriatic-fishing-dispute/.

⁵² Article 21.1(d) and (e), UNCLOS.

coming from Slovenia exercise their innocent passage, they must abstain from engaging in fishing activities.⁵³ However, in this case, it is necessary to take also into account the EU law and in particular the Regulation 1380/2013.⁵⁴ The founding principle of the Regulation is the access to waters and resources in all Union waters by fishing vessels flying the flag of a EU member state (Union fishing vessels).⁵⁵ However, this principle does not apply to the waters up to 12 nautical miles from the baselines under the EU member states sovereignty; and so the body of water covered by the Junction Area is excluded from the application of this principle. According to the Regulation, until 31 December 2022, EU member states may allow fishing activities only to fishing vessels that «traditionally fish in those waters from ports on the adjacent coast»; however, these restrictions must comply with the provisions of Annex I of the Regulation which defines «for each member state the geographical zones within the coastal bands of other member states where fishing activities are pursued and the species concerned». In order words, until 31 December 2022, Croatia may regulate fishing activities in waters included in the Junction Area, placing some exceptions on the principle of equal access to its Union waters by Union fishing vessels; however, these exceptions must comply with Annex I of the Regulation which, indeed, recognises some fishing rights to Slovenia.⁵⁶

- b) Ships passing through the Junction Area and exercising the freedoms of communication: the Award is clear in specifying that the freedoms of communication do not include the access to living resources. As known, the UNCLOS devotes a great deal of attention to the management of living resources in the EEZ: the system defined by the Convention is based upon the recognition of coastal state's sovereign rights on living resources. As recalled above, this principle, sanctioned by Article 56, para. 1(a), is specified by Article 62, para. 1, according to which every coastal state must determine its capacity to harvest the living resources in its EEZ and if it is not able to harvest the entire allowable catch, it must assure to other states to have access to the surplus.⁵⁷ Although coastal states must guarantee access to other states to exceeding living resources, they keep their sovereign rights in this regard: indeed, fishing activities in EEZ must be carried out by complying

⁵³ Article 19.2(i) UNCLOS: the carrying out of fishing activities qualifies the passage as offensive.

⁵⁴ Regulation (EU) No 1380/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 on the Common Fisheries Policy, amending Council Regulations (EC) No 1954/2003 and (EC) No 1224/2009 and repealing Council Regulations (EC) No 2371/2002 and (EC) No 639/2004 and Council Decision 2004/585/EC.

⁵⁵ *Ibi*, Articles 4-5; this principle does not apply to measures aiming to assure the conservation and sustainable exploitation of marine biological resources regulated by Part III of the Regulation.

⁵⁶ *Ibi*, Annex I: in Croatia's coastal waters, and so also in the Junction Area, Slovenian vessels are allowed to fish up to 100 tonnes of demersal and small pelagic species for a maximum number of 25 fishing vessels, including 5 fishing vessels equipped with trawl nets.

⁵⁷ See also Article 61 UNCLOS ruling the conservation and management measures coastal states are requested to adopt.

with the conservation measures and all terms and conditions defined by the coastal state.⁵⁸

As, on the one hand, the freedoms of communication do not include the exploitation of living resources and, on the other, the Award establishes in the Junction Area the typical regime of the EEZ, it is worth asking if the system defined by Article 62 UNCLOS finds application in the Area: does Croatia have to guarantee to other states access to the surplus of the allowable catch of this zone? The reference made by the Award to the «high seas freedoms exercisable in an EEZ» is not enough to entail the transposition of EEZ regime as regards fishing activities carried out by ships exercising their freedoms of communication. Otherwise, the EEZ regime would be only applied to ships passing through the Junction Area, which represent an undefined category of vessels.

To conclude, in relation to living resources, the Area established by the Arbitral Tribunal keeps its original nature of territorial waters which does not allow foreign ships to carry out fishing activities, without prejudice for the applicability of the EU Regulation 1380/2013.

5. The *unicum* regime characterising the Junction Area

After underlining the double nature of the Junction Area, it is necessary to look into its regime. The analysis of the Award allows to grasp the similarities existing between this Area and other institutes of the international law of the sea, such as high seas corridors and international straits. The following paragraphs will describe these institutes, making a comparison between them and the Junction Area.

655

5.1. Differences between the Junction Area and high seas corridors

It is interesting to note that in its Memorial, Slovenia sustained that its right of access to and from the high seas could have been assured by establishing a high seas corridor in Croatia's territorial sea: this would consent to respect the rights of Croatia. Indeed, according to Slovenia, the 12 nautical miles limit represents the maximum extension of territorial sea, which cannot be claimed by a state where some «special circumstances» exists. The presence of such circumstances, and in particular the vital interest of a state, implies the necessity to limit the territorial sea extension of another neighbouring state. This Slovenian assertion is supported by referring to some examples provided by international practice; in particular, Slovenia recalled the maritime delimitation agreement between France and Monaco,⁵⁹ and the national laws of some states, such as Finland and

⁵⁸ Article 62.4 UNCLOS.

⁵⁹ Convention on Maritime Delimitation between the Government of His Most Serene Highness the Prince of Monaco and the Government of the French Republic, 16 February 1984, available online at

Japan, limiting the extension of their territorial seas.⁶⁰ These latter examples are extremely meaningful as they concern the establishment of some high seas corridors. For example, Japanese Law on the Territorial Sea (1977) extends the limit of Japan's territorial sea from 3 to 12 nautical miles; however, the Law maintains the limit of 3 nautical miles in five international straits (namely, Soya Strait, Osumi Strait, Tsugaru Strait, East and West Tsushima Straits) to assure the presence of a high seas corridor in which all vessels and aircraft can enjoy their freedoms of navigation and overflight.⁶¹ Similarly, South Korea in its Territorial Sea Law (1977) defines a territorial sea of 12 nautical miles, but in the Western Channel of the Korean strait, the Law limits Korean territorial waters to 3 miles: this limit, along with the 3 nautical miles stretch of Japanese territorial waters in the West Tsushima Strait, allow the existence of a high seas corridor in the Korean Strait between Korea and Japan.⁶²

These high seas corridors fall under the scope of application of Article 36 UNCLOS, and consequently they are not covered by the regime of international straits defined by Part III of the Convention.⁶³ It is worth remarking the double difference existing between these corridors and the Junction Area defined by the Tribunal in *Croatia v. Slovenia* case. First, in Japanese and Korean cases, the establishment of high seas corridors lies in national laws: the limitation of territorial seas' extension was decided by the states themselves, although in some cases these decisions have been motivated by political reasons. Differently, the Junction Area was created by an Arbitral Award: while the Tribunal's decision is rooted in will expressed by the parties concerned, it is the result of the assessment made by the Tribunal which, as the position expressed by Croatia shows, is not fully respondent to the parties' position. Second, - and certainly this is the most relevant difference - the high seas corridors' regime is not comparable to the Area established by the Arbitral Tribunal in the arbitration *Croatia v. Slovenia*: in the cases recalled, the creation of a high seas corridor restricts the extension of territorial sea, but it does not affect the sovereignty and jurisdiction of coastal states in their territorial waters. Differently, the Junction Area does not affect Croatia's territorial sea from the extent point of view;

www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/MCO-FRA1984MD.PDF.

⁶⁰ Cf. *Croatia v. Slovenia*, Final Award, *cit.*, paras. 1057-1058: here, the Award recalls paragraphs 10.85-10.86 of Slovenia's Memorial.

⁶¹ Cf. T. Kuribayashi, *The New Ocean Regime and Japan*, in 11 *Ocean Development and International Law* 1-2, 1982, 95-124; S. K. Kim, *Maritime disputes in northeast Asia: Regional Challenges and Cooperation*, Leiden, 2017, 46; as underlined by the Author, this decision was adopted to assure freedoms of navigation to foreign (and in particular US) nuclear warships; indeed, their passage into Japanese territorial waters would have been contrary to the three non-nuclear principles of not possessing, not producing and not permitting the introduction of nuclear weapons in Japanese territory.

⁶² Cf. C.-H. Park, *East Asia and the Law of the Sea*, Seoul, 1983, 144; as reported by the Author, the Korean decision rooted in the fear of possible dispute with the Soviet Union whose warships used to pass through the Korean strait going to and coming from Vladivostok.

⁶³ Cf. A. X. M. Ntovas, *Straits used for international navigation* in D. Attard, M. Fitzmaurice, N. A. Martinez Gutiérrez (eds.), *cit.*, 2014, 79-80.

however, the Tribunal establishes in the Area a *sui generis* regime which meaningfully impacts the powers Croatia is entitled to exercise in this zone.

5.2. Differences between the Junction Area and international straits

Insofar as the Junction Area aims at making possible an «uninterrupted and unintermittible» link between Slovenia's territorial sea and the high seas, the freedoms of communication seems widely comparable to the transit passage characterising the straits used for international navigation. As known, in its Part III, the UNCLOS devotes a great deal of attention to straits used for international navigation, and it defines different kinds of straits and regimes. According to their geomorphological features,⁶⁴ it is possible to distinguish four categories of straits:

- straits linking two parts of EEZs or high seas: this kind of straits is characterised by the transit passage regime (Articles 38-44);
- straits in which a route through the high seas or EEZ of similar convenience exists: they are not ruled by the transit passage regime, but by the other relevant Parts of UNCLOS (Article 36);
- straits between an island and the mainland in which a route through the high seas or EEZ of similar convenience exists: these straits are only characterised by non-suspendable innocent passage (Articles 45 (a) and 38.1);
- straits connecting a part of the high seas or an EEZ and the territorial sea of a foreign state: like the previous category, also these straits are only characterised by non-suspendable innocent passage (Article 45(b)).

657

Although, strictly speaking, the Junction Area cannot be qualified as an international strait, from a geographical point of view, it can be compared to the latter kind of strait: indeed, it links Slovenia's territorial sea with the high seas. However, the legal regime defined by the Tribunal makes the Area more comparable to straits governed by the transit passage; indeed, this regime has the objective to assure the «continuous and expeditious transit of the strait» through freedoms of navigation and overflight, and includes the passage allowing ships and aircraft to enter, leave, and return from a state bordering the strait (Article 38). As affirmed by the International Court of Justice in the *Corfu Channel* case, straits are «international highways»⁶⁵ aiming to guarantee the effectiveness of freedoms of navigation and overflight through a body of water. These references to international straits consent to grasp the similarities existing between the transit regime and freedoms of communication, first of all, from a functional point of view. These similarities can also be seen considering that these institutes share the same rationale. As underlined by several

⁶⁴ The UNCLOS makes also reference to straits which are, in whole or in part, regulated by long-standing international conventions specifically concerning these straits; this category of straits is ruled by these conventions, and not by UNCLOS (Article 35(c) UNCLOS).

⁶⁵ International Court of Justice, *Corfu Channel (United Kingdom v Albania)*, Judgment, Merits, ICJ GL No 1, [1949] ICJ Rep 4, ICGJ 199 (ICJ 1949), 9 April 1949, 29.

commentators, the idea of transit passage was proposed by the United Kingdom during the Third Law of the Sea Conference, and then formalized by UNCLOS, in order to strike a balance between the interests of maritime nations and nations bordering straits. The former wanted to preserve their possibility to freely and unimpededly pass through international straits and were concerned about any restrictions on their freedoms of navigation; the latter were deeply worried about the environmental and security threats deriving from the presence of foreign ships within straits close to their territorial seas.⁶⁶ The regime of the Junction Area is based upon a similar compromise pursued by the Tribunal in order to «guarantee both the integrity of Croatia's territorial sea and Slovenia's freedoms of communication» (para. 1123).

The similarities existing between the Area created in Croatia's territorial sea and international straits is implicitly confirmed by the Tribunal itself, when it feels the necessity to specify that the freedoms of communication are different from the transit passage characterising the regime of international straits under UNCLOS. Another explicit reference to straits' regime is made by the Tribunal when it specifies that Croatia keeps jurisdiction upon non-Croatian ships and aircraft in the Junction Area «giving effect to the generally accepted international standards in accordance with UNCLOS Article 39(2) and (3)» (para. 1130), which rules the duties of ships and aircraft during transit passage. As already recalled, the Award does not clarify the elements in which the freedoms of communication differ from the transit passage. In the light of this lack of specifications, it can be useful to make some references to the transit passage regime and clarify the differences and similarities existing between this regime and the freedoms of communication.

658

5.2.1. *Freedoms of communications versus transit passage regime*

A general overview of the transit passage regime consents to see that it is characterised by some additional freedoms to the regime of innocent passage. The differences existing between the regime of transit passage and innocent passage concern two main aspects: first, the transit passage also entails the freedom of overflight; second, it cannot be subject to any limitations and impeded by coastal states. As all these elements characterise the Junction Area, it is possible to argue that the freedoms of communication assured in this Area are more similar to the transit passage than the innocent passage. Moreover, while being a high-debated issue by commentators,⁶⁷ some scholars argue that, unlike

⁶⁶ D. R. Rothwell, T. Stephens, *cit.*, 240; K. M. Burke, A. DeLeo, *Innocent Passage and Transit Passage in the United Nations Convention on the Law of the Sea*, in 9 *Yale Journal of International Law* 7, 1983, 399 ff. As for the debate during the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, cf. H. B. Robertson, *Passage through International Straits: a Right Preserved in the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, in 20 *Virginia Journal of International Law* 4, 1980, 819 ff.

⁶⁷ R. Lapidoth, *International Straits*, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of International Law*, Vol. IX, Oxford, 2006, 621; H. B. Robertson, *cit.*, 843-4. Lapidoth and Robertson argue that the right of transit passage includes the submarines' right to submerged navigation; contra W. M. Reisman, *The Regime of International Straits and*

the regime of innocent passage, the transit regime does not imply the submarines' duty to navigate on the surface. As already recalled, this duty does not characterise the Junction Area and so, also in this regard, it is possible to see a similarity between this zone and the transit passage.

According to Article 38, para. 2, UNCLOS the transit passage can be defined as the

«the exercise in accordance with this Part of freedoms of navigation and overflight solely for the purpose of continuous and expeditious transit of the strait».

In other words, the elements qualifying the transit passage are the continuity and expeditiousness of the passage; this implies the inadmissibility of any activity not having these characteristics during the exercise of the transit passage (Article 39.1(c)), the duty of ships and aircraft to «proceed without delay» (Article 39.1(a)), and to abstain from «any activities other than those incident to their normal modes of continuous and expeditious transit unless rendered necessary by force majeure or by distress» (Article 39.1(c)).⁶⁸ These elements do not apply to the freedoms of communication in the Junction Area because they «are exercisable as if they were high seas freedoms exercisable in an exclusive economic zone» (para. 1128). This implies that the freedoms of communication are wider than freedoms of navigation characterising the transit passage: indeed, the freedoms of communication do not only cover freedoms which are strictly functional and necessary to have access to Slovenia's territorial sea; they also include all high seas freedoms characterising the EEZ regime. It implies that for example, within some limits which will be specified below, ships and aircraft exercising the freedoms of communication can carry out military activities.

Continuing with the analysis of the straits regime, as specified by Article 39, ships and aircraft in transit must refrain from any threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of states bordering straits or violating the principles of international law enshrined in the UN Charter (Article 39.1(b)). There is no doubt about the applicability of these duties to the Junction Area; indeed, they represent some norms of customary law⁶⁹ which certainly prevail on the freedoms of communication.

The provisions of Article 39, paras. 2 and 3, are extremely important because, as specified by the Award, Croatia keeps the right to adopt laws and regulations to implement the «generally accepted international standards in accordance with UNCLOS Article 39(2) and (3)» (para. 1130). According to Article 39, para. 2 (a), ships in transit must comply with «generally accepted

National Security: an Appraisal of International Lawmaking, in 74 *American Journal of International Law* 48, 1980, 71; cf. K. M. Burke, A. DeLeo, *cit.*, 403-4.

⁶⁸ With specific regard to the notion of «normal modes of continuous and expeditious transit», cf. A. XM Ntovas, *cit.*, 85-86.

⁶⁹ Cf. T. Scovazzi, *Management regimes and responsibility for international straits. With special reference to the Mediterranean Straits*, in 19 *Marine Policy* 2, 1995, 140.

international regulations, procedures and practices for safety at sea». While UNCLOS only explicitly recalls the International Regulations for Preventing Collisions at Sea⁷⁰, the International Maritime Organisation (IMO) interprets the expression «generally accepted international regulations, procedures and practices» in a broader way, including also non-binding instruments⁷¹ and the International Convention for the Safety of Life at Sea.⁷² Article 39, para. 2 (a), must be read in conjunction with Article 41 allowing bordering states to define sea lanes and traffic separation schemes for navigation in straits in order to promote navigation safety. The prescription of these routes must comply with generally accepted international regulations,⁷³ and bordering states must involve the IMO in the adoption process.⁷⁴ As Article 41 concerns the implementation of generally accepted international standards of navigation security ruled by Article 39, para. 2(a), and this latter provision is recalled by the Award, it can be argued that Croatia may prescribe sea lanes and traffic separation schemes in the Junction Area, in conformity with Article 41.

As regards Article 39, para. 2 (b), it stipulates that ships in transit must comply with «generally accepted international regulations, procedures and practices for the prevention, reduction and control of pollution from ships». This expression makes reference to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships,⁷⁵ and the International Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter.⁷⁶ Finally, as prescribed by Article 39, para. 3, aircraft overflying international straits must observe the Rules of the Air defined by the International Civil Aviation Organization, and the other measures assuring the security of navigation.⁷⁷

⁷⁰ The International Regulations for Preventing Collisions at Sea (COLREG) were adopted by IMO in 1972.

⁷¹ Secretariat of the International Maritime Organization, *Implications of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the International Maritime Organization*, 30 January 2014, LEG/MISC.8, 18. As regards the notion of generally accepted international regulations recalled by UNCLOS, see also M. Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, Milano, 2010, 134.

⁷² The International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS) was adopted by IMO in 1974.

⁷³ As specified by IMO, the generally accepted international regulations include the SOLAS and COLREGs Conventions, and the IMO General Provisions on Ships' Routeing (IMO Resolution A.572(14), 1985); see Secretariat of the International Maritime Organization, *cit.*, 32-33.

⁷⁴ See in particular Article 41.4 UNCLOS: «Before designating or substituting sea lanes or prescribing or substituting traffic separation schemes, states bordering straits shall refer proposals to the competent international organization with a view to their adoption. The organization may adopt only such sea lanes and traffic separation schemes as may be agreed with the states bordering the straits, after which the states may designate, prescribe or substitute them».

⁷⁵ The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) was adopted by IMO in 1973.

⁷⁶ The International Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter was adopted by IMO in 1972.

⁷⁷ Article 39.3 UNCLOS: «Aircraft in transit passage shall: (a) observe the Rules of the Air established by the International Civil Aviation Organization as they apply to civil aircraft; state aircraft will normally comply with such safety measures and will at all times operate

Article 42, para. 1, UNCLOS enables coastal states to regulate (a) the safety of navigation and regulation of maritime traffic, (b) the prevention, reduction and control of pollution to implement international regulations on the discharge of oil, oily wastes and other noxious substances in the strait (c), fishing activities, and (d) the loading and unloading of commodities, currencies and persons in violation of their customs, fiscal, immigration and sanitary laws and regulations. It is worth considering whether and to what extent Croatia is entitled to exercise its jurisdiction in the Junction Area as regards the fields covered by Article 42; indeed, the necessity to find a balance between freedoms of navigation through straits and interests of coastal states to regulate some issues impacting their national interests, does not only underlie Article 42⁷⁸, but finds a match in the competing interests of Slovenia and Croatia in the zone established by the Arbitral Tribunal. It is reasonable to suppose that Croatia is empowered to enact laws and regulations concerning the safety of navigation (article 41.1(a)) and the prevention, reduction and control of pollution (41.1(b)); indeed, these areas correspond to those covered by Article 39(2) and (3) UNCLOS, in relation to which, according to paragraph 1130 of the Award, Croatia keeps its jurisdiction. However, as for safety of navigation and pollution issues, the prescriptive jurisdiction of coastal state (*rectius* of Croatia) cannot be unilaterally exercised but must comply with generally accepted international regulations.

The Award is clear in not empowering Croatia to rule as regards other areas. On account of this, it must be excluded that Croatia can exercise its jurisdiction with regard to loading and unloading of commodities, currencies and persons (Article 42.1(d)); this exclusion can be justified as, unlike the other areas, the prescriptive jurisdiction of coastal states (*rectius* of Croatia) in this regard does not find a limit in international standards.⁷⁹

661

5.3. A comparison between the Junction Area and international straits as regards some “sensitive” issues

The following paragraphs will aim at analysing the regime of the Junction Area in relation to some issues, such as the control of foreign military activities and the protection of marine environment, which can really concern coastal states. In this regard, the question arises as how to find a fair balance between the exercise of coastal states’ jurisdiction and freedoms of navigation of third states. A comparison between the Junction Area discipline and the regime of international straits will be useful to point out the different solutions adopted to strike a right balance between the competing interests at stake.

5.3.1. Legitimacy and control of foreign military activities in the Junction Area

with due regard for the safety of navigation; (b) at all times monitor the radio frequency assigned by the competent internationally designated air traffic control authority or the appropriate international distress radio frequency».

⁷⁸ In this regard, cf. A. XM Ntovas, *cit.*, 90 ff.

⁷⁹ The only limit defined by Article 42 is represented by the principle of non-discrimination among foreign ships.

It is worth making some references to the admissibility of military activities in the Junction Area. In spite of the practical feasibility of this kind of activities in this zone, and more generally in the Mediterranean Sea,⁸⁰ the question can acquire some importance because, unlike the innocent passage, the freedoms of communication cannot be suspended under any circumstances and are recognised regardless their innocent nature. Clearly, these elements can significantly impact on Croatia's national security as, under the normal regime of innocent passage, the suspension power recognised to coastal state for essential security reasons (Article 25.3), and the innocent condition of passage play a crucial role in allowing coastal state to assure security within its territorial sea.

With regard to the admissibility of military manoeuvres, it is necessary to take into account that as specified by the Award, the freedoms of communication cover the freedoms of navigation and overflight, and «other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms», and certainly this reference can include the carrying out of some (and legitimate) military activities. The admissibility of military activities undertaken by warships and aircraft in the EEZs of other states is highly debated, especially in the light of recent practice of some states.⁸¹ However, most of the Authors argue that, without prejudice of customary rule prohibiting the threat or the use of force, the military activities in foreign EEZs are legitimate, and do not need to be previously notified and authorised by the coastal state.⁸²

⁸⁰ In this sense, cf. G. D'Agosto, *Attività militari e zona economica esclusiva*, in U. Leanza, L. Sico, *Zona economica esclusiva e Mare Mediterraneo*, Napoli, 1989, 89 ff.

⁸¹ In this regard, it is worth recalling the incidents occurred between China and USA in South China Sea: China argued that foreign vessels and aircraft are not allowed to carry out military operations within Chinese EEZ without the prior authorisation of Chinese Government; cf., *inter alia*, R. P. Pedrozo, *Preserving Navigational Rights and Freedoms: The Right to Conduct Military Activities in China's Exclusive Economic Zone*, in 9 *Chinese Journal of International Law* 1, 2010, 9-29; H. Zhang, *Is It Safeguarding the Freedom of Navigation or Maritime Hegemony of the United States? Comments on Raul (Pete) Pedrozo's Article on Military Activities in the EEZ*, in 9 *Chinese Journal of International Law* 1, 2010, 31-47; J. M. van Dyke, *Balancing Navigational Freedom with Environmental and Security Concerns*, in 15 *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 19, 2003, 19-28; Id., *Military Ships and Planes Operating in the Exclusive Economic Zone of Another Country*, in 28 *Marine Policy* 1, 2004, 29-39; see also S. B. Kaye, *Freedom of navigation in a post 9/11 world: security and creeping jurisdiction*, in D. Freestone, R. Barnes, D. Ong (eds.), *The Law of the Sea Progress and Prospects*, Oxford, 2006, 347-364.

⁸² See, *inter alia*, R. P. Pedrozo, *cit.*; J. M. van Dyke, *Balancing Navigational Freedom with Environmental and Security Concerns, cit.*; U. Leanza, M. C. Caracciolo, *The Exclusive Economic Zone*, in D. Attard, M. Fitzmaurice, N. A. Martinez Gutiérrez (eds.), *cit.*, 192 ff.; G. D'Agosto, *cit.*, 67 ff.; B.A. Hamzah, *Unauthorised Manoeuvres in Waters: US Chides M'sia Restrictions*, in *RSIS Commentary*, 9 May 2017, available at www.rsis.edu.sg/wp-content/uploads/2017/05/CO17088.pdf; G. V. Galdorisi, A. G. Kaufman, *Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing Uncertainty and Defusing Conflict*, in 32 *California Western International Law* 2, 2001-2002, 253-301; J. Geng, *The Legality of Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone under UNCLOS*, in 28 *Utrecht Journal of International and European Law* 74, 2012, 22-30, available at doi.org/10.5334/ujiel.ax; M. Hayashi, *Military Activities in the Exclusive Economic Zones of Foreign Coastal States* in D. Freestone (ed.), *The 1982 Law of the Sea Convention At 30: Successes, Challenges and New Agendas*, Leiden, Boston, 2013, 121-129.

In this regard, it is worth recalling that the freedoms of communication are not suspendable by Croatia «under any circumstances», and more generally, cannot be subject to «any controls or requirements» beyond those established by UNCLOS in the EEZ. This specification is of utmost importance as it categorically excludes any possibilities to limit the number of foreign warships exercising their freedoms in the Junction Area and to ask them a prior notification of their passage. It is necessary to take into account that Croatia has placed some limitations on innocent passage of warship in its territorial sea.⁸³ Indeed, when Croatia decided to be considered a party to the UNCLOS, succeeding to the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, it declared that no peremptory norm of general international law prevents coastal states from limiting the number of foreign warships entitled to contemporaneously exercise their innocent passage, and from consenting their passage upon a previous notification.⁸⁴ Indeed, the Croatian Maritime Code stipulates that no later 24 hours before the passage of a foreign warship, its flag state must inform Croatian Minister of Foreign Affairs about its intention of innocent passage;⁸⁵ moreover, according to the Code, navigation in Croatian territorial sea is not allowed to more than three foreign warships having same nationality, except in cases of special permission granted by the Minister of Defence.⁸⁶ This background allows to grasp the meaningfulness of the specification made by the Tribunal according to which the freedoms of communication in the Junction Area

«are not subject to [...] any coastal state controls or requirements other than those permitted under the legal regime of the EEZ established by UNCLOS» (para. 1127).

663

This clarification makes clear that, in the Area established by the Arbitral Tribunal, Croatia is not entitled to apply the limitations defined by its Maritime Code as regards the exercise of innocent passage by warships.

Another different, albeit connected, problem arises as whether and to what extent Croatia keeps power to control and limit freedoms of navigation for security reasons in the Junction Area. In the last few years, the necessity to

⁸³ As regards the debate on the admissibility of these limitations, cf. W. K. Agyebeng, *Theory in Search of Practice: The Right of Innocent Passage in the Territorial Sea*, in 39 *Cornell International Law Journal* 2, 2006, 371-399, see in particular 391 ff.; D.G. Stephens, *The Impact of the 1982 Law of the Sea Convention on the Conduct of Peacetime Naval/Military Operations*, in 29 *California Western International Law Journal*, 1998, 283-311, see in particular 305 ff.; D. R. Rothwell, T. Stephens, *cit.*, 268 ff.

⁸⁴ United Nations Treaty Collection, *United Nation Convention on the Law of the Sea*, Declaration of Croatia: «The Republic of Croatia considers that, in accordance with article 53 the Vienna Convention on the Law of Treaties of 29 May 1969, there is no peremptory norm of general international law, which would forbid a coastal state to request by its laws and regulations foreign warships to notify their intention of innocent passage through its territorial waters, and to limit the number of warships allowed to exercise the right of innocent passage at the same time (Articles 17-32 of the Convention)».

⁸⁵ Croatian Maritime Code, 8 December 2004, available at www.csamarenostum.hr/userfiles/files/Nacion%20zakon%20engl/MARITIME%20CODE.pdf, Article 22.

⁸⁶ *Ibi*, Article 26.

assure maritime security against weapon trafficking and terrorist attacks has acquired a new relevance in the international scene: this scenario has led to several initiatives put in place by some states to exercise jurisdiction in their EEZs.⁸⁷ As these initiatives affect the freedom to carry out military activities in EEZ, their admissibility has been highly debated by commentators. It is worth retracing the framework defined by UNCLOS in this regard. First, Article 56, para. 1, grants to coastal states «sovereign rights» in their EEZs as regards the exploration, exploitation, conservation and management of natural resources, both living and non-living, and with regard to other activities of economic exploitation and exploration, such as the production of energy. Second, according to Article 56, para. 2, coastal states are entitled to exercise their jurisdiction in respect of artificial islands, installations and similar structures, marine scientific research, and protection and preservation of the marine environment.⁸⁸ Third, Article 73 UNCLOS clearly defines the scope of application of prescriptive and enforcement jurisdiction recognised to coastal

⁸⁷ See for example the Proliferation Security Initiative (PSI), announced in May 2003 by US President George W. Bush, as a means to fight against proliferation of weapons of mass destruction; this initiative was formalised in PSI Statement of Interdiction Principles adopted in September 2003, and then endorsed by 105 nations around the world (cf. US Department of State, Statement of Interdiction Principles, 4 September 2003, available at www.state.gov/t/isn/c27726.htm). This initiative implies naval operations to search and stop vessels suspected of carrying nuclear materials; see in particular US Department of State, Statement of Interdiction Principles, *cit.*, principle 4(d): PSI participants are committed «To take appropriate actions to (1) stop and/or search in their internal waters, territorial seas, or contiguous zones (when declared) vessels that are reasonably suspected of carrying such cargoes to or from states or non-state actors of proliferation concern and to seize such cargoes that are identified; and (2) to enforce conditions on vessels entering or leaving their ports, internal waters or territorial seas that are reasonably suspected of carrying such cargoes, such as requiring that such vessels be subject to boarding, search, and seizure of such cargoes prior to entry». As regards the PSI and its interplay with freedoms of navigation, cf. among others Y.-H. Song, *The U.S.-Led Proliferation Security Initiative and UNCLOS: Legality, Implementation, and an Assessment*, in 38 *Ocean Development and International Law* 1-2, 2007, 101-145; M. Byers, *Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative*, in 98 *The American Journal of International Law* 3, 2004, 526-545; A. Dunne, *The Proliferation Security Initiative. Legal Considerations and Operational Realities*, SIPRI, Policy Paper, Solna, May 2013, available at www.sipri.org/sites/default/files/files/PP/SIPRIPP36.pdf; D. Guilfoyle, *The Proliferation Security Initiative: Interdicting Vessels in International Waters to Prevent the Spread of Weapons of Mass Destruction?*, in 29 *Melbourne University Law Review* 3, 2005, 733-764, available at law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0007/1707982/29_3_4.pdf. In 2004, Australia announced its wish to create a Maritime Identification Zone, extending 1000 nautical miles from Australian coastline: in order to improve the maritime security, all vessels intending to enter Australian ports, would be required to provide some comprehensive information, such as their identity, crew, location, speed and intended port of arrival; cf. Australian Government, Department of the Prime Minister and Cabinet, *Strengthening Offshore Maritime Security*, Media Release, 15 December 2004, available at pmtranscripts.pmc.gov.au/release/transcript-21554. For a comment see, *inter alia*, N. Klein, *Legal Implications of Australia's Maritime Identification System*, in 55 *The International and Comparative Law Quarterly* 2, 2006, 337-368.

⁸⁸ These three fields are further ruled by other UNCLOS provisions: see Article 60 on artificial islands, installations and similar structures; Article 246 on marine scientific research; and Articles 208-210-211-220 on pollution.

states' in their EEZs, restricting it to exploration, exploitation, conservation and management of living resources. In the light of this, there is no doubts about the economic vocation characterising the EEZ and underlying the jurisdiction granted to coastal states in this zone. Against this background, as underlined by some Authors, the control of military activities in EEZ is admissible insofar as it concerns fields in relation to which the UNCLOS grants jurisdiction to coastal states.⁸⁹

Finally, it is necessary to take into account Article 59 dealing with cases in which coastal states and other states have competing interests in an EEZ. The provision identifies the basis for resolution in equity and all relevant circumstances, and in particular «the respective importance of the interests involved to the parties as well as to the international community as a whole». While being really vague, the open formulation⁹⁰ of this provision consents to elaborate an evolutionary interpretation about the jurisdiction coastal states are entitled to exercise in their EEZ.⁹¹ In the light of this, as authoritatively argued by a commentator, coastal states' claim to extend their jurisdiction within the EEZs for security reasons must be assessed taking also into account that fight against terrorism and pursuing of maritime security can be qualified as interests of international community as a whole.⁹² Without underestimating the developing role which can be played by Article 59 UNCLOS, and without definitely excluding the possibility to recognise a broader jurisdiction to coastal states, at the moment, it seems difficult to recognise the legitimacy of security powers claimed by coastal states in their EEZs. Indeed, these powers appear more functional to assure national security and military interests of coastal states than the international fight against terrorism.

Turning now to consider the specific case of Croatia's jurisdiction in the Junction Area, it is necessary to recall the distinction, identified by the Tribunal, between the prescriptive and enforcement jurisdiction of Croatia in this zone. As already recalled, Croatia keeps the right to adopt laws and regulations to implement the «generally accepted international standards in accordance with UNCLOS Article 39(2) and (3)». These provisions make reference to rules aiming to assure the navigation safety and the control and reduction of pollution.

⁸⁹ Cf. N. Klein, *cit.*, see in particular 356: «The enforcement of law relating to the protection of the offshore maritime security of a coastal state stands on less sure footing». See also R. P. Pedrozo, *Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus*, in 90 *International Law Studies* 514, 2014, 514-543: the functional nature of the EEZ emerges as a criterion to identify admissible limitations adopted by coastal states on military activities carried out in their EEZ at 524 ff.

⁹⁰ As regards this provision and its open formulation, cf. among others, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, *United Nations Convention on the Law of the Sea*, vol. 2, Leiden, Boston, 2013, 569; D. R. Rothwell, T. Stephens, *cit.*, 87.

⁹¹ In this sense, cf. N. Klein, *cit.*, 360: as underlined by the Author, «the Convention has anticipated that the needs of the various actors in the international system may vary over time».

⁹² *Ibi*, 359-360; in the same sense, D. R. Rothwell, T. Stephens, *cit.*, 96.

Although the notion of navigation safety is not specified by Article 39, it seems possible to adopt a broad interpretation, including the maritime security.⁹³

As for the enforcement jurisdiction, the Award is clear in specifying that Croatia has the right to take enforcement actions only outside the Junction Area. So, *quid iuris* about Croatian enforcement actions in respect of its laws and regulations aiming to assure maritime security in the Junction Area: are these actions absolutely inadmissible or might they be admitted in some exceptional circumstances? Certainly, the enforcement actions in the Area are explicitly excluded by the Award to assure the freedoms of communication. Moreover, the EEZ regime artificially established does not consent to admit any exception because, as recalled above, the jurisdiction of coastal states must be completely excluded in relation to military activities carried out in EEZ by foreign states. So, a literal and restrictive interpretation of the Award would lead to exclude the admissibility of Croatian enforcement actions in relation to military activities carried out in the Junction Area.

However, a more respectful interpretation of Croatia's sovereignty might be adopted taking into account that, as specified by the Award, the regime established must be fulfilled in «good faith and in a reasonable manner» (para. 1133). In this regard, it is necessary to recall some meaningful elements. First, the difference between the original nature of the Junction Area and its fictitious nature: this zone is a body of Croatia's territorial sea in which the Tribunal has introduced the typical regime of an EEZ. Second, although – as underlined by the Tribunal – this zone is small, and Croatia keeps its enforcement jurisdiction outside of this Area, it is also true that the body of territorial sea dividing the Junction Area and Croatian territory is extremely narrow, especially at the North-east end. Third, the freedoms of communication cannot be suspended under any circumstances and are recognised regardless their innocent nature. In the light of the above, a “reasonable” interpretation of the Award might lead to retain that Croatia keeps the right to intervene in the Junction Area for security reasons in two exceptional circumstances. First, when ships or aircraft exercise their freedoms of communication in the Area in a manner amounting to a use or a threat of force: this attitude would not only be contrary to the principle of the use of high seas for peaceful purposes (Article 88 UNCLOS), but would also violate the customary norm prohibiting the use or threat of force. Second, when ships or aircraft exercise their freedoms in a manner which, while not amounting to a use or threat of force, poses a serious threat to maritime security: in these cases, Croatia's enforcement actions can be exceptionally admitted also in the Junction Area, when the implementation of enforcement measures outside the Area would not be enough to successfully contain the threat. It must be recognised that this interpretation, while based upon the good faith and reasonableness criteria recalled by the Award, risks to be too stretched and it might arise several objections. The case of military activities exemplifies that the

⁹³ In this regard, see the International Convention for the Safety of Life at Sea which, after the amendment introduced in 2002, rules some «Special measures to enhance maritime safety» (Chapter XI).

EEZ regime, characterising the Junction Area, is not always able to find a fair balance between the competing interests at stake; indeed, a broad (and stretched) interpretation of the Award represents the only chance to reach a really fair solution.

In this regard, it can be useful to recall the regulation of international straits under UNCLOS, and point out the difference from the regime created by the Arbitral Tribunal. Clarifying that «all ships» are entitled to exercise the transit passage (Article 38.1), the Convention does not leave any doubt about the warships' right to transit through international straits. Like other vessels, warships are requested to comply with duties defined by Article 39, and in particular with the duty to abstain from any threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of states bordering the strait, and to «refrain from any activities other than those incident to their normal modes of continuous and expeditious transit unless rendered necessary by *force majeure* or by distress». A question can arise as how to specifically define the “normal mode” characterising the transit of warships; however, without a shadow of doubt, the carrying out of military manoeuvres cannot be qualified as a normal mode of transit, and so it is not allowed in international straits.⁹⁴

5.3.2. Protection of marine environment in the Junction Area

Another “sensitive” issue in relation to which the balance between the freedoms of navigation and interests of bordering states can arise some questions, is the protection of marine environment and in particular the extent of jurisdiction bordering states are entitled to exercise in this regard.

A coastal state keeps jurisdiction with regard to the protection and preservation of the marine environment in its EEZ (Article 56.1.b(iii) UNCLOS); and foreign states exercising their rights in the EEZ must comply with the laws and regulations adopted by the coastal state (Article 58.3). These provisions are completed by the enforcement side of jurisdiction: indeed, according to Article 73, the exercise of coastal states' sovereignty in their EEZs entails that they have the right to take all necessary measures - including boarding, inspection, arrest and judicial proceedings - to enforce laws and regulations ruling the EEZ.⁹⁵ However, as regards the protection of marine environment in the Junction Area, the Award excludes the application of the EEZ regime. Indeed, as specified by the Award, in this Area Croatia keeps its prescriptive jurisdiction to implement the generally accepted international standards in the field of navigation safety and prevention, reduction and control of pollution; at the same time, the Award does not recognise any enforcement power to Croatia, even in relation to marine environment. Against this background, a literal interpretation of the Arbitral decision leads to conclude that Croatia does not have any right to enforce its environmental protection law in the Junction Area. Like for the control of military activities, one might sustain the possibility to adopt a less restrictive interpretation, based upon good faith and reasonable criteria. This interpretation

⁹⁴ In this sense, D. R. Rothwell and T. Stephens, *cit.*, 272-273.

⁹⁵ The enforcement powers of coastal states are further detailed by Article 220 UNCLOS.

might lead to admit that, given the importance recognised by international law to environmental protection, Croatia can take enforcement actions towards vessels violating generally accepted international standards in some exceptional cases, and in particular when the violation poses a serious threat to maritime environment, and the exercise of enforcement actions outside the Junction Area would not be enough to assure an effective protection.

At the same time, it is worth analysing the regime of international straits defined by UNCLOS. The enforcement powers of bordering states are not explicitly ruled by the Convention; on this account, as underlined by some commentators, the question remains whether or not coastal states are entitled to enforce laws and regulations adopted under Article 42.⁹⁶ Nevertheless, the environmental protection is the only area in relation to which UNCLOS explicitly recognises the enforcement jurisdiction of bordering states: it is significant in this regard Article 233 included in Part XII on the protection of marine environment. According to this provision, merchant vessels in transit which, following a violation of laws and regulations adopted by bordering states to assure navigation safety and prevent, reduce and control pollution, cause or threat «major damage to the marine environment of the straits», may be subject to «appropriate enforcement measures» by bordering states. The protection of marine environment is of such importance that bordering states are -explicitly- allowed to exercise their enforcement jurisdiction in relation to this field; however, the enforcement actions are limited to cases where a major damage to the marine environment has been realized or threatened.

668

Also as regards this issue, the regime of international straits proves to be able to balance the competing interests at stake. On the one hand, the bordering states' interests to protect their marine environment is secured by recognising them the right to enforce their environmental laws; and, as underlined by some commentators, the enforcement measures can also include the stopping of transit.⁹⁷ On the other hand, freedoms of navigations of other states are assured by limiting the enforcement actions of coastal states to only cases in which a major damage to environment has been realized or threatened.

6. Concluding remarks

Based on the foregoing analysis, it is possible to affirm that the Junction Area regime, on the one hand, combines different elements typical of the EEZ regime and of straits used for international navigation; on the other, this regime is characterised by some specific features. In particular, these three components can be traced in the following way. First, the interplay between the exploitation of maritime resources and freedoms of navigation is regulated by adopting the EEZ regime. Second, the prescriptive jurisdiction is defined by applying a modified version of straits regime: indeed, unlike states bordering straits, Croatia cannot

⁹⁶ As for this lack of clarity, cf. D. R. Rothwell, T. Stephens, *cit.*, 243; R. Lapidoth, *cit.*, 621.

⁹⁷ In this sense, cf. B.B. Jia, *The Regime of Straits in International Law*, New York, 1998, 154; D. R. Rothwell, T. Stephens, *cit.*, 243.

enact laws and regulations in relation to the loading and unloading of commodities, currencies and persons in the Area established by the Tribunal. Third, according to a restrictive and literal interpretation of the Award, Croatia's enforcement jurisdiction must be completely excluded in this zone; and this certainly represents quite a *unicum* within the international law of the sea.⁹⁸ In conclusion, the Junction Area is characterised by a *sui generis* nature the main element of which is the EEZ regime: indeed, the criterion defining the extent of the freedoms of navigation in the Area is represented by «high seas freedoms exercisable in an exclusive economic zone» (para. 1128).

As regards the specific nature of the freedoms of communication, as described by the Award, they seem to become more and more wide, and consequently they imply increasing restrictions on Croatia's sovereignty. The analysis of paragraphs 1123-1128 of the Award shows that some elements of these freedoms, namely the freedoms of navigation, overflight and laying of submarine cables and pipelines (para. 1123), and their non-suspendability, are reasonably necessary to assure their substance and effectiveness. Moreover, the Tribunal is able to fairly weigh the competing interests at stake when it specifies that the freedoms of communication do not entail the freedom to exploit, conserve and manage biological and mineral resources, the right to establish and use artificial islands and installations, the right to carry out marine scientific research, and the right to take measures for the protection or preservation of the marine environment (para. 1126). Thereafter, when the Tribunal does not impose the innocence nature of the passage and the submarines' duty to navigate on the surface, the balance starts to weigh in favour of Slovenian position: indeed, while these two aspects make the exercise of the freedoms of communication easier and more feasible, their non-provision would not have compromised their essence; on the contrary, it would have been more respectful of Croatia's sovereignty in its territorial waters. The balance of interests at stake ends up being definitely resolved in favour of Slovenia when the freedoms of communication are compared to the «high sea freedoms exercisable in an EEZ» (para. 1127-8); and consequently, the EEZ regime becomes the main element characterising this *sui generis* Junction Area.

Insofar as this Area is, to a large extent, assimilated to an EEZ, its regime must be defined by applying the UNCLOS provisions regulating this zone. This mechanism implies that the Junction Area is characterised by a discipline which aims at assuring the freedoms of navigation and consequently, entails some meaningful limitations on the sovereignty of coastal state. The point is that this kind of regime is "artificially" transposed by the Tribunal in an area placed within 12 nautical miles from Croatia's costs and which, from a natural point of view, is part of its territorial sea. The necessity to assure Slovenia's access to and

⁹⁸ As recalled by the Arbitral Tribunal, a similar regime can be found in the Treaty on the Redemption of the Sound Dues between Denmark and Sweden, signed at Copenhagen on 14 March 1857; according to Article 1 of the Treaty: «Aucun navire quelconque ne pourra désormais, sous quelque prétexte que ce soit, être assujetti, au passage du Sund ou des Belt, à une détention ou entrave quelconque». As regards the Danish strait see, among others, B.B. Jia, *cit.*, 115 ff.; M. Fornari, *cit.*, 292 ff.

from the high seas leads the Tribunal to apply in the Junction Area the regime of a zone, such as the EEZ, which was created to balance the economical exploitation of maritime resources and freedoms of high seas; instead, the Tribunal excludes to adopt the transit passage regime, which was created to assure «an international highway» between two different maritime areas. As already recalled, the Junction Area and transit passage in international straits share a similar rationale: they aim at assuring the freedoms of navigation in a narrow body of the sea and guaranteeing the sovereignty of states bordering the sea area in question. At the same time, the transit passage and the Area created by the Arbitral Tribunal are characterised by some differences; they mainly concern three aspects: the prescriptive jurisdiction, the enforcement jurisdiction, and the freedoms of navigation/freedoms of communication.

As for international straits, bordering states can exercise their prescriptive jurisdiction in relation to some areas (fishing activities; navigation security; loading and unloading of commodities, currencies and persons; and environmental protection) by implementing generally accepted standards, and not by applying more restrictive regulations in a unilateral manner; their enforcement actions are excluded with the great exception of violations causing or threatening a major damage to marine environment. As for the Junction Area, the prescriptive jurisdiction is similar to that recognised to states bordering international straits, although with exceptions in some meaningful areas, such as loading and unloading of commodities, currencies and persons; and the enforcement jurisdiction is completely excluded.

670

With regard to the freedoms of navigation through straits and freedoms of communication in the Junction Area, they share their non-suspendable nature; indeed, freedoms of navigation are guaranteed by securing a transit which cannot be suspended nor impaired; similarly, the freedoms of communication cannot be suspended «under any circumstances» and cannot be subject to «any controls or requirements». Besides this significant similarity, their main difference lies in the content characterising these freedoms: the transit through straits must be «continuous and expeditious». Instead, the freedoms of communication «are exercisable as if they were high seas freedoms exercisable in an exclusive economic zone».

This focus on the differences between the regime of international straits and the Junction Area, and in particular on the different extent of freedoms of navigation and freedoms of communication, allows to grasp the contradiction affecting these latter institute. As underlined above, freedoms of communication are assured «for the purposes of uninterrupted and uninterruptible access to and from Slovenia», and seems to be characterised by a strong functional vocation. Nevertheless, since the high seas freedoms exercisable in an EEZ become the parameter to define the extent of freedoms in the Junction Area, this Area misses the original aim underlying its creation. The military activities are paradigmatic in this regard. As the analysis showed, the content of freedoms of navigation characterising the EEZ is much wider than freedoms of communication, and

goes significantly beyond what would be strictly necessary to assure an «uninterrupted and uninterruptible access to and from Slovenia».

More generally, the analysis made on military activities and on protection of marine environment proves that a fair balance between the interests at stake in the Junction Area can only be reached by applying some good faith and reasonable criteria which, however, risk to lead towards a too stretched and questionable interpretation. Instead, in the light of the same rationale characterising the transit passage and the Junction Area, the application of international straits regime, along with some corrective elements, would have made it possible to find a fairer balance of the competing interests involved. On the one hand, it would have created an “international highway” joining Slovenia with the high seas; at the same time, the continuity and expeditiousness of the transit would have allowed the only passages strictly functional to the exercise of the freedoms of communication, without widening it beyond what is necessary. On the other hand, transit passage regime would have prevented Croatia from limiting communications beyond what is necessary to assure the navigation security and protection of environment.

In spite of these shortcomings, it cannot be denied the pioneering character of the Award adopted in the case *Croatia v. Slovenia*. The creation of a Junction Area between Slovenia’s territorial sea and the high seas represents a crucial innovation within the regime of states, such as geographically disadvantaged states, having a limited access to the high seas, and it might have some meaningful consequences in their future discipline. The establishment of the Junction Area is based upon the recognition that the right of access to and from the sea can be qualified as a “vital interest” of a state. This interest is so vital that its implementation legitimates some meaningful restrictions on the sovereignty and jurisdiction of its neighbouring state(s). As underlined above, the reasoning of the Tribunal confirms that the access to the sea has not acquired (yet) the status of a principle of customary law, and in this regard, it does not innovate the status of land-locked and geographically disadvantaged states under international law of the sea. Yet, the crucial importance recognised to the access to the high seas – along with the consequent restrictions placed on Croatia’s sovereignty – constitutes an important precedent and might be recalled in the future by land-locked and geographically disadvantaged states to strengthen their claims.

Hacia la unificación del derecho al asilo

di Paula Andrea Roa Sánchez

Title: Towards the unification of the right to asylum

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Right To Asylum; Non-refoulement.

1. – La *Opinión Consultiva sobre la Institución del Asilo y su reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de Protección* (en adelante OC o la Opinión Consultiva) que publicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o el Tribunal) en mayo de 2018, cobra especial importancia en el contexto latinoamericano por los debates que han existido alrededor del alcance y naturaleza del asilo, en particular, por la tendencia de la Corte en generar un derecho común en la región.

En primer lugar, la Corte otorga relevancia jurídica a la consulta al considerar seis de las siete preguntas formuladas por el Estado de Ecuador, a pesar de que solamente dos cuestiones incluyeran interpretación de normas y rechazara sólo una pregunta que, por su amplitud y falta de concreción, evidentemente no podía contestar.

Esto demuestra el interés de la Corte en resolver las cuestiones planteadas sobre el asilo, porque dos de ellas podrían haber sido rechazadas por tratarse de asuntos de hecho, como se refirieron algunas de las observaciones durante el trámite. El fundamento de estas observaciones fueron las preguntas relativas al caso de Julian Assange, quien se encuentra asilado en la embajada de Ecuador en el Reino Unido desde 2012 (§48).

En este apartado, la Corte logra fundamentar el por qué si consideró las preguntas que pareciera que hacen relación con el caso del fundador de Wikileaks, recordando que su competencia consultiva no responde a especulaciones teóricas, sino que tiene un alcance práctico (§47,53). Además, recuerda que únicamente desentrañará el alcance, naturaleza, propósito de la figura de asilo en el ámbito regional interamericano. Esto implica que las afirmaciones que realiza durante la OC-25/18 no afectarían a terceros Estados que no hagan parte de la OEA, como podría ser el caso del Reino Unido (§46).

De manera que el Tribunal confirma que el asunto, no sólo tiene relevancia regional, sino que no se configuran las causales para evitar analizar las seis preguntas respecto de la institución jurídica. Una de las causales para rechazar las solicitudes es que un caso sobre el cual se puedan formular las preguntas teóricas esté de hecho siendo tramitado en el Sistema. En sentido contrario, una prueba reciente es que en mayo del 2018 la misma Corte rechazó una solicitud de la Comisión Interamericana por tratarse de una solicitud con base en asuntos de hecho, porque los casos concretos estaban en trámite en la Comisión y el caso podría eventualmente llegar a la Corte (Corte IDH, *Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 29-5-2018, 6).

2. – En la OC-25/18 la Corte resuelve las cuestiones planteadas por el Estado ecuatoriano a partir de tres puntos fundamentales que estuvieron alineados con las conclusiones a las que llegó. El primero, respecto de la institución jurídica del asilo y sus clases; segundo, se ocupó de estudiar la tradición latinoamericana del asilo y el planteamiento sobre su constitución como costumbre latinoamericana; tercero, la conceptualización del principio de no devolución y su relación con el derecho humano a buscar asilo. Todo lo anterior a la luz de la interpretación del artículo 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH):

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

y el artículo XXVII de la Declaración Americana de los derechos y los deberes del hombre (en adelante Declaración):

Artículo XXVII. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

2.1. – Partiendo del primer punto, el Tribunal realiza una conceptualización de lo que significa el asilo en sus distintas concepciones: asilo territorial, asilo diplomático y el asilo bajo el estatuto del refugiado, así como una narración de la figura en el desarrollo histórico que sirve para enmarcar la problemática del contenido y distintos efectos jurídicos del asilo en los Estados Americanos, en los que a lo largo del tiempo se confundieron las instituciones jurídicas y las terminologías (F.A, *Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de Derechos Humanos*, IEP, 2016, 22,189).

Además de evidenciar los distintos tratados bilaterales y multilaterales celebrados a partir de concepciones, esta contextualización permite que la Corte realice una especie de marco teórico sobre las acepciones de la institución jurídica (§78).

Es claro que el asilo territorial y el diplomático se refieren a la protección que brinda un Estado a personas residentes o nacionales en otro Estado que están siendo perseguidos por motivos políticos, creencias, opiniones o actos que configuren delitos políticos o conexos. Ahora bien, en el asilo territorial la protección se brinda en el territorio del Estado, mientras que en el diplomático se otorga en navíos de guerra, aeronaves o campamentos (§67). En el mismo sentido el refugiado tiene una concepción ampliada, más allá de la definición en el Estatuto del Refugiado (1951), a partir de la Declaración de Cartagena (1984) que comprende la protección del Estado cuando personas nacionales o residentes en otro Estado tienen fundados temores de persecución por motivos de raza, sexo, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo o porque su seguridad, vida, libertad se han visto amenazadas por la violencia generalizada, violación masiva de derechos humanos (§68).

Cabe resaltar que todas estas modalidades de asilo surgen de las prácticas o necesidades que en el tiempo se han presentado, como la ampliación del concepto de refugiado que es propia del contexto de América Latina, concepto que se retomará en el comentario a esta OC cuando la Corte dilucida si el asilo diplomático constituye o no costumbre regional.

Esta clarificación terminológica la realiza la Corte a partir del derecho internacional y nacional, donde se evidencia la tendencia de unificar los conceptos de derechos humanos para que sean entendidos e interpretados en una forma específica por los Estados. En este apartado el Tribunal dota de contenido el artículo 22.7 de la CADH

y el XVII de la Declaración a partir de la interpretación de las expresiones “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales” y “territorio extranjero” (§138).

En el primero, el Tribunal trae a colación la OC-21/14 que tiene dos criterios para determinar quién es el titular del derecho se debe tomar el criterio bien sea la legislación nacional o de los convenios internacionales, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la CADH sobre respeto, garantía y adecuación del derecho interno. En cuanto al último, la Corte busca que se adopten todos los cambios legislativos necesarios que garanticen el derecho al asilo (§139). Si bien se puede tomar uno de los dos criterios, los Estados están obligados a hacer control de convencionalidad, entonces puede que además de tomar las medidas adicionales a nivel interno, se tenga que adecuar el mismo para armonizar lo que indica la legislación interna que no sea contrario a la CADH, en concreto a la OC.

En este caso se busca la armonización de la cultura jurídica común respecto del derecho humano del asilo y su protección donde la Corte es explícita en ser precisa al darle interpretación a la CADH y la Declaración (SGR. *El control judicial interno de convencionalidad*, 28, 2011, 129). Así, unificar criterios americanos respecto del asilo que por muchos años fue una institución con terminologías y efectos distintos de Estado a Estado.

Respecto de la segunda expresión, la Corte toma los criterios de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y concluye que se entiende se determinó esta expresión para diferenciarla del asilo territorial (§153). Lo cual demuestra un análisis detallado de las formas de interpretación en el derecho internacional, para que no exista duda razonable que, en efecto, lo que se quiso consagrar en el artículo de la Convención y en la Declaración fue el asilo territorial.

Entonces la OC es una oportunidad idónea para que los criterios y conclusiones que toma la Corte, a partir de su análisis tengan obligatoriedad para los Estados (§58). Si bien no como una fuente de derecho *stricto sensu*, pero si una fuente, cuando menciona que, no solo los jueces nacionales, sino todas las entidades del Estado deben tener como parámetro de convencionalidad la Opinión Consultiva (Pasando de Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 6-9-2006 [*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*] donde solamente se obligaba a los jueces, hasta Corte IDH, *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, 25-11-2003 [*fondo, reparaciones y costas*], 27)

En este sentido, la Corte tiene una tendencia a hacer vinculantes sus decisiones para los Estados, incluso las que no son contenciosas, bajo su naturaleza consultiva/contenciosa, con el propósito de la protección de los derechos fundamentales que funda el Sistema Interamericano (JCH *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, 10, 2008, 140).

2.2. – Sobre el segundo punto es importante resaltar que la Corte rechaza el concepto de asilo diplomático como una costumbre regional por falta de *opinio iuris*, además de resaltar que Estados Unidos ha sido un objetor persistente. Esta fundamentación parte de la historia, ya que la Corte afirma que no ha existido un acuerdo respecto de la institución de asilo diplomático, que ha sido considerado como una práctica humanitaria para salvar la vida de personas y evitar daños irreparables; adicionalmente se desvirtuó que desde la CADH o la Declaración se protegiera o reconociera el derecho al asilo diplomático (§161-162).

Si bien no es una figura que la Corte reconozca, los efectos jurídicos de esta igualmente dependerán de la soberanía de los Estados y estarían cobijados bajo el principio de no devolución que ha mencionado la Corte, tanto en la OC como en el caso de *Pacheco Tineo*:

De tal modo, si se complementan las normas anteriores con el corpus juris internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el

sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre. En consecuencia, cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. (Corte IDH, *Pachecho Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, 25-11-2013 [*excepciones preliminares fondo, reparaciones y costas*], 135-136).

2.3. – El último aspecto central en el desarrollo de la OC es la conceptualización del principio de no devolución y su relación con el derecho humano al asilo. El Tribunal reitera que el principio de no devolución es aplicable a los solicitantes de asilo, refugio y a los extranjeros en general, cuando se cuenta con evidencia que la devolución a su Estado de origen o de residencia pondrá en peligro su integridad, vida, seguridad o libertad. Esto emana del artículo 22.8 de la CADH (§186).

Así pues, los Estados deberán evaluar la situación de cada sujeto en particular para determinar si el retorno pone en peligro su vida y demás derechos. Esto implica que los Estados deben realizar entrevistas personales y evaluar las consecuencias del posible retorno. Es importante que, si se decide no retornar, la situación del extranjero o solicitante de asilo o refugio no debe quedar indefinida (§195).

Esta obligación que impone la Corte a los Estados implica que no violen el principio de no devolución y que implementen medidas para asegurar el cumplimiento de este. Es decir, que reiterando lo que la Corte había mencionado en *Pachecho Tineo* se deben implementar acciones que medien para hacer cumplir este principio.

Este es uno de esos argumentos de la Corte que maximiza la protección de derecho extendiéndola a casos que no estaban contemplados en la CADH, incluso, así el asilo diplomático no sea una de las acepciones reconocidas por la Corte para referirse a la institución genérica de asilo, estaría cobijada por esta protección de no devolución.

3. – Lo que el Tribunal concluye es que el derecho humano al asilo es un derecho que se relaciona con la protección que brinda un Estado en las instituciones jurídicas de asilo territorial y de refugio (Decide, 2). Como reiteración de lo expuesto, la Corte afirma que el derecho diplomático no está protegido en la CADH ni en la Declaración (Decide 3).

Sobre el principio de no devolución, es exigible por cualquier persona extranjera si el Estado donde se encuentra está ejerciendo un control efectivo. Por otra parte, se exige que el Estado cumpla con el principio, además, debe adoptar las medidas necesarias para que se evalúe efectivamente la situación del caso y considerar si es riesgoso entregar esa persona (Decide 3,4).

En definitiva, esta Opinión Consultiva es positiva para el SIDH porque se identifica con los miembros de la OEA y no únicamente quienes han reconocido jurisdicción a la Corte. En ella se pretende dar un criterio único del asilo territorial y del refugio, siendo positivo pero peligroso en caso de que en los tratados internacionales o en la legislación interna además de falta de claridad, exista una contradicción.

Emersione di un principio costituzionale: il *Conseil Constitutionnel* su *fraternité* e azioni umanitarie a favore dei migranti

by *Mattia Daicampi*

Title: An emerging constitutional principle: the Conseil Constitutionnel on fraternité and humanitarian actions supporting migrants

Keywords: : Principle of fraternity; Facilitation of illegal immigration; Right to help others for humanitarian purposes.

1. – Le dinamiche migratorie rappresentano una delle grandi sfide contemporanee degli ordinamenti europei, ed uno degli argomenti su cui si focalizza maggiormente il dibattito politico. La narrazione pubblica degli eventi ad esse legati si è concentrata negli ultimi anni su alcuni luoghi geografici dove sono avvenuti i fatti più rilevanti ed emerse tensioni e contraddizioni: il Mediterraneo meridionale, la rotta balcanica, Calais, la frontiera italo-francese. Proprio quest'ultima è stata teatro della vicenda che ha portato alla decisione n. 2018-717/718 QPC del 6 luglio 2018 del *Conseil constitutionnel* francese.

Essa trova origine in due procedimenti penali a carico di Pierre-Alain M. e Cédric H., due militanti di associazioni umanitarie condannati per aver fornito aiuto e supporto a migranti stranieri irregolari. Il reato loro contestato è il cosiddetto “reato di solidarietà” (GISTI - Groupe d'information et de soutien des immigrés, *Delit de solidarité: les origines*, in *Plein droit*, 2009/3, n. 82), che punisce il favoreggiamento all'ingresso, circolazione e soggiorno clandestini in Francia, la cui legittimità costituzionale è posta in discussione di fronte al *Conseil* attraverso un *Question prioritaire de constitutionnalité* rinviata dalla Corte di Cassazione.

Nella decisione, particolarmente attesa data l'attualità del tema e la grande attenzione e mobilitazione che i due procedimenti *a quo* hanno suscitato, i giudici, stimolati dalla Cassazione, adottano, per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale francese, la *fraternité* del celebre motto repubblicano come principio di riferimento per lo scrutinio della costituzionalità della legislazione penale ad essi sottoposta.

La sentenza risulta quindi molto rilevante, e offre numerosi stimoli alla riflessione, tanto per le sue conseguenze sul piano pratico rispetto alla disciplina in oggetto, quanto sul piano sistemico, per l'emersione di un nuovo parametro di

costituzionalità di portata simbolica e per la rappresentazione di alcune caratteristiche dell'approccio generale del *Conseil* ai rapporti tra giurisdizione costituzionale e discrezionalità legislativa.

2. – Le norme sottoposte al sindacato del *Conseil* sono parte del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (Codice dell'ingresso e soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo, d'ora in poi CESEDA), che disciplina organicamente la materia migratoria in Francia. In particolare, come anticipato, è oggetto di scrutinio l'impianto normativo del reato di favoreggiamento all'ingresso, circolazione e soggiorno irregolari, con la norma che lo introduce (art. L. 622-1) e quella che prevede ipotesi di esenzione dalla responsabilità penale per determinati soggetti e comportamenti (art. L. 622-4).

Più in dettaglio, l'art. L. 622-1 sanziona con pena detentiva di cinque anni e 30000 euro di pena pecuniaria chiunque faciliti o tenti di facilitare l'ingresso, la circolazione, o il soggiorno irregolari di uno straniero nel territorio francese, in via diretta o indiretta, ricomprendendo in maniera molto estesa qualunque azione possa rappresentare un supporto a questi fini, dovendosi considerare penalmente irrilevante solo l'aiuto puramente morale. Peraltro, la distinzione tra le fattispecie del favoreggiamento alla circolazione e quello al soggiorno irregolari (di importanza non trascurabile, visto il diretto regime delle esenzioni tra le due condotte, esplicitato *infra*) risulta materialmente poco chiara, e la giurisprudenza di merito ha finito per incriminare a questo titolo azioni volte genericamente a facilitare la presenza dello straniero irregolare sul territorio, senza valorizzare le due figure (si v. a questo proposito il commentario ufficiale alla decisione, disponibile sul sito web del *Conseil* http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm).

L'art. L. 622-4 prevede invece che non sia perseguibile il favoreggiamento al solo soggiorno irregolare nel caso in cui esso sia perpetrato da familiari o congiunti (n. 1 e 2), o da qualunque persona fisica o giuridica a condizione che l'aiuto non abbia dato luogo a corrispettivi diretti o indiretti, e che si estrinsechi nel fornire consulenza legale, oppure vitto, alloggio e cure destinati ad assicurare condizioni di vita dignitose allo straniero, oppure qualunque altro supporto finalizzato a preservare la sua dignità ed integrità fisica (n. 3).

In riferimento a tali norme, la QPC sottoposta dalla Corte di Cassazione al *Conseil* ne ipotizza l'illegittimità parziale per violazione dei principi di *fraternité*, di necessità e proporzionalità della pena e di legalità penale, nella parte in cui si perseguono le condotte di favoreggiamento anche con riferimento ad atti meramente umanitari, senza alcuna contropartita, e nella parte in cui l'esenzione di cui all'art. L. 622-4 non è estesa alle fattispecie di aiuto alla circolazione e all'ingresso.

3. – Occupandosi, in primo luogo, della assunta violazione del principio di fraternità, i giudici procedono innanzitutto (par. 7) alla sua definizione, riconoscendolo, come anticipato, per la prima volta quale principio di valore costituzionale e parametro di legittimità. Tale consacrazione è fondata sull'art. 2 della Costituzione francese, in cui è indicato il celebre motto della Repubblica «*Liberté, Égalité, Fraternité*», nonché sul preambolo e sull'art. 72-3 in cui vi è riferimento agli stessi tre lemmi come ideale comune della nazione, composta da Francia metropolitana e territori d'oltremare. Al

principio di fraternità, sul piano definitorio, è poi ricondotto un significato solidaristico, che si esplica nella libertà dei singoli di portare aiuto ad altri individui a scopo umanitario, a prescindere dalla regolarità del loro soggiorno sul territorio nazionale (par. 8). Tale precisazione assume una rilevanza fondamentale, poiché rappresenta uno dei requisiti dell'ammissibilità delle questioni di costituzionalità. Secondo le previsioni dell'art. 61-1 della Costituzione, infatti, una QPC può essere rinviata dal Consiglio di Stato o dalla Corte di Cassazione non in tutti i casi di violazione di norme di livello costituzionale, ma solo nel caso in cui una disposizione di legge «porti pregiudizio ai diritti e alle libertà garantiti dalla Costituzione».

Tuttavia, dalla fraternità non deriva un diritto incondizionato degli stranieri all'ingresso e soggiorno sul territorio nazionale, e, assunto che nessun principio costituzionale ha carattere assoluto, essa deve essere bilanciata con la salvaguardia dell'ordine pubblico, altro obiettivo di valore costituzionale, di cui è parte integrante la lotta all'immigrazione clandestina (par. 9). La conciliazione tra i due valori deve essere garantita dal legislatore, ed al *Conseil* spetta unicamente il controllo che la soluzione individuata sia equilibrata.

Tale equilibrio, nella ricostruzione dei *Sages*, non è però garantito dalle disposizioni impugnate. Infatti, come già accennato, l'esenzione dalla configurabilità del reato di cui all'art. L. 622-4 si applica esclusivamente alle ipotesi di favoreggiamento del soggiorno irregolare nel territorio francese, cosicché qualunque supporto fornito ad uno straniero per il suo ingresso o circolazione irregolare, di qualunque natura esso sia e qualunque finalità esso si ponga è sanzionato. Queste ultime due fattispecie, però, sono intrinsecamente differenti sul piano dell'offensività, poiché, a differenza dell'ingresso clandestino, l'aiuto alla circolazione non ha come conseguenza necessaria il generarsi di una condizione illecita, che sarebbe in tal caso già sussistente, a prescindere dal supporto fornito (par. 12). La mancata estensione della "clausola di esenzione umanitaria" alle ipotesi di aiuto alla circolazione ispirato da intenti solidaristici è da considerarsi, quindi, illegittima, ed il *Conseil* provvede ad una dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'art. L. 622-4 limitatamente all'espressione che limita la scriminante all'aiuto «al soggiorno irregolare», sopponendo anche al difetto di chiarezza nella fattispecie criminosa sottolineato *supra* (par. 13).

Successivamente, la decisione analizza l'ulteriore aspetto critico della disciplina rappresentato dalla specificazione delle condotte scriminate in base al n. 3 dell'art. L. 622-4 del CESEDA. Infatti, dalla norma di legge si evince che, nel caso di persone fisiche o giuridiche che forniscano prestazioni di aiuto senza contropartita allo straniero in condizione irregolare e che non siano ad esso legate da parentela o matrimonio, l'esenzione penale si applica pienamente solo nel caso di atti di consulenza giuridica, mentre negli altri casi essa è limitata dal perseguimento di determinate finalità (assicurare condizioni di vita dignitose per vitto, alloggio e cure, preservare la dignità ed integrità fisica del migrante per tutti gli altri aiuti).

I giudici, chiarendo ulteriormente la precedente definizione dei contenuti della *fraternité*, allargano e generalizzano lo spettro degli atti solidaristici ricompresi nella clausola di esenzione, imponendo una riserva di interpretazione: atteso che il principio di fraternità comporta il diritto individuale di aiutare liberamente gli altri con intento puramente solidale, e che, in base a quanto poco sopra stabilito, un bilanciamento costituzionale equilibrato consente di considerare esentate le condotte

di aiuto tanto al soggiorno quanto alla circolazione irregolare, le disposizioni dell'art. L.622-4 n. 3, per non violare il principio di fraternità, devono essere interpretate nel senso di estendere l'esenzione a tutti gli atti di favoreggiamento al soggiorno e alla circolazione, di qualunque natura, compiuti a fini umanitari (parr. 14-15).

Per quanto riguarda invece gli ulteriori vizi ipotizzati dalla QPC della Corte di Cassazione, il vizio di indeterminatezza ed equivocità, che integrerebbe la violazione del principio di legalità penale, come definito a partire dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e dall'art. 34 della Costituzione, è ritenuto insussistente (par. 19). Parimenti, la riserva interpretativa sopra ricordata, data la sua portata estensiva delle scriminanti, depotenzia i dubbi legati alla proporzionalità delle pene, che sono in definitiva destinate, per quanto riguarda il favoreggiamento al soggiorno e circolazione irregolari, a chi ponga in essere le condotte con finalità diverse da quelle puramente umanitarie (parr. 20-21).

In conclusione, meritano attenzione le statuizioni finali della decisione in commento. Sulla base della potestà ad esso riconosciuta dall'art. 62 della Costituzione, il *Conseil constitutionnel* ritiene di intervenire sugli effetti della propria pronuncia, e di rinviare al 1° dicembre 2018 l'effetto abrogativo dell'incostituzionalità riconosciuta. Infatti, l'espunzione dell'espressione «al soggiorno irregolare» dal testo di legge avrebbe come effetto l'estensione dell'esenzione penale non solo alle condotte di aiuto alla circolazione, che rappresentava il *vulnus* da riparare, ma anche al favoreggiamento all'ingresso irregolare, che è una condotta legittimamente perseguita. L'applicazione differita degli effetti della decisione consente di attendere l'intervento del legislatore, cui è riservata la piena discrezionalità nel definire la disciplina normativa (par. 23). Tuttavia, giacché risulta necessario, agli occhi dei giudici, fare cessare immediatamente l'incostituzionalità constatata, almeno in via provvisoria, essi provvedono anche a dettare un'indicazione operativa transitoria sull'art. L. 622-4 n. 3, imponendo che l'esenzione penale prevista sia applicata anche agli atti volti a facilitare la circolazione di uno straniero irregolare nel territorio, qualora siano accessori al soggiorno e realizzati per finalità puramente umanitarie (par. 24).

4. – Sono due i profili della decisione in commento che più di altri meritano un'ulteriore, seppur sintetica, analisi.

In primo luogo, evidentemente, al centro del quadro tracciato dalla sentenza si pone l'inedito utilizzo della *fraternité* come parametro di legittimità delle norme impugnate. La tecnica attraverso cui si riconosce valore giuridico al celebre lemma parte della *devise* repubblicana testimonia la proverbiale laconicità dello stile decisorio del *Conseil*. I giudici, infatti, si limitano ad indicare l'ancoraggio testuale all'interno della Costituzione in cui si trova citazione della fraternità e a dichiararne la natura di principio di valore costituzionale, senza ulteriore ricostruzione, come avevano fatto anche in passato in riferimento, ad esempio, al principio della dignità umana (decisione n. 94-343/344 DC del 27 luglio 1994).

Più interessante risulta invece il passaggio successivo, in cui il *Conseil* fa discendere dalla fraternità la libertà di aiutare altre persone a fini umanitari, in un tipico processo di estrazione di una regola da un principio generale (sul punto, più in generale, si v. R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992). La dottrina francese, in assenza di esplicite pronunce del giudice delle leggi, valorizzava in larga parte la

fraternité nella sua dimensione di solidarietà collettiva, come valore costituzionale di giustizia concretizzatosi nei diritti e legislazione sociale, in un'ottica in certo senso redistributiva che non è estranea anche, ad esempio, alla natura dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» di cui all'art. 2 della Costituzione italiana (P. Secretan, *Réflexion sur la fraternité*, in *Autre temps*, 1992, n. 36, pp. 54-63; M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français*, Paris, 1993). I *Sages*, invece, propongono una prospettiva individuale della fraternità, legata alla gratuità dei gesti di aiuto dell'altro, nell'ottica umanitaria che giustifica la dichiarazione di illegittimità delle norme sottoposte al loro scrutinio.

D'altra parte, non è la prima volta che questo stesso principio viene richiamato in questioni controverse di attualità, anche se la precedente definizione dei suoi contenuti è dovuta all'azione di istituzioni non giurisdizionali. Infatti, nel processo di approvazione della legge 2010-1192 dell'11 ottobre 2010 che impone il divieto di dissimulazione del viso nei luoghi pubblici, con particolare riferimento a *burqa* e *niqab*, un report emanato dalla Commissione parlamentare competente considerava tale misura necessaria a garantire il diritto generalizzato a «*vivre ensemble*», diretta concretizzazione proprio del principio di *fraternité*. Proprio tale argomento, dedotto dalla difesa del governo francese, è stato poi accolto dalla Corte EDU nella sentenza *S.A.S. v. France* del 1 luglio 2014 per negare che il divieto violasse la Convenzione, facendo leva sul margine d'apprezzamento riservato agli stati contraenti e sulla particolare rilevanza della *fraternité* per l'ordinamento giuridico francese.

Il riconoscimento attuato nella sentenza in commento, quindi, non chiude la questione dei significati attribuibili alla fraternità nell'ordinamento costituzionale francese, ma al contrario, definendo per la prima volta la funzione giuridica di tale principio apre a futuri nuovi sviluppi e nuove integrazioni di significato in via interpretativa.

Quanto alla natura del principio in questione, infine, è importante sottolineare il passaggio in cui il *Conseil* ne afferma, coerentemente con la natura di principio costituzionale ad esso assegnata, la bilanciabilità con altri principi di egual valore, tra cui la salvaguardia dell'ordine pubblico, concretizzata nell'obiettivo del contrasto all'immigrazione clandestina. Da ciò consegue una valutazione molto equilibrata operata dai giudici nelle questioni ad essi sottoposti, che li porta a dare solo parziale accoglimento alle richieste formulate dai ricorrenti e presentate nella QPC rinviata dalla Cassazione. Se quest'ultima paventava l'illegittimità della repressione di tutte le condotte puramente umanitarie di aiuto a stranieri irregolari, la decisione invece introduce la sopra citata distinzione tra favoreggiamento all'ingresso e favoreggiamento alla circolazione, sulla base dell'offensività delle due condotte. La sentenza del *Conseil*, dunque, riconosce di certo la rilevanza sociale e giuridica degli atti umanitari e impone un allargamento delle maglie dell'incriminazione di questi stessi comportamenti, ma non comporta certo una rivoluzione dell'approccio dell'ordinamento francese alla gestione dei flussi migratori né un'"apertura delle frontiere", come invece emerge da alcuni incauti commenti a caldo di stampo giornalistico (citati da M. Cavino, *La fraternité non apre le frontiere francesi*, in www.lacostituzione.info, 8 luglio 2018)

5. – Un altro aspetto di massimo interesse riguarda invece non tanto i contenuti materiali della decisione, quanto i rapporti funzionali tra giudice costituzionale e

legislatore. Il percorso argomentativo della sentenza in oggetto, infatti, si gioca in un continuo equilibrio del *Conseil* tra attivismo e *self-restraint*.

Tenendo a mente quanto siano forti nella cultura costituzionale francese il rispetto per le attribuzioni del Parlamento in rappresentanza del corpo elettorale e la avversione per il rischio di *gouvernement des juges*, non sorprende che il linguaggio della deferenza sia un filo conduttore della presente decisione. I *Sages*, infatti, in coerenza con la loro tradizionale impostazione, in ben tre passaggi riconoscono esplicitamente i limiti della propria potestà e la discrezionalità esclusiva riservata invece al legislatore nel definire nel dettaglio il bilanciamento tra valori costituzionali (par. 10), il rapporto tra fatto delittuoso e pena (par. 18), e le modifiche di disciplina necessarie per superare una incostituzionalità rilevata dai giudici (par. 23). D'altra parte, è testimonianza di tale carattere il fatto che nell'armamentario del *Conseil* manchino strumenti manipolativi paragonabili a quelli utilizzati da altre corti nazionali: in riferimento alla mancata estensione delle esenzioni penali alle condotte di favoreggiamento alla circolazione, esso provvede, al par. 13, come già accennato, ad una dichiarazione *tranchant* di illegittimità parziale, poiché non fa parte della sua prospettiva la possibilità di una sentenza additiva (illegittimità della norma di legge «nella parte in cui non prevede» l'applicazione anche all'aiuto alla circolazione). Il giudice delle leggi francese valuta quindi di lasciare intatto lo spazio di azione del legislatore, e rinvia di qualche mese l'applicazione della propria decisione, per consentire la necessaria integrazione legislativa della disciplina.

Allo stesso tempo, però, la riserva interpretativa posta dal *Conseil* ai parr. 14 e 15 rappresenta, con ogni evidenza, una manipolazione in senso estensivo della normativa oggetto di sindacato, che, pur evitando di intervenire sul testo di legge, raggiunge il medesimo obiettivo, integrando la “clausola di esenzione umanitaria” con nuovi significati, a partire dal contenuto giuridico “assegnato” alla *fraternité*. A maggior ragione il fatto che, in via transitoria, sia imposta l'applicazione di tale riserva a tutte le autorità coinvolte (par. 24) fa emergere l'immagine di un *Conseil* maggiormente proattivo, e considerare come il rispetto dei ruoli nei rapporti tra giudice delle leggi e Parlamento si giochi su un piano declamatorio e formale, mentre le conseguenze per la disciplina concreta del reato in questione sono immediate e direttamente scaturenti dalla decisione dei *Sages* (come rimarcato in un'altra nota alla presente sentenza, da A.M. Lecis Cocco Ortu, *Principio di fraternità e aiuto umanitario ai migranti irregolari: dal Conseil constitutionnel un'importante pronuncia sul “reato di solidarietà”*, disponibile su www.diritticomparati.it, 30 luglio 2018).

6. – L'equilibrio sembra essere, quindi, il tratto che caratterizza in maggior misura la decisione n. 2018-717/718 QPC: equilibrio tra valorizzazione della *fraternité* e riconoscimento del bilanciamento con la salvaguardia dell'ordine pubblico, equilibrio tra deferenza nei confronti del legislatore ed attivismo nel ridefinire i contorni della disciplina. D'altra parte, è innegabile il grande rilievo simbolico dell'avvenuto inquadramento giuridico, proprio nell'attuale frangente storico, di questo valore basilare della cultura repubblicana francese, diventato, nella sua accezione solidale ed umanitaria, parametro di lettura delle controverse vicende contemporanee. Aperta la strada della rilevanza costituzionale della *fraternité*, rimane l'attesa per scoprire se la decisione qui annotata si rivelerà solamente un episodio singolo, o se proseguirà il

processo di definizione progressiva dei significati di questo nuovo (ma antico) principio costituzionale.

Mr. President and Dr. Trump: La Corte Suprema americana tra “facial neutrality” e “reasonable observer” standard. Ultima puntata della saga Travel Ban?

by Simone Penasa

Title: *Mr. President and Dr. Trump*: US Supreme Court between “facial neutrality” and “reasonable observer” standard. The last step of Trump’s Travel Ban Saga

Keywords: Travel Ban; US Supreme Court; Migrants.

1. – Nell’ambito del diritto dell’immigrazione, spesso associato a obiettivi di sicurezza nazionale, l’epoca attuale può essere idealmente rappresentata attraverso l’immagine dei “muri”, materiali e giuridici, intesi quali strumenti essenziali al fine di governare il – o reagire al – crescente impatto che i fenomeni migratori stanno esercitando sugli Stati della Western legal tradition. Gli esempi di tale fenomeno possono essere molteplici, ciascuno con la propria specificità, dovuta al tipo di flussi migratori ai quali si tenta di reagire e ai motivi e agli obiettivi che le misure politiche e normative adottate dagli Stati mirano a raggiungere¹. Tali politiche, tanto nel contesto europeo quanto in quello statunitense, hanno avuto come effetto indiretto l’acuirsi del confronto tra potere legislativo ed esecutivo, da un lato, e giudiziario, dall’altro, conflitto che pare svilupparsi – con reciproci arresti – lungo una duplice direttrice: una “di contesto”, relativa alla compatibilità con i principi costituzionali delle misure adottate; l’altra “di sistema”, riguardante la definizione del concreto assetto e delle reciproche interrelazioni tra poteri.

La sentenza *Trump v. Hawaii* della Corte Suprema statunitense, adottata il 26 giugno 2018, esprime paradigmaticamente la tendenza appena descritta². Dopo una breve descrizione dei principali passaggi argomentativi utilizzati dalla Corte, l’analisi di tale decisione, che è destinata a orientare – quando non a condizionare – la futura giurisprudenza della Corte Suprema, si svilupperà alla luce delle direttrici alle quali ci si è appena riferiti. Sfruttando la divaricazione di prospettive prodottasi all’interno della Corte Suprema – la sentenza come noto è stata approvata a stretta maggioranza (5-4) – si opererà un confronto tra due catene argomentative che possono essere

¹ Recentemente, M. Fullerton, *Borders, Bans, and Courts in the European Union*, in *Roger Williams University Law Review*, 23, 2, 2018, 393-418.

² *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. __ (2018).

ricondotte, rispettivamente, al parametro della “facial neutrality” e a quello del “reasonable observer”. Sulla prima – la “facial neutrality” dell’atto – si è fondata l’opinione di maggioranza, redatta da J Roberts, che ha accolto il ricorso presentato dall’amministrazione Trump e ha di conseguenza eliminato la sospensione su tutto il territorio nazionale della Proclamation³ adottata dalla Court of Appeals del IX distretto⁴; il secondo parametro, al contrario, ha orientato la dissenting opinion di J Sotomayor (alla quale ha aderito J Ginsburg), che si discosta dall’opinione di maggioranza sia rispetto alla legalità dell’atto presidenziale in termini di delegation clause, sia alla sua legittimità rispetto all’Establishment Clause⁵. Pertanto, le opinions alle quali ci si è appena riferiti rispondono a “catene” argomentative alternative, che trovano fondamento in una diversa ricostruzione tanto della *ratio* quanto del contesto politico, giuridico e mediatico nel quale il Travel Ban 3.0 è stato adottato⁶.

In una prospettiva “di contesto”, sono due le questioni affrontate dalla Corte Suprema: sul piano della legalità dell’atto, la violazione dell’Immigration and Nationality Act (INA), nella parte in cui autorizza il Presidente a sospendere l’ingresso di cittadini stranieri nel caso in cui ciò sia «detrimental to the interests of the United States» (U.S.C. §1182(f)), sancendo al contempo che la concessione di un visto di ingresso non possa essere motivo di discriminazione fondata sulla cittadinanza della persona richiedente (§ 1152(a)(1)(A)); sul piano della legittimità costituzionale del medesimo, la violazione dell’Establishment Clause, sulla base di un’interpretazione della Proclamation quale espressione di un “anti-Muslims animus”, alla luce del quale i motivi di sicurezza nazionale formalmente dichiarati non sarebbero altro che pretesti (cfr. la dissenting opinion di J Sotomayor, su cui diffusamente *infra*) per giustificare una discriminazione nei confronti dei cittadini stranieri di religione islamica. Su entrambe le questioni, la linea di frattura delle opinions di maggioranza e di minoranza (in particolare, Sotomayor) si presenta come non risolvibile: in una prospettiva “di sistema”, i due percorsi argomentativi rispondono a concezioni diverse del rapporto tra poteri e, di conseguenza, della natura della funzione di controllo della quale la Corte Suprema è titolare. Dopo averle succintamente descritte, si opererà un’analisi critica delle medesime, anche alla luce della veemente reazione che la sentenza ha provocato all’interno della dottrina costituzionalistica statunitense.

2. Relativamente al potere di deroga attribuito dall’INA, l’opinione di maggioranza, sulla base dell’analisi testuale della norma (§ 1182(f)) e della relativa prassi applicativa, ritiene che al Presidente sia attribuita un’ampia discrezionalità nell’introdurre restrizioni all’ingresso ulteriori rispetto a quelle previste dallo schema legislativo, incontrando nel soddisfacimento dell’unica condizione prevista dall’Act –

³ Denominata in dottrina Travel Ban 3.0, cfr. ad esempio M. C. Dorf, *What’s Different—And What Isn’t—About Travel Ban 3.0*, in VERDICT. Legal Analysis and Commentary from Justia, 4 ottobre 2017, verdict.justia.com/2017/10/04/whats-different-isnt-travel-ban-3-0.

⁴ Su cui nella dottrina italiana C. De Santis, *La Corte Suprema dà il via libera al Travel Ban versione 3.0*, in *Diritti Comparati*, 1 febbraio 2018.

⁵ M. C. Locchi, *Il “Muslim Ban” del Presidente Trump alla prova dell’Establishment Clause: alcuni aggiornamenti*, in *Diritti Comparati*, 29 maggio 2017.

⁶ Per un’analisi aggiornata delle varie versioni del Travel Ban e dei relativi sviluppi giurisprudenziali: www.lawfareblog.com/topic/travel-ban.

il fatto che l'ingresso sia lesivo degli interessi nazionali – l'unico limite espressamente previsto⁷. Si tratterebbe pertanto di un'ipotesi di *delegation of power*⁸, che deve trovare, anche alla luce dei precedenti della Corte, un'applicazione ampia quando si trovi ad operare nell'ambito dell'immigrazione e della sicurezza nazionale.

Da tale premessa deriva un atteggiamento di deferenza da parte della Corte Suprema, la quale si limita a verificare la sussistenza di motivi di sicurezza nazionale che possano giustificare l'esercizio di potere presidenziale. Relativamente a tale ultimo aspetto, i giudici di maggioranza chiariscono come la valutazione debba limitarsi alla legittimità formale dell'atto, nel senso della verifica delle caratteristiche del processo decisionale concretamente adottato: il fatto che la Proclamation sia il risultato di una *ex ante* «comprehensive evaluation», finalizzata a verificare il livello di conformità degli Stati oggetto di indagine ai parametri definiti nella «information and risk assessment baseline» (*opinion of the Court*, 11), è considerata sufficiente, a fronte di un testo legislativo che chiaramente attribuisce un ampio potere discrezionale al Presidente. La legalità dell'atto è ulteriormente rafforzata dall'evoluzione che il Travel Ban ha avuto nel corso del tempo, in quanto la Proclamation, rispetto alle precedenti versioni, risulta chiarire in modo più dettagliato gli elementi di fatto che ne hanno giustificato l'adozione (Ivi, 12). L'attenzione esclusiva riservata alla legalità procedurale dell'atto, che rappresenta una conseguenza necessaria della prospettiva deferente assunta, consente di valorizzare la presenza di elementi che richiedono alle competenti agenzie un monitoraggio avente ad oggetto il livello di compliance raggiunto dagli Stati oggetto di osservazione, prevedendo in tal senso la trasmissione al Presidente di un report periodico (180 giorni). Il Presidente non ha pertanto esercitato in modo illegittimo il potere attribuito dal §1182(f) dell'INA, in quanto quest'ultimo – se «fairly read» – attribuisce l'autorità di imporre limiti di ingresso ulteriori a quelli previsti a livello legislativo, in particolare quando – sulla base di una esaustiva valutazione preventiva – ciò sia reso necessario al fine di tutelare interessi nazionali (Ivi, 18).

L'approccio della maggioranza della Corte Suprema rispetto al fondamento giuridico del potere presidenziale sembra richiamare il modello «two-principals»⁹, alternativo al modello del «faithful agent» del Congresso all'interno della dottrina della «de facto delegation», che contribuisce a razionalizzare i rapporti reciproci tra Congresso e Presidente nell'ambito della disciplina dell'immigrazione. Secondo il modello «two-principals», il Presidente sarebbe titolare di un ambito proprio di intervento discrezionale, in un rapporto non di sostituto ma di «policymaking counterpart» del Congresso¹⁰. Non si tratterebbe meramente di un mero trasferimento di potere verso l'esecutivo, quanto di uno schema di produzione e attuazione normativa finalizzato a ridurre la distanza rinvenibile tra la «law on the

⁷ Secondo la Corte, «It [§1182(f)] entrusts to the President the decision whether and when suspend entry (...); whose entry to suspend (...); for how long (...); and on what conditions (...)», pp. 10-11.

⁸ Sull'applicabilità della distinzione tra congressional and de facto delegation, P. Margulies, *Trump's Travel Ban at the Supreme Court: Deference Joined by Nudges Toward Civility*, in *Lawfareblog.com*, 26 giugno 2018.

⁹ A. B. Cox, C. M. Rodríguez, *The President and Immigration Law Redux*, in *The Yale Law Journal*, 125, 1, 2015, 110.

¹⁰ Ivi, 159-160.

books» e la «reality on the ground»¹¹, all'interno del quale i diversi poteri reagiscono alle reciproche scelte normative¹². Tale modello è destinato inevitabilmente a produrre uno spostamento della «policymaking gravity» verso l'esecutivo¹³. Tuttavia, secondo la richiamata teoria, il riconoscimento di una necessaria inte(g)razione tra produzione legislativa e attuazione amministrativa non comporterebbe una assoluta assenza di scrutinio relativamente alle scelte operate dal Presidente¹⁴: tale chiarimento appare ancor più opportuno, se si considera che gli Autori della teoria descritta si sono espressi in modo fortemente critico rispetto alle scelte operate dalla maggioranza della Corte Suprema nel caso Hawaii, sia con riguardo alla scelta di riferirsi alla «plenary power doctrine»¹⁵ sia in ordine alla scelta di applicare uno standard di giudizio particolarmente debole, il «rational basis review».

2.1. L'atteggiamento deferente assunto dalla Corte Suprema ha suscitato forti reazioni critiche all'interno della dottrina costituzionalistica statunitense, la quale ha evidenziato la presenza a più livelli di debolezze argomentative all'interno del *reasoning* della opinione di maggioranza.

A differenza di quanto sostenuto dalla Corte Suprema, la Declaration sarebbe viziata da eccesso di potere rispetto all'ampiezza della delega prevista a livello legislativo. La Corte Suprema avrebbe interpretato in modo eccessivamente ampio l'attribuzione di potere derogatorio previsto dal già richiamato §1182(f): quest'ultimo sarebbe destinato a svolgere una funzione più circoscritta, se interpretato in modo sistematico alla luce dell'impianto complessivo dell'INA¹⁶. A sostegno di questa tesi, viene richiamata la funzione attuativa attribuita dall'INA direttamente agli agenti consolari all'interno del procedimento di emanazione dei visti di ingresso, dovendosi pertanto garantire loro un margine di discrezionalità adeguato. Se il potere presidenziale in materia dovesse essere interpretato, come avvenuto nell'opinione di maggioranza, in senso assoluto, inevitabilmente si priverebbe di effettività la funzione, riconosciuta agli agenti consolari dall'INA se interpretata in modo sistematico, di gestire l'incertezza che è intrinsecamente connessa alla valutazione delle singole richieste di visto e di adottare le decisioni più adeguate al caso¹⁷.

Un siffatto approccio ha condotto la Corte, secondo tale filone dottrinale, ad assumere un atteggiamento di «uncritical deference»¹⁸, ulteriormente rafforzato (o indebolito, in termini di coerenza dell'argomentazione, secondo i commentatori più critici) dalla scelta di interpretare «in isolation» la norma che autorizza il Presidente ad esercitare il proprio potere derogatorio (Ivi, 40), rinunciando a una sua interpretazione sistematica, capace di valorizzare ad esempio quelle disposizioni che

¹¹ Ivi, 131.

¹² Ivi, 162.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ivi, 224.

¹⁵ A. Cox, R. Goodman, C. Rodríguez, *The Radical Supreme Court Travel Ban Opinion—But why it might not apply to other immigrants' rights cases*, in www.justsecurity.org, 27 giugno 2018.

¹⁶ P. Margulies, *The Travel Ban Decision and the Twilight of Judicial Craft: Taking Statutory Context Seriously*, in Roger Williams Univ. Legal Studies Paper No. 183, 24 agosto 2018, ssrn.com/abstract=323808740.

¹⁷ Ivi, 39.

¹⁸ Ivi, 25.

vietano di discriminare le persone che fanno domanda di visto di ingresso per motivi fondati sulla loro nazionalità (su cui subito infra). Se interpretato alla luce della legge “as a whole”, il potere attribuito al Presidente dal §1182(f) andrebbe inteso in senso limitato, assumendo una natura “interstiziale”, in quanto andrebbe concepito – a differenza della accezione “broad” e sostanzialmente illimitata attribuitagli dalla opinione di maggioranza – in funzione integratrice e non usurpatrice («supplanting») della procedura di visto ordinaria¹⁹.

La posizione richiamata coincide sostanzialmente con quanto affermato dalla District Court del IX Circuit, secondo la quale l’attribuzione di un potere derogatorio assoluto al Presidente avrebbe posto rilevanti questioni in termini di separazione di poteri²⁰. Tuttavia, in dottrina, si è rilevato come la posizione richiamata avrebbe potuto difficilmente trovare accoglimento davanti alla Corte Suprema, dal momento che – come peraltro riconosciuto esplicitamente nell’opinione di maggioranza – il testo della disposizione in oggetto non contiene alcun riferimento a limiti specifici al potere presidenziale, salvo il fatto che l’ingresso risulti «detrimental to the interests of the United States»²¹; inoltre, in materia di immigrazione e di sicurezza nazionale, le scelte discrezionali operate dall’esecutivo non risultano scrutinabili nel merito, alla luce della plenary power doctrine²².

Il filo conduttore di tali critiche è rappresentato da una competizione tra concezioni del rapporto tra poteri e in ultima analisi della funzione della Corte Suprema quale equalizzatore di tale rapporto: tanto il dato legislativo (interpretazione letterale o sistematica) quanto i precedenti giurisprudenziali sembrano offrire elementi utili a giustificare letture molto diverse, addirittura opposte, come del resto certificato significativamente dalla spaccatura interna alla Corte. La scelta tra esercizio legittimo o illegittimo di un potere derogatorio sembra correre, come anticipato in apertura, lungo la direttrice che tiene assieme la decisione del caso concreto, con le sue potenzialmente drammatiche ripercussioni in termini di tutela dei diritti delle persone coinvolte dall’applicazione della Declaration, e i suoi effetti in termini di equilibrio tra poteri. Tale ultima dimensione è stata identificata con l’immagine del potenziale duplice «structural spillover» provocato dalla sentenza: da un lato, quello che la opinione di maggioranza ha voluto scongiurare, rappresentato da «the danger that a judicial decision against the Executive or Congress could impair the effective performance of the political branches in the roles that the Framers envisioned»; dall’altro lato, ciò che la medesima opinione, se interpretata quale esempio di «undue deference», potrebbe indirettamente provocare, indebolendo «the court’s distinctive virtues of “judgment”, “moderation” and independence»²³. Nel far prevalere l’esigenza di evitare la prima deriva, l’opinione di maggioranza si è fondata su un’applicazione ampia della plenary power doctrine,

¹⁹ Ivi, 40.

²⁰ J. Weinberg, *The Travel Ban – What You Need to Know*, in *Michigan International Lawyer* #1, 2 marzo 2018, ssrn.com/abstract=3206309, 5.

²¹ Ibidem.

²² E. M. Maltz, *The Constitution and the Trump Travel Ban*, in *Lewis & Clark Law Review*, in corso di pubblicazione, 23 marzo 2018, ssrn.com/abstract=3148137, 4; cfr. anche A. Cox, R. Goodman, C. Rodríguez, *The Radical Supreme Court Travel Ban Opinion—But why it might not apply to other immigrants’ rights cases*, cit., che rilevano una discontinuità applicativa di tale dottrina rispetto alla giurisprudenza precedente.

²³ P. Margulies, *The Travel Ban Decision and the Twilight of Judicial Craft: Taking Statutory Context Seriously*, cit., 1.

mediante la scelta di un'interpretazione letterale della base legislativa (§1182(f)) che autorizza il potere presidenziale.

Tale approccio, basato sulla valorizzazione estrema del dato testuale, consente ai giudici di maggioranza di superare il teorico scoglio rappresentato dal divieto di discriminare sulla base della nazionalità i richiedenti un visto di ingresso, previsto dal §1152. Le garanzie previste da quest'ultimo, infatti, non si applicherebbero alle condizioni generali di ammissibilità (la fase di eligibility), la quale opererebbe in una sfera diversa rispetto alla successiva fase di valutazione delle condizioni di effettiva ammissibilità (admissibility/visa issuance): esclusivamente durante quest'ultima, pertanto, trova applicazione la tutela antidiscriminatoria prevista dal §1152 (p. 22). In dottrina, tale distinzione è stata criticata in quanto eccessivamente "formalistica"²⁴, comportando uno svuotamento sostanziale delle finalità di protezione nei confronti di discriminazioni fondate sulla cittadinanza del richiedente, senza peraltro considerare che la prassi applicativa dimostra come le due fasi – eligibility e admissibility – generalmente sono svolte contestualmente dalle medesime autorità consolari²⁵. I due momenti dovrebbero pertanto essere considerati fasi necessariamente correlate, provocando qualsiasi altra interpretazione la "nullità" sostanziale («nullity») della garanzia prevista dal §1152²⁶.

3. Se rispetto ai rilievi fondati sulla carenza di fondamento legislativo dell'atto presidenziale la Corte Suprema ha fatto prevalere un approccio deferente, ciò sembra essere avvenuto anche relativamente alla legittimità costituzionale rispetto alla Establishment Clause: la mancata attribuzione di rilevanza giuridica alle dichiarazioni del Presidente Trump, caratterizzate da un evidente spirito "anti-Muslim"²⁷ ma non richiamate tra le motivazioni enunciate nell'atto, rappresenta l'elemento che ha orientato in modo decisivo l'opinione di maggioranza sul punto. Al contrario, la dissenting opinion di J Sotomayor propende per una lettura delle finalità dell'atto alla luce delle dichiarazioni del Presidente Trump, le quali renderebbero evidente ad un «reasonable observer» che i motivi reali di ostilità (animus) nei confronti della religione islamica e dei suoi appartenenti vengono camuffati dietro la facciata di motivi connessi alla sicurezza pubblica formalmente enunciati (J Sotomayor, dissenting, 1).

Pertanto, se per la maggioranza il testo della Proclamation rispetterebbe il parametro della facial neutrality e della bona fide, legittimando uno scrutinio debole fondato sullo standard del rational basis test (opinion of the court, 32), nella dissenting opinion di J Sotomayor le finalità formalmente enunciate dall'atto presidenziale andrebbero in realtà valutate alla luce del contesto dal quale hanno avuto origine²⁸: assumendo tale seconda prospettiva, l'atto risulterebbe illegittimo, in

²⁴ «worst sort of formalism», J. Weinberg, *The Travel Ban – What You Need to Know*, cit., 6.

²⁵ Ancora P. Margulies, *The Travel Ban Decision and the Twilight of Judicial Craft: Taking Statutory Context Seriously*, cit., 47, che critica il fatto che la «majority's mechanistic distinction ignores this ground truth of immigration practice».

²⁶ J. Weinberg, *The Travel Ban – What You Need to Know*, cit., 6.

²⁷ Spirito che gli stessi giudici di maggioranza sembrano riconoscere: R. Primus, *No, the Supreme Court Won't Stop a Runaway President*, in www.politico.com, 26 giugno 2018.

²⁸ Sembra suggerire tale approccio anche E. Abdelkader, *The Muslim Ban and Separation of Powers Doctrine in Trump's America*, 1 agosto 2018, 8, [://www.ohchr.org/Documents/Issues/Racism/SR/NationalityImmigration/EngyAbdelkader_JD_LLM.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Racism/SR/NationalityImmigration/EngyAbdelkader_JD_LLM.pdf), la quale ritiene particolarmente rilevante in relazione proprio al contesto del Travel

violazione dell'Establishment Clause, in quanto a fronte delle reiterate dichiarazioni di Trump un «reasonable observer would readily conclude that the Proclamation was motivated by hostility and animus toward the Muslim faith» (J Sotomayor, dissenting, 4).

La dottrina che ha commentato la sentenza non appare concorde sul punto, anche se prevale una tendenza a riconoscere la rilevanza del contenuto delle dichiarazioni all'interno del giudizio di costituzionalità, quanto meno quale prova funzionale a ricostruire l'effettivo intento del Presidente²⁹, pur riconoscendo che storicamente i giudici della Corte sono stati riluttanti a rinvenire una «invidious motivation» da parte del Governo federale in casi in cui la legittimità costituzionale era in gioco³⁰. Se, pertanto, i precedenti giurisprudenziali non paiono precludere il riconoscimento del rilievo giuridico delle dichiarazioni del Presidente, in quanto finalizzate a chiarire le effettive motivazioni dell'atto ed eventualmente a escludere la bona fide delle medesime (Ibidem), non appare al contempo ricavabile da essi un obbligo di tenerne conto, considerando in particolare l'ambito di azione dell'atto (sicurezza nazionale e immigrazione³¹).

Al fine di comprendere in modo pieno la centralità di tale valutazione, non solo ai fini della decisione del caso ma anche dell'atteggiamento futuro della Corte rispetto alle scelte discrezionali compiute dall'amministrazione Trump, appare opportuno soffermarsi sulle linee argomentative seguite dalla maggioranza e nella dissenting opinion di J Sotomayor.

3.1. Come anticipato, il ricorso avverso la Proclamation sulla base della violazione dell'Establishment Clause si fonda sulla identificazione di un religious animus quale ragione giustificativa effettiva dell'atto presidenziale; di conseguenza, le finalità formalmente enunciate – una maggiore efficienza delle procedure di ingresso e motivi di sicurezza nazionale – non sarebbero altro che “pretesti” per discriminare gli appartenenti alla religione islamica (p. 27).

L'opinione di maggioranza riconosce espressamente che il rilievo attribuito alle dichiarazioni del Presidente risulta decisivo, specificando però la natura “facially neutral” dell'atto e il tradizionale atteggiamento deferente adottato dalla Corte nel valutare le decisioni assunte dal Governo in materia di immigrazione. J Roberts ritiene pertanto che, considerato che alla materia dell'immigrazione si affianca la rilevanza in termini di sicurezza nazionale, sia necessario applicare in modo “convenzionale” lo standard individuato in *Mandel* (30³²).

Ban il “Lemon test”, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971), secondo cui la Corte deve valutare «both direct and circumstantial evidence», incluse eventuali dichiarazioni rilasciate dai responsabili dell'atto.

²⁹ K. Shaw, *Speech, Intent, and the President*, in *Cornell Law Review*, 104, 20 giugno 2018, in corso di pubblicazione, ssrn.com/abstract=3200695, 50.

³⁰ J. Weinberg, *The Travel Ban – What You Need to Know*, cit., 4.

³¹ E. M. Maltz, *The Constitution and the Trump Travel Ban*, cit., 7, ritiene che «the claim that the travel ban should be found unconstitutional based on evidence of the subjective intentions of President Trump is inconsistent with the basic premises that are embodied in the plenary power doctrine itself».

³² Ivi, 6, in cui si ricorda come «In the cases where class-based distinctions on immigration have been challenged, the Supreme Court has uniformly refused to impose any constitutional restrictions on the authority of the other branches of the federal government to adopt such measures».

Da ciò la Corte Suprema deriva la necessità di applicare un «deferential standard of review», che individua nel rational basis test. Al fine di soddisfare tale parametro, è sufficiente che l'atto individui formalmente una giustificazione indipendente dai presunti motivi di incostituzionalità: a giudizio della maggioranza dei giudici, sussiste una “persuasive evidence” che i limiti all'ingresso introdotti dall'atto presidenziale abbiano un legittimo fondamento in motivi di sicurezza nazionale, che costituiscono una giustificazione indipendente da eventuali motivi di ostilità religiosa, dei quali il testo dell'atto non fa riferimento alcuno (34). Le caratteristiche del processo decisionale adottato confermerebbero questa valutazione: discostandosi in modo significativo dalle precedenti versioni del Travel Ban, la Proclamation è infatti il risultato di un'inchiesta svolta a livello mondiale, condotta da una pluralità di agenzie governative, che ha avuto ad oggetto diversi Stati “sospetti” alla luce dei parametri precedentemente individuati dall'amministrazione Trump e che ha dimostrato come le determinazioni prese riguardo ai diversi Stati fossero giustificate dal livello di *compliance* di ciascuno di essi rispetto agli standard di trasparenza, collaborazione e sicurezza previsti.

Inoltre, la Corte, coerentemente con la natura e la (limitata) pervasività dello scrutinio richiesto dal rational basis test³³, ritiene di non essere legittimata a svolgere un controllo di adeguatezza e proporzionalità delle misure previste, come proposto da J Sotomayor e da parte della dottrina che ha commentato la decisione³⁴. In questo passaggio argomentativo si esprime con chiarezza la scelta di adeguarsi alla political question doctrine: l'opinion afferma espressamente che «we [i giudici della Corte Suprema] cannot substitute our own assessment for the Executive's predictive judgments on such matters, all of which “are delicate, complex, and involve large elements of prophecy”» (35). Questo sembra essere un ulteriore punto di frattura rispetto alla ricostruzione delle finalità della Proclamation proposto da J Sotomayor, che esprime una netta difformità nell'intendere la funzione della Corte Suprema quale garante della constitutional supremacy anche nei confronti di atti altamente discrezionali dell'esecutivo³⁵.

Su tale presupposto, J Sotomayor propone una interpretazione alternativa di tutti gli snodi argomentativi della opinion di maggioranza. In particolare, se quest'ultima opta per una rigida distinzione tra dichiarazioni effettuate da uno specifico Presidente e autorità rappresentata dalla Presidenza in quanto istituzione, relegando il primo ad una sfera meramente “morale” priva di rilievo all'interno del controllo di costituzionalità, la dissenting opinion ritiene tale distinzione non percorribile. Rilevata l'insussistenza di adeguati elementi di fatto che possano supportare le esigenze di sicurezza nazionale formalmente richiamate³⁶, l'atto non troverebbe altra spiegazione che in un «anti-Muslim animus», quale emerge in modo

³³ Critici sull'utilizzo di questo parametro nell'ambito dell'antidiscriminazione A. Cox, R. Goodman, C. Rodríguez, *The Radical Supreme Court Travel Ban Opinion—But why it might not apply to other immigrants' rights cases*, cit.

³⁴ P. Margulies, *The Travel Ban Decision and the Twilight of Judicial Craft: Taking Statutory Context Seriously*, cit., 19, secondo cui il Travel ban sarebbe «unfit» in base al Cleburne means-end test.

³⁵ «Our Constitution demands, and our country deserves, a Judiciary willing to hold the coordinate branches to account when they defy our most sacred legal commitments», J Sotomayor, 28; di contro, J Kennedy nella sua concurring opinion ha affermato che «no every unconstitutional action has a judicial remedy».

³⁶ Secondo J Sotomayor «(...) Proclamation is divorced from any factual context from which we could discern a relationship to legitimate state interests», 16.

inequivocabile dalle reiterate dichiarazioni del Presidente Trump. A differenza di quanto concluso dalla maggioranza, non sarebbe pertanto possibile individuare alcuna motivazione alternativa in grado di giustificare in modo plausibile (J Sotomayor, dissenting, 17) i limiti all'ingresso introdotti dalla Proclamation e di superare di conseguenza la «clear connection» tra quest'ultima e le dichiarazioni del Presidente (18). In riferimento alla scelta di optare per lo standard della mera plausibilità della motivazione, è stato rilevato come ciò costituisca un distacco rispetto alla giurisprudenza precedente, secondo la quale la Corte Suprema non avrebbe mai giustificato una politica in materia di immigrazione manifestamente discriminatoria su base religiosa, nel caso in cui ciò risultasse palesemente incostituzionale nel periodo storico di riferimento³⁷.

A sancire in modo simbolico la assoluta inconciliabilità tra le due traiettorie argomentative descritte, occorre sottolineare che gli elementi richiamati dalla maggioranza al fine di rafforzare la propria decisione – in particolare la previsione di significative eccezioni alla sospensione dell'ingresso in favore di numerose categorie di cittadini stranieri (ad esempio i rifugiati) e di un sistema di eccezioni individuali da valutare caso per caso alla luce di una serie di parametri predeterminati³⁸ – vengono da J Sotomayor qualificati come meri pretesti («sham», J Sotomayor, dissenting, 22). L'applicazione del meccanismo di eccezione sarebbe infatti sostanzialmente impedito, da un lato, dalla natura «ad hoc, discretionary, and seemingly arbitrary» della procedura alla frontiera; e, dall'altro, dalle caratteristiche della prassi applicativa, che si dimostra essere molto diversa da quella prevista dalla Proclamation e che viene condotta secondo modalità non ordinarie³⁹.

4. La contrapposizione tra i parametri della «facial neutrality» e del «reasonable observer» sembra spostarsi inevitabilmente da un livello «di contesto», corrispondente al giudizio relativo alla legittimità dell'atto, a un livello «di sistema», che coinvolge le dinamiche tra i poteri nonché la natura della funzione e l'ambito dei poteri della Corte Suprema. L'approccio rigidamente deferente della maggioranza potrebbe contribuire a orientare, considerata anche la rilevanza giuridica, politica e mediatica della «saga» Travel Ban, le future linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte Suprema: a fronte di un progressivo consolidamento del modello «two-principals» quale criterio di modulazione dei rapporti tra esecutivo e legislativo⁴⁰, e a un corrispondente spostamento della «policymaking gravity» verso il primo, un'applicazione debole dei poteri della Corte potrebbe correre il rischio di alterare il seppur dinamico equilibrio tra poteri fondato sul principio dei checks and balances (cfr. J Sotomayor). Tale rischio viene percepito anche all'interno della dottrina statunitense, all'interno della quale si è sottolineato il rischio – richiamato in

³⁷ A. Cox, *Why a Muslim Ban is Likely to be Held Unconstitutional: The Myth of Unconstrained Immigration Power*, in *Justsecurity.org*, 30 gennaio 2017, il quale riconosce come la plenary power doctrine non trovi un'applicazione sempre coerente e prevedibile.

³⁸ Ciò è previsto nel caso in cui il diniego provochi disagi sproporzionati; l'ingresso non costituisca una minaccia per la sicurezza pubblica; l'ingresso sia nell'interesse degli Stati Uniti, 37.

³⁹ Cfr. la dissenting opinion di J Breyer.

⁴⁰ D. S. Rubenstein, *Taking Care of the Rule of Law*, in *George Washington Law Review*, 86, 1, 146, ssrn.com/abstract=3067131.

precedenza – di uno «structural spillover»⁴¹ derivante da un atteggiamento giurisprudenziale eccessivamente deferente, il quale verrebbe a privare il sistema dei poteri di un necessario fattore di bilanciamento.

Lette attraverso i precedenti, le due impostazioni sembrano attribuire accezioni diverse al principio enunciato (significativamente, proprio da J Kennedy) in *Boumediene v. Bush*, secondo cui la Corte Suprema – pur essendo chiamata ad astenersi da questioni riguardanti la sovranità nazionale, in quanto spetta agli organi politici effettuare le necessarie scelte discrezionali – non può in ogni caso «To hold the political branches have the power to switch the Constitution on or off at will»: quest'ultima eventualità provocherebbe infatti un'anomalia all'interno di un sistema di governo basato sulla tripartizione dei poteri, «leading to a regime in which Congress and the President, not this Court, say “what the law is”»⁴².

Dalla sentenza in esame sembra emergere una interpretazione debole del precedente richiamato, venendosi a identificare uno spazio di esercizio di discrezionalità politica, potenzialmente in grado di incidere in modo indebito su principi costituzionali fondamentali, rispetto al quale non è possibile attivare la funzione di controllo tipicamente attribuita alla Corte Suprema (cfr. la concurring opinion di J Kennedy): parafrasando quanto affermato dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 1 del 2014, la sentenza in commento sembra avere creato «una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico», dilatando in modo significativo il tradizionale ambito di applicazione della political question doctrine e rischiando di conseguenza di determinare «un vulnus intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato» (è rinvenibile un'analogia nelle considerazioni conclusive di J Sotomayor).

Anche l'attenzione con la quale l'opinione di maggioranza distingue tra condanna morale – secondo alcuni rinvenibile sottotraccia nelle parole di J Roberts – delle dichiarazioni di Trump e illegittimità di un atto emanato dal Presidente, inteso quale potere⁴³, finalizzata in una prospettiva “di contesto” a rafforzare la discrezionalità del secondo in ambiti politicamente centrali (immigrazione, sicurezza nazionale), può, se calata in una prospettiva “di sistema”, contribuire a rafforzare quanto meno l'apparenza di un arretramento dell'ambito di controllo della Corte Suprema⁴⁴. Ciò potrebbe attivare un processo graduale di riduzione della legittimità costituzionale nella legalità formale, quando l'autorità dell'esecutivo venga esercitata in materie che riguardano il nucleo forte dell'indirizzo politico di

⁴¹ P. Margulies, *The Travel Ban Decision and the Twilight of Judicial Craft: Taking Statutory Context Seriously*, cit., 1.

⁴² *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 765 (2008), 35-36 («Abstaining from questions involving formal sovereignty and territorial governance is one thing. To hold the political branches have the power to switch the Constitution on or off at will is quite another. The former position reflects this Court's recognition that certain matters requiring political judgments are best left to the political branches. The latter would permit a striking anomaly in our tripartite system of government, leading to a regime in which Congress and the President, not this Court, say “what the law is.” *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803)»).

⁴³ Critici sul punto A. Cox, R. Goodman, C. Rodríguez, *The Radical Supreme Court Travel Ban Opinion—But why it might not apply to other immigrants' rights cases*, cit.

⁴⁴ Secondo R. Primus, *No, the Supreme Court Won't Stop a Runaway President*, cit., «the larger lesson of today's decision may be about the limited role that the judiciary will play in checking the power of a dangerous president».

un'amministrazione e dell'esercizio delle funzioni fondamentali di un ordinamento statale.

Al fine di scongiurare tale deriva, la Corte avrebbe potuto dichiarare illegittimo l'atto per incompatibilità con il quadro legislativo considerato nel suo complesso, senza attivare lo strumento del controllo di costituzionalità, in modo da lasciare agli organi politici un adeguato spazio «to tailor their approaches without the rigidity of a constitutional rule»⁴⁵. È stata inoltre proposta una lettura “riduttiva” della portata dei principi enunciati nella sentenza, secondo la quale la eccezionale deferenza dimostrata dalla Corte sarebbe riservata esclusivamente ad un determinato tipo di casi – relativi alla politica di immigrazione connessi alla sicurezza nazionale – risultando di conseguenza irrilevante in altri ambiti, anche quando aventi ad oggetti i diritti dei cittadini stranieri⁴⁶. Una soluzione intermedia, nell'ottica della salvaguardia dell'equilibrio tra poteri senza al contempo sacrificare eccessivamente gli effetti prodotti dall'applicazione della separation of power doctrine, si sarebbe potuta trovare nella dichiarazione di illegittimità della Proclamation per violazione dell'ambito della delega attribuita dal Congresso attraverso il §1182(f) dell'INA, intrepresa non «in isolation», senza pertanto attivare il canale della illegittimità costituzionale sulla base dell'Establishment Clause⁴⁷.

5. In conclusione, una valutazione prospettica degli effetti prodotti dalla sentenza e dagli snodi argomentativi analizzati sembra confermare la duplice natura di questi ultimi.

In termini di “contesto”, in dottrina è stato evidenziato l'impatto negativo che l'entrata in vigore del Travel Ban ha prodotto non solo sulle categorie di individui oggetto della sospensione, ma anche di quelle potenzialmente beneficiarie di meccanismi di deroga rispetto al blocco introdotto. Occorre sottolineare a tal riguardo che J Breyer (dissenting opinion) individua quale condizione di legittimità dell'atto l'effettiva applicazione “as written” del sistema di esenzioni ed eccezioni previste dal medesimo (2), concludendo come alla luce della prassi applicativa e delle statistiche a disposizione essa non possa dirsi soddisfatta (3). Le statistiche relative ai richiedenti asilo e rifugiati provenienti dai Paesi interessati dal Travel Ban rilevano in tal senso che il numero delle richieste di ingresso negli Stati Uniti è diminuito in modo significativo⁴⁸ – effetti di analoga natura anche rispetto alla categoria, formalmente esentata dalla Proclamation, delle persone che fanno richiesta di ingresso per motivi di ricongiungimento familiare. Questa tendenza, se confermata, potrebbe certamente indebolire alcuni degli elementi che hanno contribuito in modo decisivo a orientare la maggioranza della Corte: la presenza di un meccanismo di esenzioni o eccezioni, da valutare caso per caso (36-37), viene infatti richiamato quale

⁴⁵ P. Margulies, *The Travel Ban Decision and the Twilight of Judicial Craft: Taking Statutory Context Seriously*, cit., 2.

⁴⁶ A. Cox, R. Goodman, C. Rodríguez, *The Radical Supreme Court Travel Ban Opinion—But why it might not apply to other immigrants' rights cases*, cit.

⁴⁷ P. Margulies, *The Travel Ban Decision and the Twilight of Judicial Craft: Taking Statutory Context Seriously*, cit., 24.

⁴⁸ R. Aldana, *The travel ban in numbers: Why families and refugees lose big*, in *The Conversation*, 11 luglio 2018, theconversation.com/the-travel-ban-in-numbers-why-families-and-refugees-lose-big-99064 e che si potranno avere – alla luce del rapporto rispetto al numero totale di ingressi (23.000 su un totale di 38.000 nel 2016).

aspetto ulteriore che sostiene la rivendicazione dell'esecutivo di legittimi motivi di sicurezza nazionale. La prassi attuativa adottata dalle autorità consolari, anche alla luce della guidance emanata dall'amministrazione Trump⁴⁹, risulta pertanto decisiva anche al fine di valutare gli effetti futuri della sentenza.

Se, come paventato in dottrina, la Proclamation ha avuto l'effetto di ridurre lo spazio di valutazione discrezionale attribuito dall'INA alle autorità consolari, trasferendolo nella piena disponibilità del Presidente, un eventuale svuotamento delle garanzie previste durante la procedura di ingresso dalla Proclamation potrebbe riaprire la questione della compatibilità dell'atto con il quadro tanto legislativo quanto costituzionale (Establishment Clause).

In tal senso, ulteriori episodi della "saga" Travel Ban non sembrano costituire un'ipotesi remota. La Corte Suprema, decidendo nel merito della questione, potrebbe avere implicitamente lasciato uno spazio aperto a futuri ricorsi aventi ad oggetto la legittimità delle politiche adottate dalle autorità di frontiera. L'asse si trasferirebbe in tal caso dalla legittimità ex se dell'atto a quella della sua attuazione, potendosi ipotizzare – pur tenendo conto che anche in tal caso alle autorità competenti è generalmente attribuita un'ampia discrezionalità («doctrines of consular nonreviewability»⁵⁰) – l'attivazione di rilievi di natura procedurale o l'assenza di rimedi adeguati a fronte del mancato rispetto nel caso concreto delle garanzie procedurali previste a livello normativo, come ad esempio la garanzia del diritto di presentare elementi rilevanti per l'adozione del provvedimento.

La soluzione alternativa proposta da J Breyer (dissenting opinion, 8) di rinviare il caso alla District Court competente, mantenendo gli effetti della ordinanza restrittiva (injunction) nei confronti della Proclamation nelle more della decisione, avrebbe consentito lo svolgimento di ulteriori indagini finalizzate alla valutazione della effettiva attuazione del sistema predisposto dall'atto presidenziale. Analogamente, è stato evidenziato come l'opinione di maggioranza si chiuda con un rinvio alla District Court «for further proceedings consistent with this opinion», all'interno dei quali non è precluso che possa essere verificato che il sistema di esenzioni ed eccezioni sia effettivamente eseguito e se concretamente queste ultime siano state concesse conformemente a quanto previsto dalla Proclamation⁵¹.

A prescindere dalla valutazione – alla luce di un'analisi "di contesto" o "di sistema" – attribuibile alla sentenza Trump v. Hawaii, un dato sembra insuperabile: l'opinione di maggioranza non ha messo fine a quella che è stata definita la "saga" Travel Ban. Al Contrario, il confronto tra giudiziario ed esecutivo, rinvigorito dalla pressione esercitata dai ricorsi presentati dalle persone direttamente interessate dall'applicazione della Proclamation, si è trasferito dalla valutazione di legittimità relativa all'*an* dei presupposti dell'atto a quella del *quomodo* della sua attuazione. Dopo la sentenza Trump v. Hawaii è stata proposta una class action in nome di un gruppo di cittadini statunitensi e stranieri, la cui domanda di ingresso è stata respinta o sospesa a causa della mancata attivazione da parte delle autorità competenti di una

⁴⁹ Come nota J Breyer, la guidance prevista dalla Proclamation, la cui previsione viene richiamata dall'opinione di maggioranza, non risulta ancora emanata.

⁵⁰ M. C. Dorf, *Silver Linings in an Otherwise Disappointing Travel Ban Ruling*, in *Verdict*, 27 giugno 2018, verdict.justia.com/2018/06/27/silver-linings-in-an-otherwise-disappointing-travel-ban-ruling.

⁵¹ J. Blackman, *Five Unanswered Questions From Trump v. Hawaii*, in *Lawfare*, 3 luglio 2018, www.lawfareblog.com/five-unanswered-questions-trump-v-hawaii).

procedura di accesso imparziale ed equa al programma di esenzione dal visto (visa waiver) introdotto dalla Proclamation, in violazione della Due Process Clause anche nella sua dimensione procedurale⁵².

I casi appena citati, l'esito dei quali non è ancora prevedibile, dimostrano come la funzione di controllo che le corti sono state chiamate ad esercitare nei confronti del Travel Ban, nonostante abbia subito una indubbia (per alcuni eccessiva ed indebita) contrazione in *Trump v. Hawaii*, è destinata a riespandersi in futuro, confermando il giudizio di chi – pur critico rispetto alle argomentazioni della opinion di maggioranza – ha riconosciuto che «even in the entry-ban saga, the judiciary did not give the President free rein»⁵³. La reazione giudiziaria alle precedenti versioni del Travel Ban ha indubbiamente contribuito in modo decisivo a orientare l'esercizio di discrezionalità da parte del Presidente in occasione della Proclamation, che significativamente è stata definita una «watered-down version» rispetto ai suoi precedenti e che esprime – quanto meno «facially» – contenuti e motivazioni non illegittime.

La “saga” Travel Ban non può dirsi pertanto esaurita dopo *Trump v. Hawaii*: la futura legittimità delle misure contenute nella Proclamation, affermata dalla Corte attraverso la scelta di far prevalere la “ragion di stato” perseguita da Dr. President sull'animus manifestato da Mr. Trump, dipenderà dal modo in cui le corti valuteranno le concrete modalità attuative della medesima.

⁵² «procedural due process rights», *Emami v. Nielsen*, Case No. 18-1587, U.S. District Court for the Northern District of California, 29 luglio 2018; cfr. anche il precedente caso, ancora pendente, *Alharbi v. Miller*, caso 1:18-cv 02435, 25 aprile 2018, New York Eastern District Court, citato da J Breyer, in cui un ufficiale consolare ha depositato un affidavit, nel quale afferma la assenza di discrezionalità nel corso della procedura di assegnazione dei visti di ingresso e che il “waiver process” è meramente apparente («window dressing», 7, analogamente al concetto di «sham» utilizzato da J Sotomayor).

⁵³ R. Primus, *No, the Supreme Court Won't Stop a Runaway President*, cit.

Sulla legittimità della differenza di trattamento dei lavoratori operata da un'organizzazione religiosa

di Alessandro Caprotti

Title: The legitimacy of the difference in treatment performed by a religious society

Keywords: Legitimacy, Difference in treatment, Religious society.

1. – Negli ultimi anni la tematica delle discriminazioni in materia di libertà religiosa muovendo non solo dal campo delle relazioni pubbliche e delle manifestazioni del pensiero, si è allargata anche ai rapporti tra privati, e in particolare ai rapporti di lavoro.

Una recente sentenza dalla Corte di Giustizia si è infatti occupata del rapporto e del contrasto che può nascere tra la libertà di autodeterminazione di un'organizzazione religiosa e il divieto di discriminazione per motivi religiosi.

La vicenda oggetto della sentenza riguarda il ricorso presentato all'autorità giudiziaria tedesca da Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung (Opera della Chiesa evangelica per la Diaconia e lo Sviluppo).

I fatti entro cui prende corpo la vicenda vedono come convenuta in causa un'organizzazione religiosa (e in particolare un ufficio della Chiesa Evangelica) che, in virtù dello status particolare di cui gode nell'ordinamento tedesco (così come in diversi altri ordinamenti), ha ampie libertà in materia di differenze di trattamento in motivo dell'appartenenza religiosa dei propri lavoratori. Non è in discussione infatti, che tale organizzazione possa prevedere determinati requisiti cui sottoporre ogni candidato al fine di un'assunzione; tuttavia, questa facoltà è spesso esercitata al confine tra applicazione legittima e discriminazione ingiustificata.

Il contrasto normativo che emerge dalla vicenda è quello causato dal rapporto apparentemente conflittuale tra la direttiva europea 78/2000 (in particolare articolo 4 paragrafo 2) e l'AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) "la legge generale sulla parità di trattamento" che ha trasposto la direttiva 78/2000 nel diritto tedesco.

2. – Dai fatti di causa emerge che, l'*Evangelisches Werk* aveva pubblicato nel 2012 un'offerta di lavoro per un progetto relativo alla stesura di una relazione con oggetto la Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale.

Nell'offerta veniva specificato, oltre a quelli che sarebbero stati i compiti da svolgere, che i candidati avrebbero dovuto segnalare di essere appartenenti a un'organizzazione religiosa tra quelle indicate dal bando (in particolare Chiesa Evangelica Luterana). La signora Vera Egenberger, pur avendo superato la prima selezione, non ha indicato di appartenere ad alcuna Chiesa e pertanto è stata esclusa dalla seconda fase.

Tale esclusione venne giustificata dalla mancata indicazione dell'appartenenza

religiosa della signora, requisito ritenuto fondamentale dall'organizzazione al fine dello svolgimento dell'attività lavorativa per cui la stessa aveva indetto la procedura di assunzione.

In considerazione della giustificazione addotta dalla Chiesa Evangelica, la signora Egenberger decise di proporre ricorso contro l'esclusione dinanzi all'*Arbeitsgericht Berlin* (Tribunale del lavoro di Berlino), affinché l'*Evangelisches Werk* fosse condannato a versarle l'importo di euro 9.788,65 per non avere rispettato il principio di parità di trattamento tra individui previsto dall'articolo 4 della direttiva europea 78/2000.

L'*Evangelisches Werk*, convenuta in giudizio, ha tuttavia eccepito la corretta applicazione dell'articolo 9, paragrafo 1, dell'AGG al caso di specie (il cui dettato prevede che: "ferme restando le disposizioni dell'articolo 8 [della presente legge], una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali nel rapporto d'impiego con comunità religiose, istituzioni ad esse correlate, a prescindere dalla forma giuridica, o associazioni che coltivano in comune una religione o convinzioni personali, è altresì lecita quando una determinata religione o convinzione personale costituisce, tenuto conto delle regole della coscienza ecclesiale della rispettiva comunità religiosa o associazione sotto il profilo del suo diritto all'autodeterminazione o a seconda della natura della sua attività, un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa").

Secondo quanto previsto dalla norma, pertanto, il diritto di richiedere l'appartenenza a una Chiesa cristiana rientra nelle facoltà attribuite alle organizzazioni religiose dalla libertà di autodeterminazione loro concessa. Peraltro tale facoltà, secondo quanto sostenuto dal difensore della Chiesa, risulterebbe ulteriormente ribadito anche dall'articolo 140 del *Grundgesetz* (Legge fondamentale per la Repubblica federale di Germania).

Inoltre, secondo la convenuta, predette disposizioni sarebbero del tutto conformi al diritto dell'Unione, poiché ricomprese all'interno dell'ambito di applicazione dell'articolo 17 del TFUE, il quale prevede la competenza di ogni stato membro di legiferare in materia di libertà e autodeterminazione delle organizzazioni religiose. A parere dei legali della Chiesa, quindi, stante la natura specifica dell'attività considerata nell'offerta di lavoro, l'appartenenza religiosa ad una Chiesa protestante costituirebbe requisito necessario e giustificato al fine del corretto svolgimento dell'attività da prestare.

Conseguentemente, in primo grado di giudizio, l'*Arbeitsgericht Berlin* ha parzialmente accolto il ricorso della sig.ra Egenberger dichiarando quest'ultima vittima di una discriminazione ingiustificata, ma limitando l'importo del risarcimento a euro 1 957,73.

Ritenendosi non pienamente soddisfatta dalla sentenza, l'attrice ha proposto appello che, tuttavia, è stato respinto dal *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg* (Tribunale superiore del lavoro del Land, Berlino-Brandeburgo, Germania) che non ha ravvisato illegittimità nel comportamento della Chiesa Evangelica ma ha considerato che le azioni della stessa rientrassero all'interno del margine di discrezionalità in materia di organizzazione interna prevista per le comunità religiose dall'AGG.

In considerazione di ciò l'attrice ha ricorso in BAG per ottenere la revisione della sentenza d'appello e il pagamento di un risarcimento adeguato.

In sede di revisione competente risulta essere il *Bundesarbeitsgericht* (Corte federale del lavoro, Germania). Il tribunale federale ritiene che la soluzione della controversia dipenda dallo stabilire se la distinzione dipendente dall'appartenenza religiosa, operata dall'*Evangelisches Werk*, sia lecita ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, dell'AGG.

Approfondendo maggiormente la questione, la Corte si domanda, inoltre, se il comportamento tenuto dalla convenuta sia legittimo ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, e se l'AGG sia conforme a quanto previsto dalla direttiva

Peraltro, il giudice, specifica che, non solo la differenza di trattamento prevista

deve rispettare le disposizioni della direttiva, ma la stessa deve rimanere coerente coi principi costituzionali comuni degli Stati membri i quali risultano essere principi generali alla base del sistema di diritto dell'Unione Europea.

L'analisi della Corte federale si sposta successivamente sulla ratio alla base dell'emanazione del citato art. 9 AGG; detto articolo, infatti, secondo l'interpretazione maggioritaria della dottrina tedesca, non solo ha l'obiettivo di regolare la materia della libertà di autodeterminazione delle organizzazioni religiose ma anche il compito di armonizzare la normativa con le nuove disposizioni e i limiti contenuti nella disciplina europea (come anche riconosciuto dalla Corte Costituzionale tedesca).

Tuttavia non è chiaro se il controllo giurisdizionale sulla legittimità della differenza di trattamento effettuata da una Chiesa debba limitarsi a solo un controllo di plausibilità dei requisiti indicati dall'autorità ecclesiastica; in tale caso, la distinzione tra attività strettamente legate alla cosiddetta "proclamazione del messaggio della Chiesa" (requisito necessario per operare legittimamente una differenza di trattamento) e attività neutre sarebbe di difficile riconoscimento.

In un quadro normativo così problematico, il giudice tedesco decide di rinviare la questione alla Corte di Giustizia ponendo i seguenti tre quesiti:

- se l'interpretazione, fino ad ora pacifica da parte della giurisprudenza tedesca, dell'articolo 9 AGG (presenza solo di un controllo di plausibilità ai fini della legittimità della differenza di trattamento) sia effettivamente conforme ai nuovi principi dettati dal diritto europeo;
- se il divieto di discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, sancito all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, attribuisca direttamente a un soggetto la facoltà di adire un giudice nazionale per la tutela dei suoi interessi e quali sono i poteri conferiti al giudice nazionale in materia di disapplicazione della normativa interna nel caso di specie.
- Secondo la Corte federale, infatti, la problematica risulta essere il contrasto tra l'obbligo di interpretazione conforme di disposizioni nazionali al divieto di discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali (sancito dalla direttiva 78/2000) e la libertà di autodeterminazione delle organizzazioni religiose sancita dall'articolo 17 TFUE;
- quali siano i requisiti che, per la natura dell'attività richiesta, possano configurare la possibilità di effettuare una differenza di trattamento in materia lavorativa da parte di un'organizzazione religiosa.

In merito al terzo quesito, peraltro, la Corte federale riconosce gli interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in argomento, tali soluzioni, tuttavia, secondo il giudice del rinvio, offrono solo rimedi individuali adatti a situazioni particolarmente circostanziate; ciò che invece la Corte tedesca chiede alla Corte di Giustizia è una serie di parametri, di carattere generale, che possano individuare la questione e sciogliere i dubbi interpretativi esposti dalla vicenda.

3. – La Corte di Giustizia in via preliminare identifica e circoscrive la questione all'interno della tematica della differenza di trattamento basata sulla religione, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 78/2000 ("gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d'adozione della presente direttiva o prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della presente direttiva, disposizioni in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per

lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione...").

La prima indicazione fornita dal giudice europeo consiglia di considerare, oltre al dato letterale della norma, anche il fine perseguito con l'emanazione della stessa operando anche un'interpretazione teleologica della direttiva (come già deciso dalla sentenza del 1° luglio 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433).

In ogni caso, partendo dal tenore letterale della disposizione, la Corte sottolinea che, in caso di dubbia interpretazione, se il controllo e l'interpretazione dei criteri indicati dalla direttiva 78/2000 fosse di competenza dell'organizzazione che intende mettere in atto la differenza di trattamento, l'articolo 4 sarebbe già di per sé vuotato di ogni significato.

Tale articolo infatti, afferma che, affinché possa ritenersi legittima l'applicazione di una differenza di trattamento: "la religione o le convinzioni personali devono rappresentare un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione".

In considerazione di ciò appare superfluo evidenziare che il controllo sull'effettivo rispetto dei requisiti indicati dalla direttiva non può essere lasciato alle singole organizzazioni che vogliono operare la differenza di trattamento, ma deve essere esercitato da un'autorità giudiziaria la quale deve verificare la compresenza di tutti i criteri indicati dalla norma europea.

La Corte, peraltro, aggiunge che, da un punto di vista finalistico, la norma inserita nella direttiva ha come obiettivo realizzare l'effettività del principio di parità di trattamento, in ambito lavorativo, in ogni Stato membro (si parla di concretizzazione del principio generale indicato dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea); proprio perché detto articolo ha finalità concreta, il giudice europeo asserisce come sia sempre presente l'obbligo per gli Stati membri di prevedere procedure, in particolare giurisdizionali, volte a far rispettare quanto previsto dalla direttiva.

La stessa Carta dei diritti fondamentali, inoltre, prevede che ogni persona, la quale è stata oggetto di una differenza di trattamento basata sulla religione nell'ambito dell'accesso a un posto di lavoro, abbia il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva per i diritti a lei spettanti dal diritto dell'Unione (in tal senso, sentenza del 16 maggio 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373).

Non si può in ogni caso negare che esista un diritto all'autonomia e all'autodeterminazione delle organizzazioni la cui etica risulti fondata su religione o convinzioni personali, come indicato dall'articolo 17 TFUE, tuttavia, proprio l'articolo 4 della direttiva 78/2000 funge da bilanciamento tra il diritto di ogni persona a non essere discriminata ingiustamente e autonomia delle Chiese alla propria organizzazione interna.

Risulta pertanto ovvio che, in caso di divergenza tra i due interessi sopra indicati, debba essere un'autorità giurisdizionale indipendente ad occuparsi di dirimere la controversia con il compito di trovare un giusto equilibrio tra diritti concorrenti.

La Corte sottolinea come, a suo giudizio, le disposizioni contenute nell'articolo 17 TFUE non evidenzino veri punti di contrasto con quanto previsto dall'articolo 4 della direttiva 78/2000; in tale articolo, infatti, si configura una sorta di neutralità dell'Unione rispetto alla libera autodeterminazione delle organizzazioni di tendenza; nulla vieta a tali organizzazioni di prevedere, per l'esecuzione di attività lavorative alle proprie dipendenze, requisiti di appartenenza a determinate confessioni religiose, purché tale previsioni rispettino gli elementi di essenzialità, legittimità e giustificazione indicati dalla direttiva.

Concludendo l'analisi sul primo quesito secondo i giudici esiste un diritto di ogni individuo a procedere presso le Corti nazionali per richiedere un controllo giurisdizionale sull'effettiva legittimità della differenza di trattamento in ambito lavorativo operata da un'organizzazione; tale controllo deve operare un bilanciamento

tra interessi concorrenti.

4. – La Corte, successivamente, passa in rassegna il terzo quesito posto sospendendo temporaneamente la verifica del secondo, così come richiesto dal tribunale tedesco; si sofferma, pertanto, sul contenuto della disposizione dell'articolo 4 direttiva 78/2000 ovvero cosa significhi, dal punto di vista pratico, verificare che l'appartenenza religiosa di una persona sia requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Come incipit al suo discorso, il giudice europeo premette che per verificare la legittimità della differenza di trattamento non significhi effettuare un giudizio di valore sull'etica e sui principi fondamentali alla base dell'organizzazione oggetto di controllo giurisdizionale. Il controllo, infatti, deve operare sugli eventuali comportamenti discriminatori posti in essere e non sui principi di cui l'organizzazione si fa portavoce (in tal senso, Corte EDU, 12 giugno 2014, Fernández Martínez c. Spagna, CE:ECHR:2014:0612JUD005603007).

La verifica, pertanto, deve sostanziarsi nella valutazione dell'effettiva necessità dell'appartenenza religiosa di una persona per il corretto svolgimento di un'attività ideologicamente orientata.

Per quanto concerne l'interpretazione degli elementi indicati dall'articolo 4 già citati, la disposizione stessa della norma evidenzia come il giudice, al momento del vaglio della sussistenza degli stessi nel caso di specie, deve avere riguardo non solo della cosiddetta “natura” dell'attività espletata ma anche del contesto entro cui essa deve essere eseguita; per semplificare il discorso della Corte l'attività entro cui viene attuata la differenza di trattamento potrebbe essere di per sé ideologicamente neutra, tuttavia, se la stessa viene effettuata all'interno di un contesto “sensibile” (vedasi un'attività puramente ricreativa presso un gruppo religioso ad esempio) la disciplina in altre sedi discriminatoria potrebbe comunque rientrare all'interno dei requisiti richiesti dalla direttiva 78/2000.

Tale interpretazione ha come obbiettivo non solo la salvaguardia dell'integrità dell'etica assunta dalle singole organizzazioni, ma anche la tutela della credibilità dell'etica stessa.

In ogni caso spetta al giudice nazionale verificare la sussistenza dei criteri nel caso di specie, prescindendo da giudizi di valore sull'etica adottata dall'organizzazione, controllando, pertanto, che la differenza di trattamento non sia che un diversivo al fine di attuare una politica discriminatoria senza una giustificazione fondata.

Andando ad analizzare più approfonditamente i requisiti indicati dall'articolo 4 la Corte ha affermato quanto segue:

- il carattere “essenziale” per il legislatore dell'Unione esprime l'appartenenza alla religione o l'adesione alle convinzioni personali su cui si fonda l'etica della Chiesa o dell'organizzazione in questione deve apparire necessaria, a causa dell'importanza dell'attività professionale che deve essere effettuata;
- il carattere “legittimo” è un termine usato dal legislatore europeo per garantire che il criterio relativo all'appartenenza alla religione o all'adesione alle convinzioni personali su cui si fonda l'etica della Chiesa o dell'organizzazione in questione non venga utilizzato per un fine estraneo a tale etica;
- il lemma “giustificato”, infine, implica non solo che il controllo del rispetto dei criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 possa essere effettuato da un giudice nazionale, ma anche che la Chiesa o l'organizzazione che ha stabilito tale requisito ha l'obbligo di dimostrare, che, la mancata applicazione della differenza di trattamento proposta, possa portare ad un rischio probabile e serio per l'etica di cui si fa portavoce o per il proprio diritto all'autodeterminazione.

Il giudice europeo, pertanto, si sforza di dare un'aura di concretezza ai tre criteri citati dall'articolo 4 cercando di fornire al giudice interno parametri e principi generali di riferimento su cui fondare il controllo di legittimità che è chiamato a fare.

Pare tuttavia opportuno evidenziare come la Corte riesca solo in parte nel suo intento di chiarificare il dato letterale fin troppo generale dell'articolo 4 della direttiva 78/2000; nonostante infatti cerchi di ancorare il discorso a elementi concreti il continuo riferimento a espressioni altrettanto generali come “rischio probabile e serio” non scoglie completamente i dubbi interpretativi che possono porsi sulla disposizione comunitaria, né sarebbe possibile farlo stante la lettera della norma (trattasi pur sempre di una disposizione generale la cui attuazione è lasciata ai singoli Stati membri).

La Corte, inoltre, cita un quarto criterio, non contenuto nella lettera della direttiva, ma di fondamentale importanza: il principio di proporzionalità. Tale elemento, infatti, benché non espressamente indicato nella norma, fa parte di quei “principi generali del diritto comunitario” alla base di ogni applicazione concreta della legge; pertanto, oltre alla valutazione sui criteri indicati dalla direttiva, il giudice interno deve verificare che l'applicazione della differenza di trattamento sia proporzionale al contesto entro cui viene applicata, operando un bilanciamento di interessi tra diritti individuali e libertà di autodeterminazione dell'organizzazione alla luce anche della proporzionalità della soluzione adottata (vedasi sentenze del 6 marzo 2014, Siragusa, C-206/13, EU:C:2014:126, e sentenza del 9 luglio 2015, K e A, C-153/14, EU:C:2015:453).

5. – Infine, la Corte di Giustizia conclude esprimendosi sul secondo quesito: se un giudice nazionale abbia l'obbligo, nell'ambito di una controversia tra privati, di disapplicare una disposizione nazionale che non possa essere interpretata in modo conforme all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78.

In tale occasione, il giudice europeo non dice nulla di più rispetto a quanto già formulato in precedenza (vedasi, sentenza del 19 aprile 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, nonché giurisprudenza ivi citata). Spetta al giudice nazionale interpretare le norme statali, attraverso i criteri di interpretazione tipici del sistema interno, in maniera conforme al diritto dell'Unione evitando un'interpretazione *contra legem* di tale disposizione nazionale.

La Corte, peraltro, ricorda come l'obbligo sussista anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che sia incompatibile con gli scopi di una direttiva. Da ciò si evince che un giudice nazionale non dovrebbe trovarsi nell'impossibilità di interpretare la norma interna in maniera conforme al diritto comunitario.

La questione all'apparenza, sarebbe più complicata se il giudice non potesse in alcun caso interpretare la norma nazionale conformemente alle disposizioni europee. In tale situazione, tuttavia, la Corte di Giustizia afferma come non sia tanto la direttiva 78/2000 a intervenire in aiuto del giudice quanto la Carta dei diritti fondamentali. È infatti la stessa Carta a sancire ufficialmente il principio generale della parità di trattamento come principio fondamentale dell'Unione Europea; tale indicazione, difatti, assume carattere imperativo grazie all'articolo 21 della Carta, la quale è di per sé sufficiente a conferire ai singoli il diritto ad ottenere parità di trattamento nell'ambito di una controversia in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione.

Inoltre, secondo il giudice europeo, occorre sottolineare che, al pari dell'articolo 21 della Carta, l'articolo 47 di quest'ultima, relativo al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, è sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale.

Le indicazioni fornite dalla Corte, pertanto, già di per sé evidenziano come il giudice nazionale non si sarebbe nemmeno dovuto porre l'interrogativo sul diritto del singolo di adire l'autorità giudiziaria poiché, nella situazione oggetto di controversia, non si tratta solamente di verificare che la norma interna sia conforme a una direttiva europea, ma che la stessa sia rispettosa dei principi cardine alla base dei trattati istitutivi dell'Unione stessa.

Viene poi precisato come il precedente impianto non sia messo in discussione nemmeno dalla circostanza che un giudice possa essere chiamato, in una controversia tra privati, a contemperare diritti fondamentali concorrenti che discendono dalle disposizioni del TFUE e della Carta.

Nel caso di specie, infatti, l'obbligo assegnato al giudice nazionale, di contemperare gli interessi posti in gioco dalle parti non incide sull'invocabilità dei diritti in questione né, tantomeno, sulla competenza del Tribunale a decidere sulla controversia (in tal senso, sentenze del 12 giugno 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333 e sentenza dell'11 dicembre 2007, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union, C-438/05, EU:C:2007:772).

Sulla questione, peraltro, viene in aiuto del giudice la stessa direttiva 78/2000 la quale ha tra i suoi compiti quello di coadiuvare l'autorità giurisdizionale nazionale a trovare un bilanciamento tra i diritti risultanti da diverse disposizioni della Carta di Nizza e del TFUE, ribadendo ulteriormente la cogenza degli obblighi indicati dalla Carta in circostanze come quelle di cui al procedimento principale (interessante è qui il richiamo che la Corte fa per analogia alla sentenza del 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709).

In esito all'analisi del secondo quesito, pertanto, la Corte di Giustizia dichiara che un giudice nazionale, è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'articolo 4 della direttiva 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza degli articoli 21 e 47 della Carta disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria.

Riassumendo quanto fin qui espresso e dibattuto si può quindi affermare che:

- l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 78/2000 stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in combinato disposto con gli articoli 9 e 10 di quest'ultima, nonché con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; lo stesso deve essere interpretato in maniera tale che qualora una Chiesa o un'altra organizzazione la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali allegghi, a sostegno di un atto quale il rigetto di una candidatura a un posto di lavoro al suo interno, che la religione costituisce un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale Chiesa o di tale organizzazione, una siffatta allegazione possa essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo;
- lo stesso articolo di cui sopra, deve essere interpretato nel senso che il requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa ivi previsto corrisponde a un requisito necessario e oggettivamente dettato, tenuto conto dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione di cui trattasi. L'applicazione di tale requisito deve essere conforme al principio di proporzionalità;
- un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme alla direttiva 78/2000, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza degli articoli 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria.

6. – Qualche parola di commento sui tre punti indicati dalla sentenza appena espressa.

Con riferimento al primo punto, il giudice europeo vuole ribadire la necessità di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ad ogni soggetto in caso di presunta discriminazione perpetrata ai suoi danni. La libertà di autodeterminazione di un ente privato in materia laburistica, infatti, non può limitare la possibilità di ricorrere al vaglio di un'autorità giurisdizionale in caso di controversia sulla supposta differenza di

trattamento illegittimamente avanzata dall'organizzazione. Si noti bene che la Corte non vuole entrare nel merito concreto della vicenda (statuendo sulla legittimità della differenza di trattamento operata dall'organizzazione religiosa) quanto piuttosto solo affermare il diritto di ogni persona a far valere i diritti previsti dalle norme comunitarie presso la giurisdizione nazionale invocando la competenza del giudice nazionale a decidere sulla questione.

Inoltre, il requisito dell'appartenenza religiosa, per essere considerato effettivamente fondamentale ai fini dell'attività lavorativa, deve essere requisito essenziale, legittimo e giustificato. Predetti criteri, indicati dalla direttiva, sono sottoposti ad un'analisi esegetica da parte della Corte attraverso il riconoscimento degli elementi fondamentali che compongono l'essenzialità, la legittimità e la giustificazione di un requisito. Gli elementi così ricavati dalla Corte hanno la funzione di coadiuvare il giudice nazionale nel verificare se la differenza di trattamento, posta in essere da un'organizzazione religiosa, rispetti o meno i requisiti indicati dalla direttiva 78/2000.

Oltretutto, la Corte europea precisa che lo stesso articolo 4 della direttiva vada interpretato in maniera tale che tale requisito fondamentale sia necessario all'applicazione dell'etica alla base dell'organizzazione religiosa, etica che tuttavia non deve essere giudicata nei suoi principi fondanti.

Il requisito dell'appartenenza religiosa, infine, deve essere valutato alla luce del principio di proporzionalità; il riferimento a tale principio generale è interessante principalmente perchè mette in guardia il giudice nazionale da un'applicazione troppo rigida dei criteri sopra elencati. La Corte di Giustizia ricorda, infatti, che sebbene la valutazione ai fini della correttezza della differenza di trattamento debba essere fatto sugli elementi indicati dalla direttiva, la soluzione prospettata dall'organizzazione religiosa non deve mai essere spropositata rispetto al contesto entro cui viene applicata; il principio di proporzionalità deve essere utilizzato quindi come parametro di controllo atto ad evitare situazioni che, apparentemente legittime, possano portare a soluzioni eccessivamente rigide e irrispettose dei diritti individuali dei singoli.

Perentoria è, in conclusione, la Corte sulla questione dell'interpretazione conforme di una norma interna al diritto comunitario; non solo ribadisce l'importanza di interpretare le disposizioni interne conformemente al diritto europeo (eventualmente anche contrastando orientamenti giurisprudenziali di interpretazione difforme), ma sottolinea anche come la conformità d'interpretazione sia un principio fondamentale del diritto dell'Unione espresso non tanto nella direttiva 78/2000, quanto piuttosto nella Carta dei diritti fondamentale e nei Trattati istitutivi.

Appare consequenziale notare come, secondo la Corte di Giustizia, il dovere di interpretazione conforme delle norme interne abbia valore fondamentale e sia considerato un principio base del sistema europeo stesso, con particolare riferimento ai casi di tutela e di esercizio di diritti individuali direttamente riconosciuti dall'Unione europea.

Menci: un passo in avanti nell' iter tracciato dalle Corti europee nella definizione del *ne bis in idem*?

di Teresa Cimmino

Title: Menci: a step forward in the process traced by the European Courts in the definition of *ne bis in idem*?

Keywords: *Ne bis in idem*; Criminal and administrative proceedings; Fundamental rights.

1. – La causa Menci (Corte giust., sent. 20-03-18, C-524/15, Menci) ha consentito alla Corte di giustizia di ritornare sul principio del *ne bis in idem* che, come è noto, soddisfa, allo stesso tempo, esigenze di giustizia sostanziale e di stabilità dei rapporti giuridici, ed esigenze di tutela del singolo, assicurandogli di non essere sottoposto a due procedimenti per gli stessi fatti e di non vedersi inflitte due o più sanzioni (C. Amalfitano, R. D'Ambrosio, art. 50, La Carta dei diritti fondamentali dell' Unione Europea, R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza; F. Pappalardo, O. Razzolini, cur., in *Le fonti del diritto italiano*, 1015ss). In questa causa il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del principio del *ne bis in idem* contenuto nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che nell'art. 4 del protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La domanda di rinvio pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di un procedimento penale a carico del sig. Luca Menci relativo ai reati in materia di IVA. Precedentemente, nel corso di un procedimento amministrativo al sig. Menci veniva contestato l'omesso versamento IVA e, in seguito ai dovuti accertamenti, l'Amministrazione Finanziaria italiana gli ingiungeva di pagare l'importo dell'Iva dovuto e gli infliggeva, in virtù dell'art. 1, comma 1, dlgs. 471/97, una sanzione amministrativa corrispondente al 30% del debito tributario. Successivamente, nell'ambito del procedimento penale instauratosi a carico del sig. Menci per gli stessi fatti, ossia omesso versamento IVA configurante il reato punito dall'art 10 bis, comma 1, e dall'art. 10 ter, comma 1 dlgs 74/2000, il Tribunale di Bergamo decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. In sostanza, il giudice del rinvio ha chiesto se l'art 50 della Carta dei diritti fondamentali, letto e interpretato alla luce dell'art 4 del protocollo n.7 alla CEDU, osta ad una normativa nazionale che prevede la possibilità di avviare procedimenti a carico di una persona per omesso versamento dell'IVA, qualora alla stessa persona sia già stata inflitta una sanzione amministrativa definitiva per i medesimi fatti.

2. – Prima di giungere al nocciolo della questione, così come decisa dalla Corte di Lussemburgo nella causa Menci, è opportuno ripercorrere brevemente il travagliato iter

percorso dalle due Corti, la Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo, nella definizione e applicazione del principio del *ne bis in idem*.

La Corte EDU è intervenuta in modo significativo nel 2014 con la sentenza *Grande Stevens* (Corte EDU, sent. 04-03-2014, *Grande Stevens c. Italia*). In tale occasione è stata posta all'attenzione della Corte la compatibilità del doppio regime sanzionatorio, amministrativo e penale, con il principio del *ne bis in idem*, tutelato a livello nazionale e sovranazionale. Innanzitutto, la Corte di Strasburgo applica i cd. Criteri Engel e, quindi, evidenzia la finalità afflittiva della misura sanzionatoria prevista per l'illecito amministrativo (art. 185 TUF), nonché valorizza la gravità della misura stessa e della condotta posta in essere, per arrivare alla conclusione che l'illecito previsto dall'ordinamento italiano come amministrativo debba essere considerato penale in virtù della concezione autonomistica che applica i detti criteri. Un ulteriore passaggio significativo della sentenza è quello in cui la Corte, richiamando il precedente *Zolotukhin* (Corte EDU, sent.10-02-2009, *Zolotukhin c. Russia*), afferma che nel delimitare l'ambito applicativo del *ne bis in idem* e, quindi, nel verificare che sussista il presupposto applicativo del divieto ossia l'identità del fatto, non occorre valutare gli elementi costitutivi della fattispecie astratta, l'*idem legale*; assume, invece, rilievo l'*idem factum* cioè l'identità del fatto storico concreto come contestato nei due procedimenti. Sulla base dei suddetti presupposti, la Corte sembra giudicare incompatibili con il principio del *ne bis in idem* (art 4, prot. n.7 CEDU) le disposizioni nazionali che prevedono, in presenza di uno stesso fatto, la possibilità di contestare due illeciti e di applicare due misure sanzionatorie, benché una misura, tra queste, sia qualificata dall'ordinamento nazionale come amministrativa, ma sia da ritenersi penale alla luce dei cd. criteri Engel.

In termini solo apparentemente differenti sembra essersi pronunciata la Corte di Giustizia nella sentenza *Akerberg Fransson* (Corte giust., sent. 26-02-2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*). Nel risolvere le questioni pregiudiziali che vertono sulla portata del principio del *ne bis in idem*, la Corte prende in considerazione il solo art. 50 della Carta dei diritti fondamentali e stabilisce che il principio di *ne bis in idem* ivi espresso non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale purché il giudice penale sia messo in condizione di conoscere della previa esistenza di una sanzione amministrativa per evitare un effetto punitivo eccessivo. Tuttavia, qualora la sanzione sia giudicata di natura penale e sia divenuta definitiva, l'art. 50 osta a che nei confronti della stessa persona vengano avviati procedimenti penali per gli stessi fatti.

A distanza di due anni dalla *Grande Stevens*, la Corte di Strasburgo chiamata nuovamente a pronunciarsi sull'ubi consistam del *ne bis in idem* sembra fare un cambio di rotta, interpretandolo in termini differenti. Di fatti, nel caso A e B contro Norvegia (Corte EDU, sent. 15-11-2016, A e B c. Norvegia) la Corte di Strasburgo afferma che il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, prot. 7, CEDU, non risulta essere incompatibile con una disciplina nazionale che nell'ambito di un approccio sanzionatorio di tipo integrato e coordinato, preveda, in presenza di uno stesso fatto storico, due illeciti penali con conseguenti misure afflittive, a condizione, però, che tra i due procedimenti accertativi e applicativi delle due sanzioni vi sia una connessione sostanziale e temporale. Vi è connessione sostanziale quando la duplicità dei procedimenti risulta essere conseguenza prevedibile della condotta; inoltre, nel corso dei due procedimenti si deve evitare qualsiasi tipo di duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove. Ed ancora, è necessario che nella fase di quantificazione della pena da applicare all'esito del secondo procedimento, il giudice tenga conto della pena applicata nel procedimento conclusosi per primo. Per quanto concerne la seconda condizione, la connessione temporale, la Corte EDU non pretende che i due procedimenti siano paralleli ma è sufficiente che i due procedimenti siano consecutivi, cioè che conclusosi il primo, il secondo procedimento non venga iniziato a distanza di un tempo irragionevolmente

lungo (v. R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, 2017, 35ss). Alla luce di quanto sopra esposto, è evidente la diversità di orientamenti sull'applicazione del *ne bis in idem* da parte della Corte EDU. In un primo momento (Grande Stevens) la Corte sostiene che la sola sussistenza di un doppio regime sanzionatorio per il medesimo fatto determina la violazione del suddetto principio. A distanza di due anni (A e B contro Norvegia) la stessa Corte riconosce la compatibilità delle previsioni nazionali di doppio regime sanzionatorio con il detto principio a condizione che vi sia una connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti.

3. – E' opportuno precisare che nel caso Menci, il Tribunale di Bergamo solleva il rinvio pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia chiedendo a quest'ultima di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letto alla luce dell'art. 4. del protocollo n. 7 alla CEDU quando la Corte di Strasburgo non si è ancora pronunciata sul caso Norvegia, quindi nella piena vigenza di quanto detto in Grande Stevens. In un contesto diverso, invece, sopraggiungono le conclusioni dell'Avvocato Generale, Campos Sánchez-Bordona, il quale, consapevole dell'esistenza di due orientamenti giurisprudenziali differenti, pur prendendo atto della maggiore autorevolezza della giurisprudenza enunciata nel caso Norvegia, proveniente dalla Grande Camera, formula determinate conclusioni (v. P. De Pasquale, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del divieto di ne bis in idem non è ancora finita*, in *dUE- Osservatorio Europeo*, ottobre 2017). Secondo l'Avvocato generale, in primo luogo, il nuovo criterio introdotto in A e B c. Norvegia dalla Corte di Strasburgo aggiunge notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti, mentre i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti, e devono comunque poter essere applicati in modo prevedibile e certo; in secondo luogo, pur riconoscendo che la giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 4 prot. 7 Cedu è di immediata rilevanza ai fini dell'interpretazione del diritto al *ne bis in idem* riconosciuto dall'art. 50 CDFUE, stante il disposto dell'art. 52 par. 3 CDFUE, a tenore del quale il significato e la portata dei diritti riconosciuti dalla Carta devono essere almeno pari a quelli conferiti alle corrispondenti garanzie sancite dalla Convenzione europea, questa soluzione rappresenta, in effetti, soltanto il livello minimo di tutela che il diritto europeo è chiamato a garantire, restando impregiudicata la possibilità di offrire un livello di tutela più elevato nell'ambito dell'Unione, ove ne sussista l'opportunità. Occorre dunque elaborare, a livello europeo, una nozione autonoma di *ne bis in idem*, verificando in particolare se e in che misura tale diritto fondamentale possa essere compreso ai sensi della disposizione generale di cui all'art. 52 par. 1 CDFUE, che ammette che i diritti della Carta possano essere limitati laddove la limitazione sia prevista dalla legge e risulti altresì, nel rispetto del principio di proporzionalità, necessaria rispetto a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Orbene, il 20 marzo 2018 la questione posta all'attenzione della Corte di Giustizia circa tre anni prima, giunge alla sua soluzione. In via preliminare, la Corte di Lussemburgo rammenta che in materia di IVA, in virtù del combinato disposto degli artt. 2 e 273 della direttiva 2006/112 e art. 4, paragrafo 3, TUE, gli Stati membri devono adottare tutte le misure legislative e amministrative necessarie ai fini della riscossione dell'IVA e della lotta contro la frode. Analogo obbligo grava in capo agli Stati membri ai sensi dell'art. 325TFUE che impone agli stessi di predisporre misure dissuasive ed effettive con il fine di contrastare le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea. Pertanto, per realizzare la riscossione integrale delle entrate provenienti dall'Iva e tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri godono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono avere sia natura amministrativa sia natura penale. Riguardo la natura penale dei procedimenti e delle sanzioni, la Corte richiama i predetti criteri: quello consistente nella qualificazione

giuridica dell'illecito nel diritto nazionale e gli altri facenti riferimento alla natura dell'illecito e al grado di severità della sanzione. Relativamente al primo criterio, l'ordinamento nazionale qualifica come amministrativo l'illecito e il corrispondente procedimento; per quanto riguarda il secondo criterio, occorre verificare se la sanzione abbia una finalità repressiva. L'art 13, comma 1 dlgs. 471/97, prevede in caso di omesso versamento dell'Iva dovuta, una sanzione amministrativa in aggiunta agli importi dell'Iva che il soggetto passivo deve pagare. Sembra, pertanto, che questa sanzione persegua una finalità repressiva. Per quanto concerne il terzo criterio, si rileva che la detta sanzione amministrativa abbia la forma di un'ammenda del 30% dell'Iva dovuta, che si aggiunge al versamento dell'imposta e detiene un grado di rigore elevato tale da far emergere la natura penale della detta sanzione. La Corte, dunque, conclude affermando che: "L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva".

La Corte evidenzia, come già affermato in precedenza, che ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, primo periodo, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. In base al secondo periodo del suddetto paragrafo, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione. In tale circostanza è pacifico che la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali così come procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale è prevista dalla legge. È altresì pacifico, secondo la Corte, che la normativa nazionale in discussione risponda a un obiettivo di interesse generale che consiste nell'assicurare la riscossione integrale dell'IVA dovuta. A tale proposito, la Corte richiamando una precedente giurisprudenza, afferma che gli Stati membri dispongono della libertà di scelta quanto alle sanzioni applicabili al fine di garantire la riscossione integrale delle entrate provenienti dall'IVA. In assenza di armonizzazione del diritto dell'Unione in materia, gli Stati membri possono quindi legittimamente prevedere tanto un regime nel quale i reati in materia di IVA possono costituire oggetto di procedimenti e di sanzioni soltanto una volta, quanto un regime che autorizza un cumulo di procedimenti e di sanzioni.

Alla luce di quanto sopra esposto, la Corte conclude affermando che l'articolo 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che preveda la possibilità di avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell'IVA dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi del citato articolo 50, a condizione che tale normativa ambisca a realizzare un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia di IVA, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari. Inoltre, tale normativa deve garantire un coordinamento tra i due procedimenti tale da limitare a quanto strettamente necessario gli oneri gravanti sugli interessati e deve prevedere norme che consentano di garantire che nella valutazione complessiva la severità delle sanzioni imposte sia proporzionale alla gravità del reato di cui si tratti. Quindi, la Corte assegna al giudice nazionale il compito di accertare, valutando complessivamente le circostanze del procedimento principale, che l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento

principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso.

4. – In concomitanza con la causa Menci, la Corte si pronuncia anche nella causa *Garlsson Real Estate* (Corte giust., sent. 20-03-2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*) e nelle cause riunite *Di Puma e Zecca* (Corte giust., sent. 20-03-2018, C-596/16 e 597/16 *Di Puma e Zecca*). In entrambe le circostanze, pur trattandosi di materie differenti, la Corte applica lo stesso ragionamento. Nella causa *Garlsson*, in materia di manipolazione di mercato, a dei soggetti già destinatari di una sentenza definitiva del giudice penale in applicazione dell'art. 185 t.u.f., viene inflitta dalla Consob una sanzione pecuniaria sostanzialmente penale, ai sensi dell'art. 187-ter t.u.f.. Pertanto, viene chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità di un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) nei confronti di un soggetto che abbia riportato condanna penale irrevocabile con la previsione dell'art. 50 della Carta, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale. Anche in questa circostanza la Corte giudica gli scopi posti alla base del doppio binario sanzionatorio, la tutela dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, idonei a giustificare la limitazione dell'art. 50 CDFUE ma precisa che nel caso di specie, l'onere gravante sull'imputato risulta essere eccessivo. Difatti, la sanzione prevista dall'art. 185 t.u.f. appare sufficientemente severa e quindi, idonea a reprimere il comportamento in questione in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva. Pertanto, la prosecuzione del procedimento formalmente amministrativo ma nella sostanza penale, di cui all'art. 187-ter t.u.f. eccede quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo che la normativa in materia di manipolazione di mercato mira a realizzare. Analogamente, la Corte si è pronunciata nella causa *Di Puma e Zecca* in materia di abuso di informazioni privilegiate, in un caso in cui dei soggetti pur essendo stati assolti, in sede penale, dall'imputazione per il delitto di cui all'art. 184 t.u.f. erano stati destinatari di una sanzione pecuniaria inflitta dalla Consob ai sensi dell'art. 187-bis t.u.f. Nel caso di specie la Corte riformula il quesito pregiudiziale proposto dalla Cassazione e si chiede "se l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6 osti a una disposizione nazionale, quale l'articolo 654 del cpp, che estende al procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria l'autorità di cosa giudicata di tali affermazioni in punto di fatto, operate nel contesto del procedimento penale". Riproponendo il ragionamento già applicato nelle sentenze *Menci* e *Garlsson*, la Corte, dopo aver ribadito che la tutela dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari sono obiettivi idonei a fondare la limitazione dell'art. 50 CDFUE, conclude affermando che "l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), letto alla luce dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati" (v. A. Galluccio, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, fasc.3/2018). Quanto affermato nelle predette tre sentenze sembra essere stato accolto, di recente, dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass., Sez. V, ud. 16 luglio 2018), in materia di manipolazione di mercato, di cui è nota solo l'informazione provvisoria in attesa del deposito delle motivazioni.

5. – In conclusione, è possibile osservare che la Corte di giustizia si è discostata dall'orientamento formulato dall'Avvocato generale. Quest'ultimo prospettava un livello di tutela del diritto al *ne bis in idem* più elevato di quello fornito dopo il cambio di rotta della Corte Edu e auspicava che la Corte indicasse dei criteri idonei a guidare i giudici nazionali nella soluzione uniforme dei problemi derivanti dal doppio binario sanzionatorio. Diversamente, la Corte di Lussemburgo con l'intento di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, nello specifico il preminente interesse alla regolare riscossione dell'Iva, ha deciso di affidare al giudice del rinvio il difficile compito di accertare l'esistenza di una "valida" giustificazione del cumulo di procedimenti, consistente nella realizzazione di un interesse generale. Inoltre, lo stesso giudice nazionale dovrà anche valutare che il coordinamento tra i procedimenti sia tale da rendere meno gravosi gli oneri in capo ai soggetti interessati e che la severità delle sanzioni non sia eccessiva rispetto alla gravità dei reati commessi. In tal modo, si correrà il rischio che la complessità e l'artificiosità di tale meccanismo di valutazione possa produrre effetti pregiudizievoli per i soggetti interessati, soprattutto in termini di prevedibilità della decisione giudiziaria e certezza del diritto. Di conseguenza, si potrebbe verificare una lesione del sistema di tutela dei loro diritti e, quindi, riaprire un possibile contrasto con quanto stabilito, di recente, dalla Corte Costituzionale. Quest'ultima, infatti, in merito all'esigenza di garantire la prevedibilità e la determinatezza delle norme penali, nella nota sentenza n. 115 del 2018 (Corte Cost, sent. n. 115/2018) ha precisato che il principio di determinatezza non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante l'elaborazione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura ai consociati una percezione sufficientemente chiara ed immediata dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta (v. C. Cupelli, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, fasc.6/2018). Inoltre, nella medesima sentenza, la Corte costituzionale rivendica la propria esclusiva competenza ad accertare il potenziale contrasto tra il diritto europeo, i principi supremi dell'ordine costituzionale e i diritti inalienabili della persona, ridimensionando, in tal modo, il ruolo riconosciuto, di recente, ai giudici comuni.

Dati personali: la nozione di “responsabile del trattamento” include il gestore di una *fanpage* presente su un *social network*

di Angela Correrà

Title: Personal Data: the concept of ‘controller’ within the meaning of that provision encompasses the administrator of a fan page hosted on a social network

Keywords: Personal data; Controller responsible for the processing of personal data; Powers of intervention of national supervisory authorities.

1. – Con la sentenza in epigrafe la Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sul delicato tema della tutela dei dati personali, offrendo un nuovo importante contributo nella risoluzione delle complesse questioni interpretative che la società odierna pone.

All’aumento della varietà di dati elettronici relativa a ciascun individuo, in parte dovuta alla comparsa dei social media e in parte dovuta alla crescita dei dispositivi mobili, dei dispositivi di sorveglianza e dei sensori collegati in Rete, si accompagna sempre più spesso il fenomeno del *webtracking* comportamentale, fondato su una tecnica di monitoraggio a fini commerciali e di marketing del comportamento degli utenti di Internet (frequentazione ripetuta di certi siti, interazione, parole chiave, produzione di contenuti on line), fino alla elaborazione di un vero e proprio profilo specifico per inviare messaggi pubblicitari perfettamente corrispondenti agli interessi dedotti (per un approfondimento sulla tecnologia del *tracking cookie*, si veda il parere 2/2010 del gruppo di lavoro «Articolo 29» per la protezione dei dati, del 22 giugno 2010, sulla pubblicità comportamentale). In particolare, attraverso l’impiego di *cookie* (*i.e.* file di controllo attivati sul computer dell’internauta all’apertura di un sito web), è possibile osservare le abitudini di navigazione degli utenti e identificare i loro interessi, permettendo così ai pubblicitari di ottimizzare le funzionalità dei siti web e di rivolgersi in maniera più mirata alle diverse fasce di utenti.

Affinché tali operazioni di tracciamento del comportamento di navigazione degli internauti siano conformi alle disposizioni dettate dalla normativa in materia di protezione dei dati personali è, però, necessario che sussistano gli specifici presupposti individuati dal legislatore europeo e, cioè, che gli utenti siano adeguatamente informati in ordine alla raccolta e all’utilizzo dei loro dati personali e che gli stessi prestino il previo consenso al trattamento dei propri dati personali.

Proprio la valutazione di conformità delle operazioni di monitoraggio comportamentale degli utenti alla normativa in materia di protezione dei dati personali, impone la necessità di chiarire l’ampiezza della nozione di responsabile del trattamento, l’individuazione del diritto nazionale applicabile e dell’autorità chiamata ad esercitare poteri di intervento.

In tale contesto si inserisce la recente pronuncia della CGUE del 5 giugno 2018, con la quale è stato statuito che l'amministratore di una fanpage su Facebook è responsabile assieme al social network del trattamento dei dati dei visitatori della sua pagina e che l'autorità per la protezione dei dati dello Stato membro, in cui tale amministratore ha la propria sede, può agire, in forza della direttiva 95/46, sia nei confronti di quest'ultimo sia nei confronti della filiale di Facebook stabilita in tale Stato.

2. – In dettaglio, la CGUE è stata investita, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, dalla Corte amministrativa federale tedesca della risoluzione di ben sei questioni di massimo rilievo relative alla interpretazione della direttiva 95/46/CE sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (ad oggi sostituita dal Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 o "GDPR").

L'occasione della pronuncia è stata offerta dalla controversia sorta tra l'Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (autorità di vigilanza regionale indipendente per la protezione dei dati dello Schleswig-Holstein) (in prosieguo, «ULD») e la Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, società di diritto privato specializzata nel settore della formazione (in prosieguo, «Wirtschaftsakademie»), avente ad oggetto la legittimità di un provvedimento emesso dall'ULD, motivato dall'asserita violazione della normativa tedesca attuativa della direttiva 95/46, con cui si intimava alla Wirtschaftsakademie di disattivare una fanpage presente sul sito del social network «Facebook». L'ULD aveva, infatti, rilevato che gli utenti della fanpage non erano informati della circostanza che Facebook raccogliesse i loro dati personali attraverso *cookie* attivati sul loro disco rigido, per realizzare statistiche destinate al gestore di detta pagina e permettere allo stesso Facebook di diffondere pubblicità mirate.

Come opportunamente ricordato dall'Avvocato generale, nelle proprie conclusioni, i gestori delle fanpage possono servirsi, gratuitamente e nel quadro di condizioni d'uso non modificabili, di statistiche realizzate grazie allo strumento di «Facebook Insights» per poi personalizzarle sulla base di vari criteri, come il sesso o l'età, e ricavarne informazioni dettagliate sulle abitudini e sui comportamenti degli utenti a cui inviare comunicazioni più mirate.

Ma, nel caso sottoposto all'esame della CGUE nè Facebook nè la Wirtschaftsakademie informavano i clienti della circostanza che i loro dati personali, raccolti per mezzo di *cookie*, venivano sottoposti ad un successivo trattamento. Da qui la decisione dell'ULD di intimare alla Wirtschaftsakademie, in qualità di responsabile del trattamento dei dati compiuto da Facebook e dei *cookie* attivati dallo stesso social network, la disattivazione della fanpage.

Alla decisione da ultimo menzionata la società di formazione si opponeva a mezzo reclamo e successivamente a mezzo ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo tedesco, adducendo di non poter essere considerata responsabile del trattamento dei dati realizzato esclusivamente da Facebook e che, in quanto tale, esulava dalla propria sfera di controllo o di influenza. L'autorità, pertanto, avrebbe dovuto agire direttamente nei confronti di Facebook e non contro di essa.

È in tale contesto che la Corte amministrativa federale tedesca ha sollecitato l'intervento della CGUE, affinché chiarisse se un provvedimento di disattivazione di una pagina web, come quello adottato dalla ULD, possa essere disposto anche nei confronti di un organismo (la Wirtschaftsakademie) che, in fatto e in diritto, non corrisponde ai criteri fissati dalla richiamata disposizione di cui all'art. 2, lettera d), della direttiva 95/46: infatti, sebbene il giudice del rinvio riconosca che, in nome di una tutela efficace della vita privata e della vita familiare, di cui agli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che costituiscono, come la CGUE ha più volte ribadito (in tal senso, ex multis, *Digital Rights Ireland*, punto 53; *Google Spain*, punti 53, 66 e 74 nonché *Schrems*, punto 39), la base per l'interpretazione della direttiva

95/46/CE, la nozione giuridica di «responsabile del trattamento» elaborata dal legislatore europeo, debba essere interpretata in maniera estensiva, tuttavia dubita che la società tedesca possa essere qualificata come tale. In realtà, essa non eserciterebbe alcuna influenza in ordine alle modalità con cui Facebook elabora i dati degli utenti in piena autonomia, nè assumerebbe rilievo la circostanza che la società tragga un vantaggio dalla raccolta di quei dati, effettuata a mezzo dello strumento di «Facebook Insights», gestito dallo stesso social network, che le sono trasmessi per il funzionamento della sua fanpage.

La CGUE, nella sentenza in esame, osserva che anche un amministratore quale la Wirtschaftsakademie deve essere considerato responsabile, all'interno dell'Unione, assieme alla Facebook Ireland del trattamento dei dati interessati, dopo aver rilevato che nessun dubbio sussiste in ordine al fatto che la società americana Facebook e, per quanto riguarda l'Unione, la sua filiale irlandese Facebook Ireland debbano essere considerate «responsabili del trattamento» dei dati personali degli utenti di Facebook, nonché delle persone che hanno visitato le fanpage presenti su Facebook, in quanto esse determinano, in via principale, le finalità e gli strumenti del trattamento di tali dati.

La Corte trae l'abbrivio del proprio convincimento dalla considerazione per cui la Wirtschaftsakademie e Facebook determinerebbero congiuntamente le finalità e le modalità di trattamento dei dati personali degli utenti della fanpage, che, nel caso di specie, avevano la possibilità di accedere a dati demografici, di geo-localizzazione e ad informazioni sullo stile di vita e sugli interessi di questi ultimi. Pur non essendo l'ideatore di «Facebook Insights», infatti, il gestore, permettendo il trattamento dei dati personali degli utenti della fanpage, aderisce al sistema introdotto da Facebook, accetta gli strumenti e le finalità del trattamento elaborato dal social network ed è, dunque, coinvolto nella loro determinazione. Inoltre, così come dispone di un potere di influenza determinante nell'avvio del trattamento dei dati personali degli utenti della pagina, il gestore ha anche il potere di farlo cessare, appunto disattivando la fanpage.

Per le ragioni suesposte, conclude la Corte, la circostanza che un amministratore di una fanpage utilizzi la piattaforma realizzata da Facebook per beneficiare dei servizi a essa collegati non può esonerarlo dal rispetto degli obblighi che su di esso gravano in materia di protezione dei dati personali.

A ben vedere, la scelta della CGUE di riconoscere una responsabilità congiunta del gestore del social network e dell'amministratore di una fanpage presente su tale network, in relazione al trattamento dei dati personali dei visitatori di tale fanpage, appare coerente con lo spirito della direttiva 95/46/CE, perchè contribuisce a garantire una più completa tutela dei diritti di cui godono le persone che visitano una fanpage.

A tanto si aggiunga che è ormai pacifico nella giurisprudenza della Corte che, affinché un soggetto possa essere considerato come responsabile del trattamento dei dati personali, ai sensi e per gli effetti della direttiva richiamata, non è necessario che disponga di un potere di controllo completo su tutti i singoli aspetti del trattamento medesimo. La CGUE, sul punto, già in occasione della nota sentenza del 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, ha evidenziato la natura ormai complessa dei trattamenti, che coinvolgono diversi soggetti che, a loro volta, esercitano diversi gradi di controllo. Anche in quest'ultima occasione, si ricorda che i giudici di Lussemburgo, accogliendo una nozione ampia di «responsabile del trattamento», avevano statuito che il gestore di un motore di ricerca, in quanto soggetto che determina gli strumenti e le finalità della sua attività, «deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, possibilità e competenze che quella attività soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/46/CE».

Ad ogni modo, il riconoscimento di una corresponsabilità non comporta un automatico ed equivalente grado di responsabilità dei diversi operatori nell'ambito delle operazioni di trattamento. Invero, come chiarisce la CGUE, secondo un approccio funzionale e sostanziale, esso deve essere valutato, di volta in volta, attraverso la puntuale valutazione delle circostanze del caso concreto e, in particolare, del livello di coinvolgimento dei singoli operatori nell'ambito dei trattamenti condotti dagli stessi.

3. - Con la terza e con la quarta questione pregiudiziale, il giudice del rinvio ha chiesto alla CGUE di pronunciarsi in ordine alla interpretazione degli articoli 4, paragrafo 1, lettera a), e 28, paragrafi 1, 3 e 6, della direttiva 95/46 quando una società controllante stabilita al di fuori dell'Unione europea, come Facebook Inc., fornisce servizi di social network nel territorio dell'Unione servendosi di vari stabilimenti. Nella sostanza ha chiesto alla Corte se l'autorità di controllo di uno Stato membro è autorizzata a esercitare i poteri che le conferisce l'articolo 28, paragrafo 3, di tale direttiva, nei confronti di una filiale situata nel territorio di tale Stato membro anche se, come nella fattispecie in esame, in base alla ripartizione delle funzioni all'interno del gruppo, da un lato, tale filiale è competente solamente per la vendita di spazi pubblicitari e per altre attività di marketing nel territorio di detto Stato membro e, dall'altro, la responsabilità esclusiva per la raccolta e per il trattamento dei dati personali grava, per l'intero territorio dell'Unione, su una filiale situata in un altro Stato membro, o se spetti all'autorità di controllo di tale ultimo Stato membro esercitare detti poteri nei confronti della seconda filiale.

In via preliminare, la CGUE ricorda (v., in tal senso, sentenza del 1° ottobre 2015, *Weltimmo*, C - 230/14, EU:C:2015:639, punto 51) che, ai sensi dell'articolo 28, paragrafi 1 e 3, della direttiva 95/46, ciascuna autorità di controllo esercita tutti i poteri che le sono stati conferiti dal diritto nazionale nel territorio dello Stato membro cui appartiene, per assicurare in tale territorio il rispetto delle norme in materia di protezione dei dati. Dal combinato disposto di quest'ultima norma con il paragrafo 1, lettera a), dell'articolo 4 della richiamata direttiva, la CGUE desume che, per il fatto che il trattamento in oggetto è effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio di detto Stato membro, tale autorità di controllo può esercitare tutti i poteri che tale diritto le conferisce nei confronti di tale stabilimento, e ciò indipendentemente dal fatto che il responsabile del trattamento disponga di stabilimenti anche in altri Stati membri.

Sulla nozione di «stabilimento» (per un approfondimento, v. G. Caggiano, *L'interpretazione del «contesto delle attività di stabilimento» dei responsabili del trattamento dei dati personali*, in Dir. Inf. 2014, p. 605 ss), la CGUE ha più volte ribadito la necessità di aderire ad una interpretazione estensiva, chiarendo che lo stabilimento nel territorio di uno Stato membro implica l'esercizio effettivo e reale di un'attività mediante un'organizzazione stabile e che la forma giuridica di siffatto stabilimento, si tratti di una semplice succursale o di una filiale dotata di personalità giuridica, non è il fattore determinante (sul punto si veda la già richiamata sentenza del 1° ottobre 2015, *Weltimmo*, C - 230/14, EU:C:2015:639, punto 28 e giurisprudenza ivi citata). In tali precedenti, si legge altresì che l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), svolgerebbe una duplice funzione, consentendo da un lato, l'applicazione del diritto dell'Unione, attraverso il diritto di uno dei suoi Stati membri quando il trattamento dei dati abbia luogo esclusivamente 'nel contesto' delle attività di uno stabilimento situato nel loro territorio, e ciò anche se il trattamento dei dati 'in senso proprio' viene effettuato in un terzo Stato (come accadeva nella causa *Google Spain e Google*) e consentendo, dall'altro lato, di determinare la legge applicabile, in quanto norma di conflitto tra le leggi dei diversi Stati membri (come appunto nel caso *Weltimmo*, in tal senso, cfr. Giusella Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, nell'ambito del PRIN 2010 - 2011, «La regolamentazione giuridica delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC) quale strumento di potenziamento delle società inclusive, innovative e sicure»).

Orbene, come rilevato dall'avvocato generale nelle sue conclusioni, dato che Facebook, trae una parte considerevole delle sue entrate segnatamente dalla pubblicità diffusa sulle pagine web che gli utenti creano e a cui essi accedono e che la filiale di Facebook ubicata in Germania è destinata a garantire, in tale Stato membro, la promozione e la vendita di spazi pubblicitari che servono a rendere redditizi i servizi offerti dallo stesso social network, le attività di tale filiale devono essere ritenute

inscindibilmente connesse al trattamento di dati personali del procedimento principale, di cui la Facebook Inc. è il responsabile assieme alla Facebook Ireland. Di conseguenza, conclude la Corte, un siffatto trattamento deve essere considerato come effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento, ai sensi del citato articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46.

Ne segue che il diritto tedesco era applicabile nel caso di specie e che l'autorità di vigilanza era competente ad esercitare tutti i poteri di intervento che il diritto nazionale e quello sovranazionale le riconoscono nei confronti del responsabile del trattamento, anche se quest'ultimo è situato in un altro Stato membro o in uno Stato terzo.

4. - Infine, con la quinta e la sesta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), e l'articolo 28, paragrafi 3 e 6, della direttiva 95/46 debbano essere interpretati nel senso che, qualora l'autorità di controllo di uno Stato membro intenda esercitare, nei confronti di un organismo stabilito nel territorio di tale Stato membro, i poteri d'intervento di cui all'articolo 28, paragrafo 3, di tale direttiva a motivo di violazioni delle disposizioni relative alla protezione dei dati personali, commesse da un terzo responsabile del trattamento di tali dati, che ha la propria sede in un altro Stato membro, tale autorità di controllo è competente a valutare, in modo autonomo rispetto all'autorità di controllo di quest'ultimo Stato membro, la liceità di un siffatto trattamento di dati e può esercitare i suoi poteri d'intervento nei confronti dell'organismo stabilito sul proprio territorio senza previamente richiedere l'intervento dell'autorità di controllo dell'altro Stato membro.

Anche in quest'ultimo caso, la CGUE risponde positivamente. Specificatamente, secondo la Corte, dalla direttiva 95/46 non discende alcun criterio di priorità che disciplini l'intervento delle autorità di vigilanza le une rispetto alle altre, nè l'obbligo per ciascuna di esse di conformarsi alle posizioni eventualmente espresse dalle autorità di altri Stati membri.

Pertanto, la Corte conclude che l'Autorità di controllo procedente (*i.e.* l'autorità dello Stato membro in cui si trova lo stabilimento del responsabile del trattamento) può autonomamente agire nei confronti di un titolare per illeciti commessi da terzi nello Stato membro in cui questa esercita i propri poteri di intervento, senza necessità di consultare preventivamente o agire di concerto, con l'Autorità di controllo di un altro Stato membro.

5. - Come evidenziato, non di rado accade che gli internauti, senza esserne a conoscenza, producano informazioni che vengono a loro volta conservate e frequentemente impiegate per finalità diverse da quelle per le quali erano state originariamente raccolte. Ciò ha inevitabilmente evidenziato, soprattutto nell'ultimo decennio, l'inadeguatezza di quel modello di tutela statico, proprio del web 1.0, modellato sui cd. "small data", rispetto ai *Big Data* propri del web 2.0. (in tal senso, S.Faro, N.Lettieri *Big Data e Internet delle cose: opportunità, rischi e nuove esigenze di tutela per gli utenti della Rete*, in L.Ruggeri, C.Perlingieri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, 279), rendendo necessario l'intervento riformatore puntuale e scrupoloso del legislatore europeo e quello appunto chiarificatore e costante della CGUE.

La previsione dell'utilizzo delle nuove tecnologie e delle nuove circuitazioni dei flussi informativi e documentali ha comportato, sotto il profilo normativo, un implemento qualitativo del livello di tutela, oltre che l'accresciuta consapevolezza del valore fondamentale della valutazione della tipologia, della qualità e/o della quantità dei dati oggetto del trattamento e la necessità della scelta di adeguate policy di *risk management*.

Non da ultimo, si è posta per le legislazioni nazionali la sfida per la realizzazione di uno standard di tutela uniforme, in grado di proiettarsi verso la dimensione di quello che è stato già definito come l'imminente avvento del web 3.0 con il quale si apre un

panorama ancora più complesso in cui entrano in gioco direttamente gli oggetti e gli strumenti tecnici attraverso i quali le informazioni ed i dati vengono raccolti. Infatti, questi apparati non sono solo capaci di accumulare un considerevole flusso di informazioni riguardanti coloro che li utilizzano, ma riescono addirittura ad entrare in collegamento in modo del tutto autonomo, con altri dispositivi ed interagire fra di loro per cambiarsi ed aggiornare tutte le informazioni in loro possesso (in questi termini, G. Marini, *Diritto alla Privacy*, in *Commentario al Codice Civile* (a cura di Gabrielli), *Delle Persone. Vol. III. Leggi collegate* (a cura di V. Barba, S. Pagliantini), Milano, 2013, p. 199 (ma spec. p. 252 ss., *Web 3.0. La Nuvola e le altre frontiere tecnologiche*).

La sentenza della CGUE in esame costituisce, dunque, un contributo rilevante per fare chiarezza sulla portata della normativa applicabile in materia di protezione dei dati personali, collocandosi coerentemente in quel processo di evoluzione della tutela dei dati personali, fondato sul crescente coinvolgimento della persona nella gestione della propria sfera individuale, iniziato già da oltre un decennio, da quando cioè l'integrazione europea ha smesso di guardare solo al mercato unico per volgere lo sguardo anche verso il più ampio orizzonte dei diritti della persona. In tale prospettiva, nella Carta dei diritti fondamentali della persona dell'Unione, il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8) è riconosciuto come diritto autonomo, separato da quello al rispetto della propria vita privata e familiare di cui all'art. 7. Inoltre, l'art. 16 TFUE espressamente attribuisce ad ogni persona il diritto alla protezione dei propri dati personali.

Si tratta della manifestazione più pregnante di quel "*right to be let alone*" individuato come il frutto del passaggio da un modello di tutela statica e negativa della riservatezza, che, costruita sul prototipo della proprietà privata, si esaurisce nell'esclusione delle ingerenze altrui alla protezione dei dati personali, ad un modello di tutela dinamica, fatta di regole rigorose da cui discendono le modalità del trattamento e di conferimento di poteri di controllo e di intervento alla persona interessata e alle preposte autorità di vigilanza (così, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti* (Roma 2012), 397).

Precari e senza indennità di fine rapporto. Profili di disparità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato davanti alla Corte di giustizia

di Nicolò Fuccaro

Title: Precarious workers and differences of treatment: no compensation on expiry of a fixed-term contract before the CJEU

Keywords: Principle of non-discrimination; Comparability of situations; Compensation for termination of the employment relationship.

1. – Con la pronuncia che si va ad annotare è stata definita dalla Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea la causa avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale formulata dal Tribunale del lavoro n. 33 di Madrid (Spagna), concernente la mancata corresponsione dell'indennità per la scadenza di un contratto di lavoro a tempo determinato (segnatamente, un contratto di *interinidad*).

La controversia pendente davanti al giudice del rinvio origina dal ricorso proposto della sig.ra Montero Mateos a seguito dell'estinzione di tale contratto, stipulato nel 2007 – e poi trasformato nel 2008 in altro contratto della medesima tipologia ma con diversa causa – con l'Agenzia per l'assistenza sociale del comune di Madrid (facente capo all'assessorato alle politiche sociali e alla famiglia della Comunità autonoma di Madrid). Successivamente, il datore di lavoro aveva avviato un procedimento di assunzione di personale per la copertura di alcuni posti di addetto alla ristorazione in una struttura residenziale per anziani, tra cui quello vacante temporaneamente coperto dalla ricorrente. A seguito dell'assegnazione del posto vacante a persona selezionata tramite detto procedimento – terminato soltanto nel 2016, a quasi 7 anni dal suo avvio –, il contratto di *interinidad* della sig.ra Montero Mateos si estingueva, senza che le fosse riconosciuta alcuna indennità di fine rapporto.

Il Tribunale del lavoro, all'esito di un percorso argomentativo che prende le mosse dalla comparabilità delle situazioni della lavoratrice con contratto di *interinidad* e della persona assunta al suo posto a tempo indeterminato, sospendeva il processo pendente dinanzi a sé e domandava alla Corte l'interpretazione da attribuire al principio eurounitario di non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato (rispetto a quelli a tempo indeterminato comparabili), al fine di verificare la compatibilità della normativa spagnola con esso. Più propriamente, con riguardo al caso di specie, il giudice spagnolo chiedeva se la clausola recante tale principio fosse da interpretare nel senso che l'estinzione di un contratto di *interinidad* – stipulato per la copertura di un posto vacante – per scadenza del termine rientri tra le ragioni oggettive che giustificano la mancata corresponsione di un'indennità di fine rapporto, diversamente dal caso del lavoratore a tempo indeterminato in una situazione comparabile (licenziato per una causa oggettiva)

per il quale detta indennità è prevista.

2. – Occorre in premessa sintetizzare l'articolato contesto normativo, sovranazionale e interno, entro cui si svolge la causa definita con la sentenza in commento.

La direttiva 1999/70/CE del Consiglio ha dato attuazione all'accordo quadro sui contratti a tempo indeterminato (d'ora in avanti semplicemente «l'accordo quadro») – concluso il 18 marzo 1999 dalle organizzazioni intercategoriale a carattere generale Unione delle confederazioni delle industrie (UNICE), Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica (CEEP) e Confederazione europea dei sindacati (CES) e ad essa allegato – e ha prescritto agli Stati membri di conformarvisi mediante le disposizioni normative e amministrative ritenute opportune o assicurandosi che le parti sociali le introducano mediante appositi accordi.

Detto accordo quadro, nel preambolo, stabilisce con chiarezza che la forma comune dei rapporti di lavoro è costituita dai contratti a tempo indeterminato, pur riconoscendo che, in talune circostanze, le esigenze delle parti possono essere meglio soddisfatte tramite contratti a tempo determinato. Riguardo a questi ultimi, l'obiettivo perseguito dalle parti sociali con l'accordo è di addivenire a un quadro generale che garantisca la parità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato, tutelandoli dalle discriminazioni.

Il principio di non discriminazione, in forza del quale non è consentito 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, viene evocato tanto dalla direttiva (al considerando 14) quanto dallo stesso accordo quadro (al terzo comma del preambolo, nonché alle clausole 1 e 4). Con particolare riferimento alla clausola 4, oggetto della questione pregiudiziale sollevata, al punto 1 essa 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». In proposito si tenga presente che, secondo giurisprudenza sovranazionale consolidata, tale principio di diritto sociale dell'UE non può essere interpretato in senso restrittivo (cfr. sentt. *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 e C-456/09, punto 49; *Nierodzik*, C-38/13, punto 24; *Del Cerro Alonso*, C-307/05, punto 38).

Per quanto concerne il diritto spagnolo, l'atto normativo che viene in rilievo è la legge sullo Statuto dei lavoratori, approvato con regio decreto legislativo n. 1/1995. Esso stabilisce in quali casi tassativi può essere concluso un contratto di lavoro a tempo determinato e precisa che i lavoratori parte di tali contratti «godono degli stessi diritti che sono conferiti ai lavoratori con un contratto a tempo indeterminato, fatte salve le particolarità specifiche di ciascuna delle modalità contrattuali in materia di estinzione del contratto», oltretutto alcune particolarità previste per i contratti di formazione (art. 15, par. 6). Lo Statuto definisce poi le cause di estinzione del contratto di lavoro: tra di esse figurano alcune «ragioni oggettive ammesse dalle legge», espressamente elencate all'art. 52 (inidoneità del lavoratore; mancato adeguamento di quest'ultimo alle modifiche tecniche ragionevoli realizzate sul posto di lavoro; motivi economici, tecnici o relativi all'organizzazione o alla produzione quando il numero dei posti è inferiore a quello previsto dal regime dei licenziamenti collettivi; assenze reiterate dal posto di lavoro, anche se giustificate, a determinate condizioni). All'estinzione del contratto di lavoro – sia esso concluso a tempo determinato che a tempo indeterminato – per le menzionate ragioni oggettive consegue il versamento al lavoratore di un'indennità pari a venti giorni di retribuzione per anno di servizio e per un massimo di dodici mensilità (art. 53, par. 1, lett. b)).

La disciplina del contratto di *interinidad* è invece definita dal regio decreto 2720/1998, recante l'attuazione del citato articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, con riferimento ai contratti a tempo determinato. Ai sensi dell'articolo 4, esso può essere

concluso per sostituire un lavoratore che ha diritto a conservare il posto di lavoro, secondo disposizione di legge, di contratto collettivo o di accordo individuale, ovvero per coprire temporaneamente un posto di lavoro durante un procedimento di assunzione o promozione volto all'assegnazione definitiva di tale posto. La durata di detto contratto, dunque, corrisponde a quella dell'assenza del lavoratore sostituito ovvero alla durata del procedimento di assunzione o promozione, ma non può superare i tre mesi. L'unica eccezione a tale limite riguarda i procedimenti di assunzione svolti dalla pubblica amministrazione: i contratti di *interinidad* stipulati per coprire posti di lavoro durante il loro svolgimento hanno la medesima durata di tali procedimenti. Quest'ultimo è il caso riguardante il rapporto di lavoro della sig.ra Montero Mateos, il cui contratto, inizialmente stipulato per la sostituzione di un lavoratore a tempo indeterminato, successivamente veniva trasformato in contratto per la copertura temporanea di un posto vacante.

3. – Si ripercorra ora l'*iter* logico seguito dai giudici sovranazionali per fornire risposta alla questione pregiudiziale formulata dal Tribunale del lavoro di Madrid. Anzitutto occorre considerare se il caso in esame rientri nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro.

In primo luogo, è necessario constatare se la clausola 3, punto 1, che definisce la figura del lavoratore a tempo determinato, ricomprenda la situazione della ricorrente. Il contratto di *interinidad*, stipulato per la copertura temporanea di un posto vacante, ha un suo termine determinato da condizioni oggettive, ossia il verificarsi di un evento specifico, che nel caso di specie consisteva nella conclusione della procedura di assunzione del lavoratore a tempo indeterminato selezionato per ricoprire tale posto. Pertanto, la sig.ra Montero Mateos non può che essere è pacificamente definita lavoratrice a tempo determinato.

Si passi poi a verificare se la concessione di un'indennità di fine rapporto da parte del datore di lavoro – come quella prevista dall'art. 53 dello Statuto dei lavoratori spagnolo – ricada nella nozione di «condizioni di impiego», di cui alla clausola 4, punto 1. Alla soluzione positiva, cui giunge il giudice del rinvio, aderisce la Corte di giustizia, facendo riferimento al criterio dell'impiego, secondo il quale bisogna guardare al rapporto di lavoro tra datore e lavoratore per determinare se la misura *de qua* rientra nella portata applicativa di detta nozione (v. sentt. *Carratù*, C-361/12, punto 35; *Nierodzik*, cit., punto 25). Se in quest'ultima deve essere inclusa la disciplina del termine di preavviso applicabile in caso di estinzione del contratto di lavoro a tempo determinato (come sostenuto dalla Corte in sent. *Nierodzik*, cit., punto 27), nella stessa va altresì ricompreso il regime dell'indennità di fine rapporto, corrisposta proprio in ragione della cessazione del rapporto sinallagmatico tra i due contraenti (come già affermato in sent. *Diego Porras*, C-596/14, punto 31).

Una volta verificato ciò, occorre accertare se il lavoratore a tempo determinato si trovi in una condizione comparabile ai lavoratori a tempo indeterminato che svolgono le stesse mansioni presso il medesimo datore di lavoro, in quanto il principio di non discriminazione – declinato, come s'è visto, dalla clausola 4 dell'accordo quadro – prescrive che situazioni paragonabili siano trattate in maniera eguale, mentre situazioni differenti siano trattate in maniera diversa. Tale regola generale soffre un'eccezione: situazioni comparabili possono invece essere assoggettate a un diverso regime se questo è oggettivamente giustificato (v., tra tutte, con riferimento al medesimo principio espresso dall'accordo quadro, sent. *Rosado Santana*, C-177/10, punto 65). Indici idonei – se complessivamente apprezzati – a definire se i lavoratori considerati si trovino in una situazione comparabile sono la natura del lavoro, le condizioni di formazione e le condizioni di impiego (come esemplificativamente osservato in sent. *Rosado Santana*, cit., punto 66). La Corte affida tale scrutinio di comparabilità al giudice del rinvio, al quale spetta valutare i fatti oggetto della causa e, su questa base, stabilire se la sig.ra Montero Mateos si trovasse in una situazione analoga o simile ai lavoratori a tempo

indeterminato alle dipendenze dell'Agenzia in quello stesso periodo. Come emerge dalla decisione del 21 dicembre 2016, il giudice spagnolo ha rilevato che, poiché la ricorrente svolgeva le mansioni (di addetto alla ristorazione in una struttura per anziani) che sarebbero spettate al soggetto assunto a tempo indeterminato a seguito della procedura di selezione indetta dalla Comunità di Madrid, le situazioni dei due lavoratori sono da considerare comparabili. Peraltro, pur riservando la decisione finale al giudice interno, anche i giudici sovranazionali giungono alla medesima conclusione, sulla scorta delle informazioni a disposizione nel giudizio *de quo*.

4. – Posto, quindi, che la fattispecie in esame rientra appieno nel campo di applicazione dell'accordo quadro, trattandosi di lavoratrice a tempo determinato che si trova in una situazione comparabile con quella dei lavoratori a tempo indeterminato aventi le stesse mansioni, occorre indagare se sussistano «ragioni oggettive» tali da giustificare – secondo il disposto della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro – un diverso trattamento tra le due situazioni. Detta nozione, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, non vale a giustificare diversità di trattamento per il solo fatto che sono previste da norme interne generali o astratte, come leggi o contratti collettivi (v. sent. *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, cit., punto 62), ma richiede la sussistenza di «elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria» (sent. *de Diego Porras*, cit., punto 45; v., *ivi*, anche la giurisprudenza citata).

La ragione giustificativa della diversità di trattamento addotta dal governo spagnolo – presentando osservazioni nel procedimento davanti alla Corte sovranazionale – attiene alla diversità del contesto in cui intervengono le cause di cessazione dei contratti di lavoro: nel caso dei contratti a tempo determinato, come il contratto di *interinidad*, la loro estinzione è generalmente determinata da un evento già noto (o quantomeno conoscibile) dal lavoratore, nel caso di specie l'assunzione del lavoratore cui viene assegnato il posto vacante temporaneamente coperto dalla ricorrente; per quanto concerne invece la cessazione di un contratto – generalmente trattasi di contratti a tempo indeterminato, ma ciò vale anche per contratti a tempo determinato – per una delle «ragioni oggettive» elencate all'articolo 52 dello Statuto dei lavoratori, l'evento determinante non era preventivamente conoscibile dal lavoratore. Pertanto, solo in queste ultime ipotesi vengono frustrate le aspettative legittime del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro, a differenza di quando l'interruzione del rapporto di lavoro consegue alla scadenza del termine convenuto o alla realizzazione dell'opera o servizio oggetto del contratto. Ciò – a parere del governo – giustificerebbe, solo nei casi previsti dal più volte citato articolo 52, l'obbligo di versamento a favore del lavoratore licenziato dell'indennità di fine rapporto, di cui all'articolo 53, paragrafo 1, lettera b), con funzione compensativa (v. punto 58 della sentenza in commento). La corresponsione di detta indennità, in altre parole, sarebbe motivata dalla imprevedibilità dell'evento causativo dell'estinzione del contratto e non tanto dalla non imputabilità al lavoratore della cessazione del rapporto di lavoro.

Anche il giudice del rinvio, per primo, ammette che la sig.ra Montero Mateos, nello stipulare un contratto di *interinidad*, era certamente consapevole della durata temporanea del rapporto lavorativo, che sarebbe cessato una volta assegnata a tempo indeterminato la posizione da lei coperta provvisoriamente, a differenza di un lavoratore licenziato per una ragione di cui all'articolo 52. Tuttavia, egli avanza due considerazioni, di carattere diverso l'una dall'altra, che spiegherebbero alternativamente la *ratio* dell'indennità di fine rapporto disciplinata dallo Statuto dei lavoratori spagnolo e che porterebbero a due soluzioni diverse in ordine alla legittimità della disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato. Sotto il profilo della prevedibilità della cessazione del rapporto di lavoro, la situazione

del lavoratore a tempo determinato, il cui contratto si estingue in conformità a quanto stabilito da una sua stessa clausola, è obiettivamente diversa da quella in cui tale estinzione deriva dal realizzarsi di una delle condizioni di cui all'articolo 52 dello Statuto dei lavoratori. Ossevata la questione da questa prospettiva, pare corretto ritenere che sussista una «ragione oggettiva» tale da giustificare un trattamento diverso – e, segnatamente, meno favorevole – del lavoratore a tempo determinato, cui non spetta l'indennità di fine rapporto. Sotto il profilo del pregiudizio subito dal lavoratore per la perdita del posto di lavoro, invece, le due situazioni sono del tutto assimilabili: tanto il lavoratore a tempo determinato il cui contratto scade per sua stessa previsione, quanto il lavoratore a tempo indeterminato (ma volendo anche quello a tempo determinato) che viene licenziato per le ragioni di cui all'articolo 52 dello Statuto dei lavoratori subiscono un danno concreto meritevole di essere risarcito mediante la concessione di una indennità, quale quella prevista all'articolo 53 del medesimo Statuto. A ben vedere – sostiene il Tribunale spagnolo – l'assegnazione di un posto mediante il procedimento visto «costituisce una ragione oggettiva legata all'organizzazione dell'impresa, non imputabile al lavoratore» (punto 34 della sentenza in commento), pertanto, alla luce di tale considerazione, dovrebbe spettare alla ricorrente la stessa indennità riconosciuta ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili al momento dell'estinzione del loro contratto per una delle ragioni di cui al citato articolo 52. L'indennità *de qua*, sotto tale profilo, avrebbe quindi funzione di risarcimento del danno subito (per usare gli stessi termini impiegati dai giudici sovranazionali, benché si tratti di un'espressione che nel nostro ordinamento fa riferimento a un diverso concetto giuridico), spettante in tutti i casi in cui la cessazione del rapporto non sia imputabile al lavoratore, a prescindere dal regime contrattuale di cui si tratta.

5. – Nel pronunciarsi in via pregiudiziale, la Corte di giustizia riprende anzitutto quanto affermato sia dal governo spagnolo che dal giudice del rinvio in fatto di prevedibilità della cessazione del rapporto di lavoro: il contesto in cui si inserisce il caso all'esame del Tribunale del lavoro di Madrid – l'estinzione del contratto di *interinidad* a seguito dell'assegnazione definitiva del posto provvisoriamente coperto dalla sig.ra Montero Mateos – è profondamente diverso, per le ragioni già descritte, rispetto a quello in cui il contratto di un lavoratore a tempo indeterminato si estingue per una delle circostanze di cui all'articolo 52 dello Statuto dei lavoratori. Sposando poi la tesi sostenuta dall'esecutivo in difesa della normativa interna e avallata dall'avvocato generale (e pure considerata dal giudice del rinvio, come si è visto), la Corte chiarisce che la corresponsione dell'indennità di fine rapporto è diretta a compensare l'«imprevedibilità della cessazione del rapporto di lavoro» e la conseguente «delusione delle aspettative legittime che il lavoratore poteva nutrire a tale data riguardo alla stabilità del rapporto di lavoro» (punto 61 della sentenza in commento). Tale disciplina, fissata all'articolo 53, paragrafo 1, lettera b), peraltro, si applica tanto ai contratti a tempo indeterminato quanto a quelli a tempo determinato, sempre che la loro estinzione derivi da una delle cause obiettive di cui all'articolo 52 dello Statuto dei lavoratori, non ponendosi sotto questo aspetto alcun problema di disparità di trattamento.

L'unica questione che viene lasciata aperta e rimessa alla valutazione del Tribunale spagnolo attiene ad un aspetto strettamente legato al caso concreto, ossia l'insolitamente lungo lasso di tempo intercorso tra l'assunzione a tempo determinato della sig.ra Montero Mateos e lo scioglimento del suo contratto, ma pure tra l'inizio e la conclusione del procedimento di selezione di personale a tempo indeterminato (quasi 7 anni). Tale dato avrebbe potuto mettere in discussione la stessa prevedibilità dell'estinzione del contratto in essere, ingenerando nella lavoratrice un'aspettativa di segno diverso. Starà al giudice del lavoro, tenuto conto di ciò, stabilire se il presente rapporto di lavoro sia eventualmente da riqualificare in contratto a tempo indeterminato. Non è tuttavia questa la sede per approfondire un aspetto che esorbita dalla domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte e qui esaminata.

In conclusione, dunque, la Grande sezione chiarisce che una normativa come quella spagnola che, differenziando le diverse cause di estinzione dei contratti di lavoro, non prevede al termine del rapporto la concessione di un'indennità ai lavoratori assunti per coprire temporaneamente una posizione durante il procedimento per l'assunzione di personale in pianta stabile, mentre la prevede in caso di cessazione del rapporto (a tempo indeterminato o determinato che sia) per ragioni oggettive non prevedibili da parte del lavoratore, non contrasta, per ciò solo, con il principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro. In tal modo la Corte dà risposta a una questione lasciata irrisolta dalla sentenza del 14 settembre 2016, *de Diego Porras* (cit.), la quale aveva indotto i giudici spagnoli a concedere ai lavoratori con contratto di *interinidad* la stessa indennità spettante, in particolare, ai lavoratori a tempo indeterminato in caso di cessazione del contratto per una delle ragioni oggettive di cui all'articolo 52 dello Statuto dei lavoratori. Tuttavia, con detta pronuncia, non veniva chiarito se la conoscenza della durata temporanea del contratto, da parte dei soggetti stipulanti, fosse idonea a giustificare un trattamento differenziato delle due situazioni testé menzionate con riguardo alle indennità di fine rapporto. Come si è cercato di dar conto, con la sentenza in commento – pronunciata non a caso dalla Grande sezione – la Corte di giustizia prende una chiara posizione sul punto, fornendo ai giudici nazionali un'indicazione di segno opposto rispetto alla decisione da ultimo citata, ferme le valutazioni di loro spettanza.

La Corte di giustizia Ue boccia i test psicologici per accertare l'orientamento sessuale dei richiedenti asilo

di Aicha Jerad

Title: The EU Court of Justice rejects the psychological tests to determine sexual orientation

Keywords: Right of asylum; Gay tests; Disproportionate interference in the privacy life of the asylum seeker.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di giustizia Ue affronta profili nuovi del diritto d'asilo dei cittadini omosessuali perseguitati nei loro Paesi di origine, chiarendo agli Stati membri le modalità con le quali devono verificare l'attendibilità delle dichiarazioni formulate dal richiedente protezione internazionale.

Come si vedrà, nel quadro delineato dalla Corte nella sentenza in esame, i test psicologici delle competenti autorità nazionali sono finalizzati alla verifica delle reali esigenze di protezione internazionale del migrante, ma la loro legittimità è subordinata al rispetto di condizioni ben precise, in particolare questi test non possono essere preordinati a stabilire l'orientamento sessuale del richiedente.

La sentenza è particolarmente importante per l'Unione e gli Stati membri a causa dell'eccessivo aumento, negli ultimi anni, del numero di africani sub-sahariani che cercano asilo in Europa (per un quadro più chiaro, si vedano le statistiche in materia di asilo pubblicate dall'Eurostat al seguente indirizzo: ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics/it&oldid=354233#Richiedenti_asilo), ed è di notevole interesse data la forte eco che di recente le torture sui gay ceceni hanno avuto sull'opinione pubblica.

Con il presente lavoro, intendiamo partire dalla ricostruzione della giurisprudenza precedente in tema di orientamento sessuale dei richiedenti asilo (paragrafo 2), per poi passare all'esposizione del caso di specie e della normativa applicabile (paragrafo 3), all'analisi dettagliata della sentenza (paragrafi 4 e 5) e, infine, alla formulazione di alcune considerazioni critiche (paragrafo 6).

2. – Nel ripercorrere le tappe fondamentali relative al riconoscimento dello status di rifugiato per ragioni legate all'identità di genere, bisogna partire – senza ombra di dubbio – dalla Convenzione di Ginevra del 1951 (di seguito Convenzione), la quale attribuisce la condizione di rifugiato “a chiunque nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dallo Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori dal suo Stato di

domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi”.

Ebbene, l'interpretazione della Convenzione che si è andata ad affermare a partire dagli anni '80 del secolo scorso è tale da considerare le persone LGBT come appartenenti ad un determinato gruppo sociale. Sulla stessa scia si è posta, successivamente, la Direttiva 2004/83/CE (c.d. Direttiva Qualifiche, ora abrogata e sostituita dalla direttiva n. 95/2011), la quale all'art. 10, lett. d), ha statuito che: “In funzione delle circostanze nel paese d'origine, un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale” (Per un approfondimento generale sul diritto d'asilo, si rinvia a G. Pizzolante, *Diritto d'asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione europea*, Bari, 2012).

Ciò premesso, occorre ricordare che la giurisprudenza della Corte in materia di diritto d'asilo per ragioni specificamente legate all'identità di genere non è particolarmente ampia. Del resto, solo con la pronuncia X, Y e Z (sentenza 7 novembre 2013, cause riunite da C-199/12 a C-201/12, X, Y e Z), la Corte è intervenuta per la prima volta sul diritto degli omosessuali, perseguitati per il loro orientamento sessuale nei Paesi di origine, di trovare rifugio in Europa.

In quell'occasione, i giudici di Lussemburgo hanno delineato i contorni dello status di rifugiato, precisato cosa debba intendersi per atti persecutori e spiegato che:

- gli stranieri costituiscono un particolare gruppo sociale ai sensi dell'art. 10 della c.d. direttiva Qualifiche, quando sono percepiti dalla società circostante come diversi per il loro orientamento sessuale;

- l'orientamento sessuale di una persona è una caratteristica fondamentale per la sua identità, ragion per cui nessuno dovrebbe esservi costretto a rinunciarvi (cfr. punti 70 e 71) o a mantenerlo riservato per evitare la persecuzione (cfr. punto 74);

- la mera esistenza di una legislazione che qualifica come reato gli atti omosessuali non può essere ritenuta un atto di persecuzione, se non viene seguita dall'effettiva comminazione di una pena detentiva (per un commento critico sul punto, si rimanda a D. Savy, *Il diritto di asilo di individui omosessuali e gli incerti contorni del divieto di discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 261 ss.).

In un secondo momento, grazie al caso A, B e C (sentenza 2 dicembre 2014, cause riunite da C-148/13 a C-150/13, A, B e C), la Corte ha chiarito anche alcuni aspetti relativi alle modalità con le quali le autorità nazionali possono valutare l'attendibilità di chi sostiene la sua omosessualità per richiedere asilo. Per la precisione, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che gli elementi di prova documentali o di altro tipo presentati dal richiedente a sostegno della sua domanda possono essere oggetto di valutazione, da parte delle autorità competenti, mediante interrogatori, a patto che questi ultimi non siano fondati unicamente su nozioni stereotipate riguardo agli omosessuali. Difatti, occorre consentire alle autorità di tener conto della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente (cfr. art. 4, par. 3, lett. c), della direttiva 2004/83). Inoltre, con la stessa sentenza, sono stati messi “al bando” gli interrogatori dettagliati sulle pratiche sessuali del migrante, ed è stato fatto divieto alle autorità di accettare come elementi di prova i) il compimento di atti omosessuali da parte del richiedente asilo, ii) il suo sottoporsi a ‘test’ per dimostrare la propria omosessualità o iii) la produzione, da parte dello stesso, di registrazioni video a dimostrazione di tali atti.

Facendo un piccolo passo indietro nel tempo, degna di nota è la sentenza Y e Z (sentenza 5 settembre 2012, cause riunite C-71/11 e C-99/11, Y e Z), la quale – pur se emessa con riferimento allo status di rifugiato per motivi religiosi – contiene principi applicabili, per analogia, ai richiedenti asilo per ragioni legate all'identità di genere. Con questa pronuncia, risalente al 5 settembre 2012, la Corte ha specificato le condizioni che le autorità nazionali devono osservare per appurare la presenza di un atto di

persecuzione (cfr. punto 72) e le circostanze che rendono fondato il timore del richiedente di subire una persecuzione (cfr. punto 80).

È, dunque, questo il quadro giurisprudenziale in cui si inserisce l'attesissima sentenza del 25 gennaio 2018, la quale contiene delle rilevanti indicazioni ai fini della valutazione dell'ingerenza nella vita privata della persona.

3. – Il caso di specie riguarda un cittadino nigeriano (Sig. F, per ragioni di privacy), che nell'aprile 2015 presentava domanda di asilo presso le autorità ungheresi, sostenendo di esser omosessuale e di temere persecuzioni nel suo Paese d'origine.

L'Ufficio ungherese per l'immigrazione e l'asilo, con decisione del 1° ottobre 2015, respingeva la sua domanda, ritenendo il sig. F non credibile alla luce di una perizia effettuata da uno psicologo per desumere il suo orientamento sessuale (per un approfondimento sullo stato scientifico delle tecniche proiettive, si veda S.O. Lilienfeld, J.M. Wood, H.N. Garb, *The Scientific Status of Projective Techniques*, in *Psychological Science in the Public Interest*, 2000, 27 ss.).

Avverso tale decisione, il cittadino nigeriano presentava ricorso presso il Tribunale amministrativo e del lavoro di Szeged (Ungheria), sostenendo che i test psicologici ai quali era stato sottoposto avessero violato i suoi diritti fondamentali e non fossero in grado di dimostrare effettivamente il suo orientamento sessuale.

Nel corso del procedimento, il Tribunale – con una misura istruttoria – chiedeva all'Istituto dei periti e degli investigatori forensi una relazione peritale sui test psicologici contestati. Dalla perizia emergeva che i metodi utilizzati durante l'esame della domanda di asilo non ledevano la dignità umana e potevano, se affiancati da una ricerca adeguata, dare un'immagine dell'orientamento sessuale di una persona, nonché rimettere in discussione l'attendibilità delle affermazioni del richiedente a tal riguardo.

A questo punto, il giudice del rinvio, sentendosi vincolato alle conclusioni della relazione peritale e nutrendo dubbi circa la corretta interpretazione del diritto dell'Unione, decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE. In sostanza, si chiedeva all'organo giurisdizionale dell'Unione di chiarire se le autorità competenti all'esame delle domande di asilo basate sull'orientamento sessuale potessero accertare la fondatezza delle affermazioni del richiedente attraverso metodi peritali, e, in particolare, se potessero ricorrere alla perizia di uno psicologo forense, basata su test proiettivi della personalità, volta ad accertare il suo orientamento sessuale.

Prima di analizzare in modo più dettagliato le questioni specifiche sollevate dal caso di specie, vale la pena ricordare le disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione circa le metodologie che le autorità nazionali devono seguire nella valutazione delle informazioni e degli elementi di prova presentati dai richiedenti, nonché nell'esame della credibilità di questi ultimi.

A tal riguardo, vengono in rilievo le direttive n. 95/2011 e n. 32/2013, come pure i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), quali il diritto al rispetto della dignità umana (art. 1) ed il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7).

Nella direttiva 2013/32/UE, all'art. 4, par. 1, primo comma, con riferimento alle procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, si legge che: "Gli Stati membri designano un'autorità che sarà competente per l'esame adeguato delle domande a norma della presente direttiva". L'art. 15, par. 3, della stessa dispone che gli stessi adottino le misure necessarie a far sì che il colloquio personale si svolga in condizioni che consentano al richiedente di esporre in modo esauriente i motivi della sua domanda. Per questa ragione, gli Stati devono provvedere affinché la persona incaricata di condurre il colloquio abbia la competenza sufficiente per tener conto del contesto personale o generale in cui nasce la domanda, ivi compreso l'orientamento sessuale (cfr. art. 15, par. 3, lett. a), della direttiva n. 32/2013).

All'art. 10, par. 3, lett. d), viene data al personale – incaricato di esaminare le domande e decidere in merito alle stesse – la facoltà di consultare esperti, laddove necessario, su aspetti particolari come quelli d'ordine medico, culturale, religioso, di genere o inerenti a minori.

Il modo in cui, poi, si deve procedere all'esame dei fatti e delle circostanze alla base della domanda di protezione internazionale è spiegato all'art. 4 della direttiva 2011/95/UE, che al paragrafo 3 impone alle autorità competenti di esaminare ciascuna domanda di protezione internazionale su base individuale e di tener conto di una serie di elementi, tra cui: a) i fatti pertinenti che riguardano il paese d'origine al momento dell'adozione della decisione in merito alla domanda; b) le dichiarazioni e la documentazione pertinenti presentate dal richiedente circa le persecuzioni già subite o il rischio di subirle; c) la situazione individuale e le circostanze personali del richiedente.

È il caso di rilevare che lo stesso articolo, al paragrafo 5, precisa che, qualora gli Stati membri applichino il principio in base al quale il richiedente è tenuto a motivare la sua domanda di protezione internazionale e taluni aspetti delle dichiarazioni del medesimo non siano avvalorati da prove documentali o di altro tipo, la loro conferma non è da ritenersi necessaria se sono soddisfatte una serie di condizioni, tra cui: i) la coerenza e la plausibilità delle dichiarazioni fornite dal richiedente; ii) la non contraddizione delle stesse con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso di cui si dispone; iii) l'accertamento dell'attendibilità in generale del richiedente.

4. – Dopo aver passato in rassegna la normativa applicabile al caso di specie, passiamo ora all'analisi delle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice di rinvio nonché delle risposte fornite dalla Corte del Kirchberg. Quest'ultima, riunita in terza sezione, si è pronunciata il 25 gennaio 2018 sul caso F, allineandosi alla giurisprudenza precedente e proseguendo sulla strada già tracciata.

L'organo giurisdizionale dell'Unione ha riconosciuto all'autorità competente e ai giudici, eventualmente aditi con un ricorso contro una decisione di tale autorità, la possibilità di disporre una perizia nell'ambito dell'esame dei fatti e delle circostanze riguardanti l'asserito orientamento sessuale di un richiedente, purché i) le modalità di tale perizia siano conformi ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta, ii) le autorità e i giudici non fondino la loro decisione esclusivamente sulle conclusioni contenute nella relazione peritale e iii) non siano vincolati da tali conclusioni nella valutazione delle dichiarazioni del richiedente relative al suo orientamento sessuale.

Su questo punto, l'argomentazione della Corte appare condivisibile nella sua impostazione generale. I giudici di Lussemburgo fanno notare che le disposizioni di cui all'art. 4 della direttiva 2011/95/UE non limitano i mezzi cui possono ricorrere le autorità per la valutazione dei fatti e delle circostanze alla base delle domande, ragion per cui non ci sono motivi per escludere una perizia.

Dei tre limiti posti dalla Corte alle modalità di utilizzo di un simile strumento, meritano una maggior attenzione gli ultimi due, visto che il primo costituisce già di per sé un principio ormai acquisito del diritto dell'Unione. A tal riguardo, il ragionamento seguito dall'organo giurisdizionale è molto lineare, poiché la Corte, constatando che le domande di protezione internazionale devono essere esaminate sulla base di una serie di elementi cumulativi (cfr. art. 4, par. 3, della direttiva n. 95/2011), arriva a dichiarare che l'autorità accertante non può basare la propria decisione solo sulle conclusioni della relazione peritale e che siffatta autorità non può, a maggior ragione, esser vincolata da tali conclusioni nel valutare le dichiarazioni di un richiedente relative al suo orientamento sessuale.

Per il giudice nazionale, incaricato di riesaminare le decisioni delle autorità su una domanda di protezione internazionale, c'è anche un ulteriore motivo per il quale non può ritenersi vincolato alle conclusioni dei periti e, a fortiori, alle conclusioni dei periti nominati dalle autorità competenti durante il procedimento amministrativo. Tale motivo, reso esplicito dall'Avv. gen. Nils Wahl, è rinvenibile nell'art. 46, paragrafi 1 e 3,

della direttiva n. 32/2013, che riconosce ai richiedenti protezione internazionale il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, chiamato – di conseguenza – a svolgere un esame critico, indipendente ed approfondito di tutti gli aspetti pertinenti di fatto e di diritto (cfr. punti da 51 a 55 delle conclusioni dell'Avv. gen. Nils Wahl presentate il 5 ottobre 2017, causa C-473/16, F).

5. – L'altra questione affrontata dalla Corte nel caso F riguarda l'utilizzo, da parte delle autorità nazionali, di perizie psicologiche per accertare l'orientamento sessuale del richiedente asilo.

Nel merito, i giudici di Lussemburgo hanno ammesso la possibilità di ricorrere a simili perizie, ma bocciato quelle che hanno per scopo l'accertamento dell'orientamento sessuale del migrante, basandosi su test proiettivi della personalità.

A tal riguardo, è importante rilevare una differenza di vedute tra la Corte e l'Avv. gen. Wahl. Quest'ultimo nelle sue conclusioni – pur manifestando delle perplessità circa il fatto che simili test psicologici possano stabilire con sufficiente certezza la veridicità o meno dell'orientamento sessuale dichiarato dal richiedente (cfr. punti 36 e 37) – non “bandisce” l'utilizzo delle perizie psicologiche che hanno un siffatto scopo (cfr. punto 56).

Ciò premesso, è utile riportare il ragionamento che ha portato la Corte alle sopra enunciate conclusioni, nonché alla constatazione che l'impiego di test psicologici come quelli in esame costituisce un'ingerenza sproporzionata – e, pertanto, non ammissibile – nella vita privata della persona.

La Corte del Lussemburgo parte dal presupposto che una perizia psicologica già di per sé rappresenta un'ingerenza nella vita privata di un individuo, per il semplice fatto che il consenso a sottoporvisi non è necessariamente libero, bensì condizionato dal timore che il suo eventuale rifiuto possa costituire un elemento importante su cui l'autorità competente si baserà per decidere (sul punto, si osserva un'ulteriore divergenza rispetto alla posizione dell'Avv. gen., che non considera, per la ragione richiamata dalla Corte, i test psicologici – somministrati al richiedente sulla base del suo consenso effettivo – un'ingerenza nella vita privata del suddetto. Cfr. punti 43 e 45 delle sue Conclusioni).

Ovviamente, questo non è sufficiente a motivare la decisione della Corte, dato che – ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza – eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla medesima possono esser ammesse se previste dalla legge nonché se rispettino il principio di proporzionalità e il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Per la precisione, alla luce del principio di proporzionalità, simili limitazioni possono esser apportate se necessarie e se rispondono a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (per un commento esaustivo e lungimirante sull'art. 52 della Carta di Nizza, si rimanda a F. Ferraro, N. Lazzarini, *Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*, in R. Mastroianni, S. Allegrezza, O. Pollicino, O. Razzolini, F. Pappalardo (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2017, 1058 ss).

In questo contesto, la ricerca di elementi che consentano di valutare le reali esigenze di protezione internazionale può giustificare un'ingerenza nella vita privata del richiedente, anche se l'autorità accertante, sotto il controllo del giudice, dovrà verificare che la perizia psicologica sia appropriata e necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo (cfr. sentenza F, cit., punto 57).

A tal proposito, la Corte specifica che una perizia può esser considerata appropriata solo se risulta fondata su metodi e principi sufficientemente affidabili alla luce degli standard riconosciuti dalla comunità scientifica internazionale.

Prendendo in considerazione tutti questi elementi, i giudici di Lussemburgo ritengono che, nella perizia oggetto di esame, l'ingerenza nella vita privata del richiedente sia sproporzionata. La spiegazione di ciò risiede nel fatto che la persona interessata è sottoposta ad una serie di test psicologici che, volti ad accertare un elemento essenziale della sua identità, vanno ben oltre la valutazione delle dichiarazioni

del richiedente asilo relative a un timore di persecuzione a causa del suo orientamento sessuale.

In questa situazione, una simile perizia non può essere considerata indispensabile per confermare tali dichiarazioni. Le ragioni sono due: per un verso, lo svolgimento di un colloquio individuale da parte del personale dell'autorità accertante è già in grado di contribuire alla valutazione di tali dichiarazioni; per altro verso, le dichiarazioni del richiedente circa il suo orientamento sessuale non necessitano di conferma se le condizioni di cui all'art. 4, par. 5, della direttiva 2011/95/UE sono soddisfatte (cfr. *supra*, par. 4).

Dal ragionamento seguito dalla Corte risulta, quindi, che l'art. 4 della direttiva 2011/95/UE, letto alla luce dell'art. 7 della Carta, è in contrasto con l'utilizzo di una perizia psicologica che – al fine di valutare la veridicità dell'orientamento sessuale dichiarato da un richiedente asilo – ha lo scopo di fornire un'immagine del suo orientamento sessuale.

Ne consegue, in pratica, che le autorità ungheresi dovranno riesaminare la domanda di asilo del cittadino nigeriano, in conformità a quanto prescritto dall'art. 7 della Carta e dalla direttiva 2011/95/UE.

6. – La reazione all'inserimento di un ulteriore tassello nel puzzle riguardante il diritto d'asilo per ragioni legate all'identità di genere non può che esser positiva. La Corte ragiona in termini di “quadratura del cerchio” della giurisprudenza precedente, rispetto alla quale procede in maniera coerente. Da tale sentenza emerge, in maniera evidente, la delicatezza con la quale viene trattata qualsiasi indagine circa la sessualità di una persona. Delicatezza portata ai massimi livelli quando la Corte arriva a considerare la perizia psicologica un'ingerenza nella vita privata, per il semplice fatto che il consenso è condizionato dalle circostanze in cui si trova il richiedente asilo.

Su questo punto va osservato che tutte le richieste sono condizionate dalle circostanze del caso concreto, ivi compreso il colloquio individuale al quale il richiedente asilo si sottopone.

Ciò premesso il risultato al quale perviene la Corte non desta stupore, in quanto se l'ingerenza nella vita privata della persona può essere giustificata dall'obiettivo di accertare le reali esigenze di protezione internazionale, è uno sviluppo logico considerare l'indagine sull'orientamento sessuale sproporzionata rispetto al predetto obiettivo. Al tempo stesso, però, va evidenziato che concedere alle autorità la possibilità di valutare la veridicità delle dichiarazioni del richiedente sul proprio orientamento sessuale senza permettere loro di preordinare strumenti e/o test in grado di accertarlo nel concreto sembra un paradosso.

Tenendo conto di quest'aspetto, bocciare una perizia psicologica – come quella in esame – a causa dello scopo che persegue appare una decisione molto netta, a fortiori se i test rispettano la dignità umana e non sottopongono il richiedente ad alcun esame fisico.

Ancora una volta, quindi, la protezione dei diritti fondamentali si conferma una fra le priorità dell'Unione europea, che, tramite la Corte, fornisce un'interpretazione estensiva dell'art. 7 della Carta di Nizza.

In prospettiva futura, occorre comunque considerare i risvolti pratici di questa sentenza, i quali, senza ombra di dubbio, renderanno più difficile, se non impossibile, l'accertamento della veridicità delle dichiarazioni del richiedente asilo circa la sua omosessualità. Aspetto, questo, da non sottovalutare, considerato che molti migranti potrebbero approfittarsene, fingendosi omosessuali per stabilirsi in Europa.

In conclusione, l'obiettivo dell'Unione europea di verificare le reali esigenze di protezione internazionale è recessivo di fronte alla necessità di tutelare la sfera sessuale di una persona, la quale – come dimostrato nel caso oggetto di esame – si presenta in tutta la sua forza, come il nocciolo duro, l'involucro intoccabile ed inattaccabile della vita privata.

La revisione dei prezzi negli appalti dei settori speciali e le nuove modalità di proposizione delle domande pregiudiziali

di *Giacomo Mannocci*

Title: The European Court intervenes on the revision of prices in the contracts of the special sectors and on the new procedures for proposing the preliminary questions

Keywords: Reference for a preliminary ruling; Obligation to review prices; Public procurement.

1. – La sentenza in commento (Corte giustizia Unione Europea, Sez. IX, Sent., 19.4.2018, n. 152/17) è interessante per un duplice aspetto: per quanto concerne il merito, interviene sull'annosa questione della revisione dei prezzi negli appalti pubblici relativi ai settori speciali, che era sorta sotto la vigenza del Codice degli appalti del 2006 (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163); per quanto riguarda il rito, la sentenza fornisce dei primi criteri applicativi sulle modalità di remissione alla Corte di Giustizia delle questioni pregiudiziali da parte dei Giudici nazionali di ultima istanza, alla luce della nuova Raccomandazione del 25 novembre 2016.

Il contenzioso trae origine dalle modalità di esecuzione di un contratto di appalto con cui la Rete Ferroviaria Italiana aveva affidato ad una società il servizio di pulizia, di mantenimento del decoro dei locali e di altre aree aperte al pubblico delle stazioni ferroviarie della Sardegna, appartenenti al Compartimento di Cagliari. Il contratto non prevedeva la possibilità di modificare il prezzo pattuito, in deroga a quanto previsto dall'art. 1664 del codice civile, secondo cui in presenza di cause imprevedibili, è possibile riconoscere un aumento per la parte eccedente il decimo del prezzo complessivo originariamente concordato. In alternativa, si sarebbe potuto applicare l'art. 115 del previgente Codice dei Contratti se si fosse trattato di un appalto ordinario. In realtà, avendo ad oggetto la pulizia di strutture ferroviarie, si rientra nell'ambito dei "settori speciali" (allora disciplinati negli artt. 206 - 238 del d.lgs. n. 163/2006) che nulla prevedeva.

Durante l'esecuzione del contratto, la società appaltatrice ha convenuto in giudizio la stazione appaltante perché questa aveva respinto la sua richiesta di modificare il prezzo dell'appalto precedentemente concordato affinché si tenesse conto di un incremento dei costi contrattuali dovuto all'aumento delle spese per il personale. Non potendo invocare la disposizione civilistica sull'imprevedibilità dei nuovi costi di servizio, la società appaltatrice riteneva comunque di aver diritto ad un maggior introito perché – comunque – si trattava di una prestazione a carattere periodico e continuato.

Il Giudice di prime cure ha però respinto il ricorso sostenendo la legittimità del comportamento della stazione appaltante sulla base del presupposto che l'art. 115 del previgente Codice dei Contratti, non si applicava agli appalti relativi ai settori speciali (Sentenza T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, Sent., 11 aprile 2014, n. 433). Infatti, in fase di esecuzione, una delle differenze più importanti tra il settore ordinario e quelli speciali

riguardava la revisione del prezzo. Con riguardo a questi ultimi, non si poteva invocare l'art. 115 del Codice secondo cui *“tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo”*, in quanto lo stesso Codice ne escludeva espressamente l'applicazione.

La società appaltatrice ha però impugnato la sentenza *de quo* con una duplice argomentazione: in primo luogo contestava che il servizio di pulizia di una stazione ferroviaria rientrasse nel novero degli appalti afferenti ai settori speciali giacché tale attività è sempre la stessa, indipendentemente dal soggetto che ne beneficia; in ogni caso, la società ricorrente sosteneva che l'esclusione della revisione del prezzo negli appalti del settore speciale era da ritenersi irragionevole, ponendosi in contrasto con la normativa euro unitaria ed in particolare col principio della coesione economica (art. 3, par. 3 del TUE), con la libera circolazione delle merci e dei servizi (artt. 26, 56-58 del TFUE) e con la libertà di impresa (art. 16 della Carta Europea dei diritti fondamentali).

Quanto al primo aspetto sollevato – l'inapplicabilità della normativa sui settori speciali –, va osservato che si poneva in evidente contrasto con la prevalente e consolidata giurisprudenza amministrativa sul punto: già dal 2011 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva chiarito che il criterio per determinare se un appalto rientri o meno nel settore speciale è quello finalistico. Bisogna cioè verificare se l'attività dell'appalto, pur di tipo ordinario, è funzionale all'attività oggetto del settore speciale. Quindi, se l'attività di pulizia riguarda una stazione, un porto, un aeroporto, è attratta nella normativa concernente gli appalti di questi ultimi. L'Adunanza Plenaria ha infatti statuito che *“l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale”*; e ciò per effetto dell'art. 217, d.lgs. n. 163/2006 (che riproduce fedelmente l'art. 20, direttiva 2004/17/CE), *“a tenore del quale la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità”*. (Ad. Plen. Consiglio di Stato, Sentenza 1° agosto 2011, n. 16). Tale principio si è consolidato proprio con riguardo specifico ai servizi di pulizia: nel 2011 e successivamente nel 2015, Palazzo Spada ha affermato che *“posta la previsione dei servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari negli allegati di entrambe le direttive europee (n. 17/2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e n. 18/2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), l'assoggettabilità dell'affidamento del servizio di pulizia alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità della pulizia all'attività speciale. Detto altrimenti, la pulizia rientra nella normativa dei settori speciali quando è funzionale a detta attività, il che si verifica qualora si tratti di proprietà immobiliari ed edifici che costituiscano parte integrante delle reti di produzione, distribuzione e trasporto indicate negli articoli 208 e ss. del d. lgs. n. 163 del 2006”* (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 13 maggio 2011, n. 2919; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9 marzo 2015, n. 1192).

Nel ricorso in appello, non potendo sostenere efficacemente che l'appalto *de quo* non rientrasse nella normativa speciale, la società appaltatrice ha sollevato dubbi sia sulla legittimità della normativa nazionale rispetto alla Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (come modificata dal regolamento UE n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011), sia sulla compatibilità della stessa Direttiva coi principi euro unitari, sanciti dai Trattati.

Nell'Ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia (Consiglio di Stato, Sez. IV, 22/3/2017, n. 1297), il Consiglio di Stato sembra però non condividere nessuna delle tesi degli appellanti: richiamando anzitutto la giurisprudenza consolidata sul punto, ritiene che non sussistano dubbi sul fatto che l'appalto rientri nell'alveo del settore speciale sia per la natura dell'Ente appaltante (Rete Ferroviaria Italiana) sia per la natura del servizio (la pulizia delle stazioni sarde). Pertanto non è possibile applicare l'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006 relativo alla revisione del prezzo nei contratti caratterizzati da prestazioni periodiche e continuative nei settori ordinari, in virtù di quanto stabilito dal successivo art. 206 che indica tassativamente le disposizioni del settore ordinario che trovano applicazione nei settori speciali: tra queste non c'è l'art. 115. Quindi la pretesa dovrebbe essere infondata; tuttavia il Collegio – in quanto giudice nazionale di ultima istanza – ritiene di dover adire la Corte di Giustizia per verificare se la normativa italiana sull'impossibilità di rivedere i prezzi nelle prestazioni periodiche degli appalti speciali sia conforme o meno alla normativa euro unitaria.

In realtà, era stata addirittura sollevata dagli appellanti una questione di legittimità costituzionale in merito all'inapplicabilità dell'art. 115 ai settori speciali per contrasto con l'art. 3 della Costituzione. Sul punto, laconicamente, il Consiglio di Stato si è limitato ad affermare di condividere in toto le argomentazioni addotte dal Giudice di Prime Cure che aveva respinto la richiesta sostenendo che *“la questione di legittimità costituzionale deve ritenersi manifestamente infondata, in considerazione della peculiarità e specialità degli appalti rientranti nei “settori speciali” che, in presenza dei necessari presupposti soggettivi e oggettivi normativamente previsti, obiettivamente si differenziano dalla generalità degli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, di cui alla parte II del Codice dei contratti pubblici, e sono oggetto di specifica apposita normativa di cui alla parte III del Codice stesso”* (T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, Sent., (ud. 14/05/2014) 11 aprile 2014, n. 433).

La Corte di Giustizia osserva preliminarmente che la Direttiva 2014/17 non impone agli Stati membri alcun obbligo specifico di prevedere disposizioni che impongano all'ente aggiudicatore di concedere alla propria controparte contrattuale una revisione al rialzo del prezzo originario dopo l'aggiudicazione dell'appalto. Addirittura, la Corte di Lussemburgo sembra considerare negativamente l'ipotesi di un rialzo del prezzo rispetto a quanto originariamente pattuito perché potrebbe porsi in contrasto con il principio di parità di trattamento e il conseguente obbligo di trasparenza che ne deriva (art. 10 della Direttiva). Non bisogna, infatti, dimenticare che il prezzo dell'appalto costituisce un elemento di grande rilievo nella valutazione delle offerte da parte dell'Ente aggiudicatore, così come nella decisione di quest'ultimo di attribuire l'appalto a un determinato operatore: modificare il prezzo *ex post* potrebbe infatti alterare la concorrenza se tale aspetto non è espressamente previsto dalla legge o dal bando di gara e, quindi, conosciuto *ex ante*. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, *“una modifica sostanziale di un appalto pubblico dopo la sua aggiudicazione non può essere apportata in via di trattativa privata tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario, ma deve dare luogo a una nuova procedura di aggiudicazione vertente sull'appalto così modificato (v., per analogia, sentenza del 13 aprile 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punto 42). Diverso sarebbe soltanto se tale modifica fosse stata prevista dalle clausole dell'appalto iniziale (v., in tal senso, sentenza del 19 giugno 2008, presetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punti 37, 40, 60, 68 e 69)”*. (Corte giustizia Unione Europea Sez. VIII, 07 settembre 2016, n. 549/14)

Proprio per questo motivo, l'eventuale modifica del prezzo pattuito nell'appalto dovrebbe essere espressamente disciplinata nel bando con l'esplicita indicazione dei presupposti di quando e come a tale rialzo si può dar luogo: prevedendo esplicitamente tale facoltà e fissandone le modalità di applicazione in detti documenti, l'Amministrazione aggiudicatrice garantisce che tutti gli operatori economici interessati a partecipare a tale appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta (Corte giustizia, Sez. VI, Sent. 29 aprile 2004).

Nella sentenza in commento, la Corte ritiene pertanto che le modifiche al prezzo concordato, anche se dovute a circostanze impreviste al momento dell'appalto, alterino la concorrenza se non sono state previste dal bando: del resto, gli imprevisti costituiscono una caratteristica essenziale del rischio di impresa. Ne consegue a giudizio della Corte, che *“la direttiva 2004/17 e i principi generali ad essa sottesi devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a norme di diritto nazionale che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva”*. (Corte giustizia Unione Europea, Sez. IX, Sent., 19.4.2018, n. 152/17).

La Corte non ha invece esaminato la seconda questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato e precisamente se la Direttiva 2004/17 sia conforme ai principi dell'Unione Europea (in particolare, agli articoli 3, co. 1 TUE, 26, 56/58 e 101 TFUE, art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), *“per l'ingiustizia, la sproporzionalità, l'alterazione dell'equilibrio contrattuale e, pertanto, delle regole di un mercato efficiente”* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 22/3/2017, n. 1297). La domanda pregiudiziale è ritenuta irricevibile perché per i Giudici Europei è palese che si tratti di una questione meramente ipotetica che non ha alcuna attinenza con il procedimento giudiziario a quo dal momento che la Corte ha già affermato che la Direttiva non impone al legislatore nazionale di prevedere un obbligo di revisione del prezzo di un appalto afferente ad un settore speciale quando nulla disponga in merito il bando di gara.

Per completezza va osservato che la sentenza in commento riguarda un'ipotesi che non è più prevista: il legislatore italiano, nell'emanare il nuovo Codice dei Contratti pubblici con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha stabilito espressamente di estendere l'applicabilità della disciplina sulla revisione dei prezzi in esso contenuta anche con riguardo ai settori speciali. L'art. 106 del nuovo Codice stabilisce che la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione dell'appalto non è obbligatoria per legge – come nella previgente disciplina dettata dal d.lgs. 163/2006 solamente per i settori ordinari – ma opera solo se prevista dai documenti di gara. Ciò vale per tutti gli appalti senza alcuna eccezione. Secondo l'art. 106 comma 1, i contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento se le modifiche sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise ed inequivocabili di revisione dei prezzi (allo stesso modo delle forniture). Le clausole non devono alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro, ma devono quantificare e definire le modifiche facendo riferimento alla variazione dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Pertanto sia la decisione se ricorrere o meno alla procedura della revisione dei prezzi, sia i meccanismi di revisione del prezzo sono determinati dalla stazione appaltante, che deve darne evidenza nei documenti di gara. La variazione di prezzo in aumento o in diminuzione avviene nel rigoroso rispetto dei limiti di legge: deve essere valutata sulla base dei prezzari di riferimento e si applica una franchigia del 10%; è possibile infatti variare il prezzo solo per l'eccedenza in aumento o in diminuzione rispetto al 10% del prezzo originario e nella misura pari alla metà dell'eccedenza. Questi limiti si applicano solo ai lavori e non alla forniture.

Il Consiglio di Stato ha già citato diverse volte la sentenza della Corte di Giustizia, al di là del caso concreto. Ad esempio, intervenendo sulla disciplina da applicare *ratione temporis* alla revisione dei prezzi nei settori ordinari: nella sentenza n. 3768 del 19 giugno 2018, la sezione terza ha citato le argomentazioni della Corte di Giustizia nell'intervenire sull'inapplicabilità – vigente il nuovo Codice degli appalti di cui la d. lgs. n. 50/2016 – della giurisprudenza sulla natura imperativa e sull'inserimento automatico delle clausole relative alla revisione prezzi e alla loro sostituzione delle clausole contrattuali difformi nei settori ordinari.

La sentenza in commento è interessante da analizzare non solo perché fornisce i criteri, alla luce delle nuove Raccomandazioni procedurali del 2016, cui i Giudici nazionali devono attenersi nel porre le questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia ma

soprattutto perché essa contiene delle evidenti critiche all'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato.

Infatti, la Corte di Giustizia – pur fornendo, alla fine, a Palazzo Spada i criteri cui attenersi per la risoluzione della controversia che ha scaturito la pronuncia – non manca di indicare puntualmente i motivi per i quali gran parte delle questioni sottoposte alla sua attenzione sono irricevibili. In primo luogo fa presente che l'ordinanza di rinvio non rispetta pienamente i criteri per la proposizione delle domande pregiudiziali, previsti dall'art. 94 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, (Gazzetta Ufficiale L 265 del 29.9.2012) e successive modifiche, e non rispetta le indicazioni contenute nelle Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (2016/C 439/01).

La Corte lamenta al giudice remittente di non aver fornito *“alcuna spiegazione in merito alla rilevanza dell'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 3, TUE, nonché degli articoli 26, 57, 58 e 101 TFUE per la soluzione della controversia nel procedimento principale”*; in sostanza, la Corte contesta al Consiglio di Stato di non aver argomentato, o quanto meno illustrato, i motivi che lo hanno indotto a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso ritenga sussistere tra le disposizioni europee e la normativa nazionale applicabile alla causa principale (punto n. 15 delle Raccomandazioni). Per la Corte non è infatti sufficiente un'illustrazione sommaria dell'oggetto della controversia nonché dei fatti rilevanti, ma occorre che il Giudice nazionale motivi adeguatamente quali siano secondo lui le circostanze che rendono la normativa euro unitaria contraria ai principi contenuti nei Trattati, sulla base del caso concreto sottoposto alla sua attenzione.

Ma non è tutto. La Corte contesta velatamente il fatto che il Giudice del rinvio non abbia indicato esplicitamente il valore dell'appalto, elemento necessario per comprendere se superi la soglia rilevante di applicazione della direttiva 2004/17, fissata a EUR 400 000 ai sensi dell'articolo 16, lettera a).

In realtà tale, specifica contestazione, non appare del tutto condivisibile in quanto la normativa italiana impone al ricorrente di indicare espressamente il valore della controversia al momento della proposizione del ricorso introduttivo dinanzi al TAR ai sensi degli artt. 9 e seguenti del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 recante il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. Quindi, la Corte conosceva con certezza il valore della controversia (e non solo presuntivamente) perché il punto 20 delle Raccomandazioni ai giudici nazionali del 2016 impone che la domanda sia accompagnata da tutti i documenti pertinenti e, in particolare, dalle coordinate precise delle parti del procedimento principale e dei loro eventuali rappresentanti, nonché dal fascicolo del procedimento principale o da una copia del medesimo. Tale fascicolo (o una sua copia) viene conservato per tutta la durata del procedimento nella cancelleria, presso la quale, salvo indicazioni contrarie del giudice del rinvio, potrà essere consultato dagli interessati. È del tutto evidente che il fascicolo contiene necessariamente il ricorso introduttivo.

Le critiche più severe all'ordinanza di rinvio riguardano però un altro aspetto: il Giudice remittente si interroga sulla legittimità di una Direttiva euro unitaria senza indicare tuttavia in modo preciso e puntuale quali siano i punti controversi di essa rispetto ai principi di cui si teme la lesione.

Nel caso in esame, il Consiglio di Stato si è infatti limitato ad affermare che la Direttiva 2014/17 potrebbe ledere le regole di un mercato efficiente: nella parte motiva dell'Ordinanza, non si rinviene però alcuna giustificazione a tale grave affermazione ed è per questo motivo che la Corte di giustizia ha ritenuto irricevibile la domanda pregiudiziale così come formulata. A tal proposito, è stato rilevato che si tratta di una mera ipotesi, non suffragata da concreti elementi di fatto o di diritto. Il timore espresso dalla Corte riguarda il rischio che si ponga in dubbio la legittimità della normativa euro unitaria senza un'adeguata ponderazione da parte dei giudici nazionali. Emerge quindi il ruolo di ulteriore filtro da parte della Corte, proprio per non pregiudicare l'importanza

dello strumento del rinvio pregiudiziale. I Giudici di Lussemburgo spronano perciò i giudici nazionali ad essere esaustivi, chiari e a fornire per primi loro stessi delle considerazioni giuridiche sulla possibile lesione dell'ordinamento da parte di una fonte euro unitaria; ricordano pertanto che *“secondo una costante giurisprudenza della Corte, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, la necessità di pervenire a un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo rispetti scrupolosamente i requisiti relativi al contenuto di una domanda di pronuncia pregiudiziale e indicati in maniera esplicita all'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte, i quali si presumono noti al giudice del rinvio.”*

La seconda domanda pregiudiziale non sarebbe stata comunque esaminata perché a giudizio della Corte interrogarsi sulla legittimità della Direttiva non era rilevante ai fini della risoluzione della controversia originaria perché è una scelta del legislatore nazionale non prevedere – in caso di circostanze sopravvenute e imprevedibili – la revisione del prezzo originario di un appalto, stipulato in un settore speciale. Siccome la Corte ha accertato che tale facoltà rientra nell'ambito degli Stati e che si tratta di una scelta politica non in contrasto con la Direttiva 2004/17, quest'ultima diviene irrilevante ai fini della risoluzione della controversia: non vi sono, di conseguenza, più i presupposti per un intervento dei Giudici europei. Per costante giurisprudenza, qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma dell'Unione Europea o il giudizio sulla sua validità, chiesti dal giudice nazionale, non hanno alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della controversia relativa al procedimento principale o qualora il problema sia di natura ipotetica, è necessario respingere la domanda presentata in quanto irricevibile (*ex plurimis*, Corte giustizia Unione Europea Grande Sez., Sent., 28 marzo 2017, n. 72/15; Corte giustizia Unione Europea Grande Sez., Sent., 15/11/2016, n. 258/15).

La sentenza del 19 aprile 2018 è importante – al di là del merito della controversia che l'ha originata relativa al settore speciale degli appalti pubblici – proprio perché essa offre delle indicazioni pratiche sul modo con cui la Corte esamina il contenuto della domanda pregiudiziale ed esercita quindi un primo filtro delle questioni sottoposte alla sua attenzione.

Obblighi di trasparenza e di non discriminazione tra imprese in base alla nazionalità nell'aggiudicazione degli appalti di servizi socio-sanitari transfrontalieri

di Francesco Monceri

Title: Obligations of Transparency and non-discrimination between companies on the basis of nationality in the awarding of cross-border health and social services contracts

Keywords: Public service contract; Cross-border interest; Obligation of transparency.

1. – La decisione in epigrafe merita di essere annotata con un certo interesse soprattutto sotto il profilo dell'applicabilità delle regole degli appalti pubblici al settore dei servizi sanitari e sociali, problema che, in ambito nazionale, è stato ridestato dalla recente approvazione del codice del Terzo settore e dai conseguenti problemi applicativi e pratici che ne sono seguiti. Uno su tutti, come si avrà modo di accennare nel corso di queste brevi note a margine della sentenza in commento, quello del controverso rapporto tra affidamento del servizio in convenzione e ricorso al mercato. Tanto più che la materia dei servizi sociali è attraversata da non irrilevanti intersezioni col sistema di regole contenute nel codice degli appalti pubblici, anch'esso recentemente investito dalle novità introdotte dal dlgs 50/2016 (in argomento v. G.M. Esposito, a cura di, *Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2017).

La sentenza che si annota ha, appunto, ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte di cassazione italiana, sulla legittimità di una richiesta di remunerazione di prestazioni sanitarie attribuite sulla base di una convenzione "sospettata" di contrastare con il diritto europeo che regola le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici o, almeno, anticipando per esigenze di sintesi il cuore del problema, con i principi di parità di trattamento, obbligo di non discriminazione in base alla nazionalità, obbligo di trasparenza contenuti negli artt. 49, 56, 106 del TFUE. A questo proposito merita di essere sottolineato che, come nel campo dei pubblici servizi, anche nel settore dei servizi (sanitari e) sociali (sulle specificità del settore dei servizi sociali in ambito nazionale v. almeno E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori, a cura di, *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007), generalmente ritenuto escluso dalla ferrea applicazione delle regole della concorrenza, vanno tuttavia emergendo, in ambito europeo, profili di tutela di principi legati a tale ultimo valore.

Di converso, merita di essere altrettanto sottolineato il fatto che il settore dei servizi sociali si caratterizza per una forte connessione, soprattutto in ambito nazionale, non solo con i compiti legati alla progressiva realizzazione dell'uguaglianza sostanziale

assegnati alla Repubblica, ma anche al generale principio di solidarietà che si pone alla base di un rilevante intervento del volontariato e del terzo settore nella materia.

Di tal che, nonostante sia innegabile che molte delle prestazioni annoverabili nel numero dei servizi sociali possa avere rilevanza economica per le imprese, lo è altrettanto che la loro erogazione sia per larga parte sostenuta dal volontariato e dagli altri enti solidaristici e *non profit*; circostanza questa che contribuisce a determinare una differenza qualitativa dei servizi sociali rispetto agli altri servizi resi nel mercato, e a rendere oggettivamente difficile pensare che l'estensione dei principi generali della concorrenza a tale settore possa avvenire senza conflitti.

2. – La controversia originaria vede contrapposte, da una parte la Oftalma Hospital srl e, dall'altra, la Commissione Istituti Ospedalieri Valdesi (CIOV) e la Regione Piemonte, per la mancata remunerazione di servizi sanitari forniti dalla Oftalma sulla base di una convenzione firmata tra quest'ultima e la CIOV.

Il giudizio principale procedeva con fasi alterne in quanto il Tribunale di Torino ingiungeva, in un primo tempo, alla CIOV e alla Regione Piemonte di remunerare la Oftalma per le prestazioni rese nel corso del 2004, respingendo le motivazioni delle convenute presentate in sede di opposizione all'ingiunzione; motivazioni fondate principalmente sulla nullità della convenzione in quanto conclusa in violazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici come disciplinate, in ambito nazionale, dal dlgs 157/95.

Lo stesso Tribunale di Torino, tuttavia, respingeva, in un secondo tempo, un analogo ricorso della Oftalma per rimborsi inerenti le annualità 2002, 2003, e primo semestre 2004, in ordine ai quali era stata emessa una precedente ingiunzione.

A seguito dell'impugnazione reciproca delle parti, i procedimenti venivano riuniti e decisi dalla Corte d'appello di Torino che dichiarava la nullità della convenzione e condannava la Oftalma a restituire i rimborsi già ricevuti.

Le discordanti pronunce, riflettevano l'evidente incertezza sugli obblighi gravanti sull'amministrazione aggiudicatrice derivanti dal diritto nazionale ed europeo in merito all'obbligo di attivare, anche nel settore controverso, procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente con il quale stipulare la convenzione.

Posto che l'organismo che aveva stipulato la convenzione, la CIOV, dovesse essere considerato un "*organismo pubblico avente la qualità di amministrazione aggiudicatrice*" ai sensi della direttiva 92/50/CEE e del dlgs 157/95.

Rispetto a ciò, un primo elemento di perplessità è dato dal fatto che, in talune delle altalenanti decisioni che si erano susseguite nella causa principale, ai fini del diritto applicabile, veniva assegnata preminenza alle qualifiche pubbliche del committente piuttosto che, come invero lo stesso ordinamento europeo costantemente riconosce, alla natura e alle finalità sottese al servizio oggetto della convenzione.

Difatti, in sede di ulteriore impugnazione, la Corte di cassazione italiana, giudice del rinvio pregiudiziale da cui origina la sentenza che si sta annotando in queste pagine, individua una serie di questioni da sottoporre alla Corte di giustizia che ruotano intorno alle peculiarità che da sempre contraddistinguono il settore dei servizi sociali.

Da un punto di vista formale, infatti, nel caso di specie, il processo di selezione del contraente appare non assoggettato alle regole dell'evidenza pubblica sia dalla direttiva 92/50 che dall'art.3, secondo comma, del dlgs 157/95.

Inoltre, la Corte di cassazione si interroga sulla legittimità della tendenza del giudice amministrativo italiano a considerare gli appalti pubblici di servizi socio-sanitari come assoggettabili almeno ad una procedura di gara "informale" e ai principi generali di efficacia, imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, dal momento che neppure ciò è espressamente previsto dalla normativa nazionale ed europea.

La vicenda trova un ulteriore momento di complicazione per l'intersecarsi di ulteriori spunti problematici: 1) *in primis* l'obiettivo europeo di uniformare le regole di aggiudicazione degli appalti pubblici alla disciplina degli appalti pubblici di lavori e

forniture, che impone alle amministrazioni pubbliche di assicurare una concorrenza effettiva anche nelle procedure negoziate (direttiva 93/36/CE, in GU 1993, L 199, 1); 2) *in secundis* il fatto che, anche qualora si proceda a trattativa privata, l'art. 22, terzo comma, dlgs 157/95 (art.27, par.3, direttiva 92/50) prevede che il numero dei candidati non possa essere inferiore a tre.

Dubbi questi che, invero, risulterebbero fugati, a giudizio di chi scrive, dallo stesso tenore della direttiva europea di riferimento, che esclude categoricamente che i servizi in esame sottostiano a norme diverse dagli articoli 14 e 16 della direttiva 92/50, che richiedono, per i servizi quali quello oggetto della causa principale, di individuare le "specifiche tecniche dell'appalto" e "l'invio di un avviso riguardante i risultati della procedura".

Da questo punto di vista, la peculiarità dei servizi in discorso rispetto alla disciplina europea che mira a realizzare la creazione di un mercato europeo dei servizi appare evidente.

Invero, l'Unione europea ha tradizionalmente riconosciuto anche a livello di trattati le specificità del settore dei servizi di interesse economico generale e dei servizi di interesse generale a contenuto non economico, ammettendo anche nel caso in cui il servizio racchiudesse un significato economico, la possibilità di derogare alle regole della concorrenza ogni qual volta lo Stato membro considerasse che affidare il servizio alla concorrenza, ancorchè regolata, avrebbe potuto causare il mancato raggiungimento della specifica "missione" del servizio.

Tuttavia, come si avrà modo di osservare in queste note, la dottrina ha posto in luce come laddove l'Unione europea ha ormai da tempo cominciato a far propri, rivisitandoli anche in sede giurisprudenziale, i valori sociali provenienti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, questi ultimi hanno principiato a considerare con maggiore interesse l'opportunità di introdurre principi di concorrenzialità negli ordinamenti nazionali come mezzo utile al raggiungimento delle finalità sociali che informano la disciplina dei servizi pubblici e dei servizi sociali.

La stessa "soluzione" adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza in epigrafe si pone nel doppio solco di quanti considerano la tutela dei servizi sociali e dei principi della concorrenza come obbiettivi non antitetici ma, spesso, complementari.

3. – Partendo da queste premesse la Corte di Cassazione sottopone alla Corte di giustizia tre ordini di questioni pregiudiziali.

In primo luogo, il giudice del rinvio chiede se l'art.9 della direttiva 92/50, che appunto prevede che appalti rientranti nell'allegato IB della direttiva (come quelli oggetto del giudizio) sottostiano ai soli artt.14 e 16 della medesima, siano comunque assoggettati ai principi generali europei di libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi, parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità, trasparenza e non discriminazione, di cui agli artt.49, 56, e 106 TFUE. In altri termini, dunque, ci si interroga se tali ultimi principi investano trasversalmente tutti gli appalti di servizi indipendentemente dalle specifiche esclusioni previste dalla direttiva 92/50.

In secondo luogo, la Corte di cassazione italiana, in caso di risposta affermativa al primo quesito, chiede se l'art.27 della direttiva 92/50, che prevede che in caso di aggiudicazione negoziata il numero di candidati ammessi a negoziare non possa essere inferiore a tre, sia applicabile anche ai contratti di appalto ricompresi nell'elenco di cui all'allegato IB della direttiva.

In terzo luogo, la Corte di Cassazione domanda se lo stesso art.27 della direttiva 92/50 sia di ostacolo a procedure nazionali che, antecedentemente all'emanazione della direttiva 2004/18/CE non abbiano assicurato, rispetto ad appalti riguardanti servizi contenuti nel predetto allegato IB, un'adequata apertura alla concorrenza nel corso di una procedura negoziata.

4. – La Corte di giustizia, nell'accingersi a rispondere ai quesiti proposti, conferma, in linea di principio, che la direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 2004/18/CE, prevede un'applicazione su due livelli.

Dunque, in via di prima approssimazione, i giudici del Lussemburgo, riconoscono che lo specifico contenuto dei servizi enunciati all'allegato IB è tale da giustificare la mancata applicazione delle regole *pro*-concorrenziali previste dalla direttiva (cfr. Corte giustizia, sentenza del 17 marzo 2011, in C-95/10, *Strong Seguranca*, punto 34).

Tuttavia, la Corte precisa, forse discutibilmente, che tale scelta dipenderebbe dalla natura stessa dei servizi di cui si va discutendo, i quali non presenterebbero -a priori- caratteristiche tali da far presupporre la presenza di un interesse transfrontaliero tale da giustificare l'applicazione necessaria alle regole dell'evidenza pubblica.

La Corte, dunque, in maniera non del tutto convincente, associa la disapplicazione delle regole della concorrenza, nel settore dei servizi socio-sanitari, non tanto alla sussistenza di una disciplina derogatoria o speciale, quanto all'assenza presunta di interesse transfrontaliero alla commessa, ossia alla presunta scarsa appetibilità dei servizi in oggetto per le imprese di altri Stati membri.

Ciò le consente di addivenire ad un'ulteriore graduazione della normativa europea applicabile, pur rispettando formalmente il dato letterale della norma.

Si conferma, infatti, l'che le norme della direttiva 92/50 diverse dagli artt.14 e 16 non si applicano agli appalti di servizi socio-sanitari e, tuttavia, la completa libertà di azione degli Stati membri nella "gestione" della procedura di appalto viene a dipendere dalla sussistenza o meno di un interesse transfrontaliero alla procedura.

Per quanto riguarda il caso specifico, in mancanza di elementi atti a chiarirlo, la Corte assegna al giudice del rinvio il compito di "procedere ad una valutazione circostanziata" che consenta di evidenziare sulla base di "elementi oggettivi e concordanti" se al momento dell'attribuzione dell'appalto esso abbia carattere transfrontaliero (punti 37, 42, 45).

Di tal che si può concludere che, a giudizio della Corte, gli appalti di servizi socio-sanitari possono essere conclusi in deroga assoluta delle procedure ad evidenza pubblica solo quando il servizio non presenti uno specifico interesse transfrontaliero, ossia quando sia assolutamente inappetibile per le imprese di un altro stato membro.

A questo proposito vale la pena di osservare che gran parte dei servizi pubblici e dei servizi sociali, presentano un apprezzabile valore economico, cosicché è di tutta evidenza che, le imprese straniere potrebbero dimostrare quasi sempre un interesse qualificato a partecipare alla gara. In questo caso un interesse economico ad erogare un servizio socio-sanitario.

Questa impostazione, a giudizio di chi scrive, capovolge almeno in parte la concezione secondo la quale è la natura del servizio a giustificare la deroga alle regole della concorrenza; concezione che, invero, poggiava su un assunto, in fase di profonda riconsiderazione, secondo il quale l'erogazione dei servizi sociali dovesse, per definizione, essere protetta dal mercato al fine di meglio realizzare il soddisfacimento di interessi preminenti dell'ordinamento.

Ma anche a voler condividere *in toto* il percorso logico seguito dalla Corte, che invero si va facendo strada anche nel diritto positivo europeo e nazionale, non se ne comprendono, comunque, se non parzialmente, gli esiti.

Spostando l'attenzione sull'interesse transfrontaliero delle imprese a partecipare a procedure di appalto relative a servizi socio-sanitari, infatti, mal si comprende poi come la Corte di giustizia, una volta che venga ipotizzata la sussistenza di tale interesse, conclude comunque per l'inapplicabilità delle prescrizioni contenute nella direttiva. Infatti, se il discrimine viene ricondotto all'interesse (economico) delle imprese alla partecipazione alla gara non si vede in cosa si differenzino gli appalti di servizi socio-sanitari dagli altri appalti di servizi in cui le regole della concorrenza sono, appunto, dettate a favore della massima apertura del mercato.

La soluzione proposta dalla Corte di giustizia, per questo, non convince del tutto anche situandosi nell'ottica dalla quale essa affronta la questione.

Difatti, essa conclude per una soluzione intermedia.

Statuisce che anche in presenza di un interesse transfrontaliero le norme della direttiva 92/50 diverse dagli artt.14 e 16 non trovano applicazione e, purtuttavia, in detti casi gli appalti di servizi socio-sanitari sono assoggettati "alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, e segnatamente ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva" (punto 36).

Sul punto, la Corte richiama la propria giurisprudenza rammentando che "senza necessariamente imporre di procedere ad una gara, detto obbligo di trasparenza implica l'esigenza di garantire un adeguato livello di pubblicità che consenta, da un lato, un'apertura alla concorrenza e, dall'altro, il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione" (Corte di giustizia, sentenza del 13 novembre 2008, in C-324/97, *Coditel Brabant*, punto 25).

Tutto ciò rende il quadro ancora più nebuloso in quanto, a giudizio della Corte l'osservanza di tali obblighi non impone di procedere ad una gara ma rende, comunque, necessario "garantire un adeguato livello di pubblicità che consenta, da un lato, un'apertura alla concorrenza e, dall'altro, il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione" (punto 36).

Si conferma, dunque, una tendenza "creativa" della giurisprudenza europea in quanto la disciplina contenuta nella direttiva 92/50 sembra evolvere verso un'interpretazione maggiormente spostata verso l'introduzione di correttivi *pro*-concorrenziali che certamente esorbitano il dato letterale della norma.

Difatti, alla luce delle disposizioni della direttiva sembrava potersi distinguere, in linea di principio, tra i servizi di cui all'allegato IA, assoggettati alle disposizioni stringenti contenute nella direttiva, e i servizi di cui all'allegato IB (tra i quali, come detto, sono ricompresi i servizi socio-sanitari), assoggettati ai soli articoli 14 e 16 della direttiva.

A questo proposito la Corte di giustizia dichiara, come ricordato, di non voler in alcun modo contraddire il tenore letterale della disposizione in esame e, dunque, esclude che ai servizi di cui all'allegato IB siano applicabili norme della direttiva diverse dagli artt.14 e 16 (punto 32).

E, tuttavia, la Corte introduce un nuovo elemento di graduazione che riguarda proprio i servizi come quelli socio-sanitari, ossia quelli contenuti nell'allegato IB.

La Corte sostiene, infatti, che quando tali servizi presentino un interesse transfrontaliero, pur non essendo assoggettabili alle norme poste a tutela della concorrenza contenute nella direttiva, sono comunque assoggettati ai principi generali posti a tutela della concorrenza e della libera prestazione dei servizi contenuti in altre norme di provenienza europea, ossia nei trattati.

Questa impostazione, che, come detto, rappresenta una lettura evolutiva dell'art.9 della direttiva 92/50 piuttosto evidente, fa sì che gli unici servizi che risultano completamente esclusi dal rispetto di qualsivoglia normativa europea a tutela della concorrenza/concorrenzialità di settore siano quelli contenuti nell'allegato IB che non presentino carattere transfrontaliero.

Diversamente da quanto affermato in altre parti della sentenza che si annota, dove si afferma che la normativa in discorso è articolata su due livelli, è proprio il ragionamento seguito dai giudici del Lussemburgo a dimostrare che il sistema si va ri-articolando in tre ipotesi cui corrispondono obblighi diversi per le stazioni appaltanti.

Abbiamo, infatti, che a) i servizi di cui all'allegato IA sono senz'altro assoggettati alle norme della direttiva ed al rispetto dei principi contenuti nei trattati; b) i servizi di cui all'allegato IB che presentino interesse transfrontaliero non sono disciplinati dalle norme della direttiva 92/50 diverse dagli artt.14 e 16, ma devono comunque rispettare i principi generali europei in materia di concorrenza; c) i servizi di cui all'allegato IB che

non presentino interesse transfrontaliero sono esclusi dal raggio di applicazione sia dei principi comunitari in materia di concorrenza che dalle specifiche disposizioni contenute nella direttiva diverse dagli art. 14 e 16 della stessa.

5. – La nozione di interesse transfrontaliero si mostra, quindi, come dirimente rispetto agli obblighi ulteriori rispetto all'osservanza degli artt. 14 e 16 della direttiva 92/50, che gravano sulle stazioni appaltanti di servizi socio-sanitari e, più in generale, di tutti i servizi contenuti nell'elenco di cui all'allegato IB di detta direttiva.

Ciò rende non superfluo soffermarsi brevemente sul concetto di "interesse transfrontaliero" e sulla natura degli obblighi di trasparenza cui la sussistenza dell'interesse transfrontaliero dà origine che, a giudizio della Corte, non impongono *tout court* l'espletamento di una gara, e tuttavia generano la necessità di rispettare obblighi di pubblicità ed imparzialità dell'azione amministrativa che potrebbero essere sottoposti al vaglio del giudice amministrativo.

Sul primo punto, pare utile osservare come la nozione di interesse transfrontaliero pare suscettibile di diverse interpretazioni oltre che di un certo grado di storicità, dal momento che l'erogazione di servizi della stessa natura può mostrarsi assolutamente inappetibile per le imprese di altri Stati membri o, al contrario, estremamente vantaggiosa in conseguenza di una moltitudine di fattori altamente variabili anche in un relativamente breve lasso di tempo.

A questo proposito la Corte, peraltro, prevede che l'interesse transfrontaliero non può considerarsi sussistente sulla base di una valutazione in astratto ma deve risultare da una valutazione concreta delle caratteristiche del singolo appalto (punto 39. Nel medesimo senso v. Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2016, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*, punto 22). In conseguenza di ciò, neppure l'alto valore economico dell'appalto può essere considerato sicuro sintomo della natura transfrontaliera della procedura (così, infatti, si esprime Corte di giustizia, Sentenza del 29 aprile 2010, in C-160/08, *Commissione/ Germania*, punti 18, 54, e 123, proprio in riferimento ad un servizio avente ad oggetto prestazioni di tipo sanitario).

Emerge, dunque, che l'interesse transfrontaliero costituisce la risultante della combinazione di una pluralità di fattori tra i quali certamente figura il valore economico dell'appalto, ma anche il luogo di esecuzione dei lavori, le caratteristiche tecniche dell'appalto, le caratteristiche specifiche dei prodotti in questione.

Una volta stabilita in concreto la natura transfrontaliera dell'appalto, l'amministrazione interessata sarebbe, dunque, costretta ad adottare procedure di adeguata pubblicizzazione della volontà di appaltare il servizio con l'unica eccezione riguardante la sussistenza di circostanze "oggettive" aventi il (tradizionale) effetto di far ritenere giustificabile la limitazione della concorrenza quale conseguenza della "specifica missione del servizio" che non sarebbe raggiungibile nel mercato (v. Corte di giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2014, in C-113/13, *Azienda sanitaria locale n.5 "Spezzino" e a.*, punto 52, in cui la limitazione alle regole della concorrenza viene giustificata dalla necessità di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico equilibrato ed accessibile a tutti).

A questo primo elemento di incertezza, inerente alla nozione di interesse transfrontaliero concreto, si aggiunge, come detto, un secondo ordine di problemi che attiene alle "indefinite" caratteristiche della procedura di aggiudicazione degli appalti di servizi sociali che presentino un interesse transfrontaliero, dal momento che la direttiva 92/50 risulta comunque inapplicabile.

Sul punto le indicazioni della Corte di giustizia risultano piuttosto frammentarie in quanto la necessaria tutela della concorrenza, che essa riconduce alla natura transfrontaliera del servizio, si sostanzia nella garanzia di un "adeguato livello di pubblicità", e all'obbligo di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa sanciti nelle norme fondamentali dell'Unione europea in materia di non discriminazione tra imprese.

Il che potrebbe equivalere a dire che il mercato dei servizi sociali tende ad essere assoggettato all'obbligo di espletare procedure capaci di garantire la concorrenza, con l'eccezione dei soli casi in cui sussistano comprovati ed oggettivi motivi di interesse pubblico che rendano necessaria la restrizione delle regole della stessa.

Ma rimane, tuttavia, indefinito il contenuto minimo formale delle procedure di aggiudicazione di tali servizi, il che sembra lasciare molto spazio di valutazione al giudice amministrativo.

Tanto più che la Corte, respingendo la richiesta di limitazione degli effetti temporali della sentenza sulla base del fatto che ritiene questa posizione come ormai consolidata nella giurisprudenza europea (punti 36 e 58. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 17 luglio 2008, in C-426/07, *Krawczynski*, punti 42 e 43), apre, di fatto, la strada alla possibilità che sia la sussistenza dell'interesse transfrontaliero, che le procedure di attribuzione dell'appalto seguite o non adottate dall'amministrazione aggiudicatrice, quando non anche le stesse motivazioni "oggettive" addotte dall'amministrazione per limitare la concorrenza in uno specifico settore, possano essere valutate *ex post* in sede di ricorso giurisdizionale.

6. – Nel rispondere alla seconda e terza questione la Corte conferma il medesimo orientamento intermedio che, prima di tutto la pone al riparo dall'eventuale accusa di contraddire il diritto positivo europeo, ma non secondariamente le consente di affermare la necessità di garantire una certa apertura alla concorrenza anche nel mercato dei servizi socio-sanitari.

In sintesi, dunque, la Corte statuisce che il tenore letterale dell'art.9 della direttiva 92/50 è sufficientemente esplicito nell'affermare che al settore dei servizi ricompresi nell'allegato IB non siano applicabili norme diverse dagli artt. 14 e 16 della direttiva.

Di conseguenza l'art.27, paragrafo 3, della direttiva, che impone il coinvolgimento di un numero minimo di candidati anche in una procedura negoziata, non troverebbe applicazione nel caso di specie anche qualora il giudice del rinvio accertasse che il servizio socio-sanitario in discorso avesse avuto, al tempo della sua attribuzione, carattere transfrontaliero.

In caso contrario, sostiene la Corte, si priverebbe del cosiddetto "effetto utile" la distinzione stessa tra servizi rientranti nell'allegato IA e servizi ricompresi nell'allegato IB (oggi IIA e IIB della direttiva 2004/18/CE), che si fonda appunto sulle norme della direttiva applicabili alle distinte categorie di servizi rientranti nell'uno o nell'altro elenco (punto 54).

Tuttavia, pur esclusi dal raggio di applicazione della direttiva, gli appalti di servizi socio-sanitari, quando presentino carattere transfrontaliero, vengono comunque ritenuti come assoggettabili alle norme generali europee poste a tutela della concorrenza tra imprese.

7. – Le considerazioni che precedono consentono di osservare, conclusivamente, che l'assoluta impermeabilità del settore dei servizi sociali all'applicabilità delle regole della concorrenza tende lentamente a sgretolarsi a favore di forme "ibride" e tutt'oggi non esattamente definite di obblighi di trasparenza e di apertura al mercato che vengono, nei fatti, imposti alle amministrazioni nazionali. Una tendenza, invero, sempre latente nel percorso comunitario di "sovrapposizione silenziosa" del diritto europeo al diritto nazionale, che non sembra diminuire.

Ciò, oltre a confermare la tradizionale fiducia delle istituzioni europee nella "funzione sociale del mercato" pare poter determinare grande incertezza soprattutto nelle amministrazioni locali, posto che lo stesso diritto nazionale tende sempre di più ad uniformarsi alle "indicazioni" europee.

A conferma di questo, la recente entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, dlgs 50/2016, che recepisce le Direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE, prevede,

in piena sintonia con la sentenza in epigrafe, per l'affidamento dei servizi sociali, un regime "alleggerito, ma comunque ispirato al rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento tra imprese (Sul rapporto tra diritto amministrativo nazionale ed europeo in materia v. già E. Picozza, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. Franchini, a cura di, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Tomo secondo, Torino, 2007, 28 ss.).

A questo proposito non si può, tuttavia, non tener presente come l'erogazione dei servizi sociali, anche a contenuto economico, si ricolleggi direttamente alla realizzazione di principi fondamentali quali quello della "solidarietà", anche svolta a titolo individuale (sulla rilevanza del fenomeno v., di recente, L. Gori, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell'applicazione diretta dell'art. 118, ultimo comma, Cost.*, in *AIC*, 1/2018; v. anche P. Michiara, *I «servizi sociali privati senza scopo di lucro» e i principi del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009) che, ad esempio in ambito nazionale, si connette all'attività degli enti riconducibili al volontariato ed, in genere, al terzo settore (v. A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *RTDP*, 1/2015, 89-137).

Da questo ultimo punto di vista, la grande incertezza che si va facendo strada anche nella disciplina nazionale è palpabile nella stessa riforma del Codice del terzo settore, di cui al dlgs 117/2017 (In argomento R. Dabormida, *La riforma del terzo settore*, Milano, 2017; per una puntuale analisi del percorso di riforma v. L. Gori, E. Rossi, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2/2016).

Laddove, infatti, l'art.55 dello stesso rende obbligatoria l'insaturazione di procedure di "co-progettazione" e "co-programmazione" dei servizi sociali tra amministrazioni e enti del terzo settore in vista dell'affidamento (diretto) degli stessi ai soggetti privati coinvolti in tali processi, l'art. 56, primo comma, del medesimo codice statuisce che le convenzioni tra amministrazioni pubbliche e organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale "finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale" possono essere stipulate "se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato". In effetti, non appare del tutto coerente che, nel momento in cui si sancisce formalmente il diritto degli enti del Terzo settore alla "partecipazione attiva" alla decisione amministrativa inerente il contenuto e l'organizzazione dei servizi sociali, che proprio gli enti del Terzo settore contribuiscono in larga parte ad erogare sui territori, rispondendo alla loro vocazione solidaristica, si rende altresì obbligatorio valutare se sia più favorevole aprire al mercato.

In conclusione si può, dunque, osservare che, nel settore dei servizi sociali, la tradizionale alternativa tra Stato e mercato che costituisce l'eterno dilemma nell'erogazione/gestione dei pubblici servizi, si vada riarticolarlo nel triplice rapporto tra stato/mercato/enti del terzo settore (sul problema v., di recente, D. Caldirola, *Stato, Mercato e Terzo settore nel d.lgs. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *federalismi.it*, 3/2018).

Un rapporto che, anche a breve, potrebbe mostrarsi non privo di conflittualità.

Il rilascio della carta di soggiorno: precisazioni a margine della sentenza *Ibrahima Diallo contro Belgio*

di Alessandro Nato

Title: CJEU and the granting of a residence permit as a family member of a EU citizen

Keywords: Right of residence; Directive 2004/38/CE; Third Country Nationals.

1. – La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 27 giugno 2018, causa C-246/17, *Ibrahima Diallo contro Belgio*, riguarda il diritto a risiedere sul territorio di uno Stato membro dei familiari cittadini di Stati terzi ascendenti di cittadini europei. In particolare, la presente pronuncia offre alla Corte l'opportunità di esprimersi sulla portata dell'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE, relativa al rilascio ad un cittadino di Paese terzo della carta di soggiorno di familiare di cittadino UE. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. Ibrahima Diallo, cittadino guineano e familiare di un minore di nazionalità olandese domiciliato in Belgio, e lo Stato membro belga, in merito al rigetto della domanda dal cittadino di Paese terzo diretta a ottenere una carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione europea, con conseguente ordine di lasciare il territorio del Belgio. Tale procedimento pregiudiziale invita la Corte del Lussemburgo a fornire importanti precisazioni. Da un lato, riguardo al termine entro il quale le decisioni di cui all'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE devono essere adottate e comunicate e riguardo alle eventuali conseguenze derivanti dalla mancata adozione o comunicazione di tali decisioni; dall'altro lato, la Corte è chiamata a statuire se, a seguito dell'annullamento giurisdizionale di una decisione adottata ai sensi di tale disposizione, il termine di sei mesi di cui dispone l'autorità nazionale competente a norma di detta disposizione sia interrotto o sospeso.

2. – Il 25 novembre 2014, il cittadino guineano Ibrahima Diallo ha presentato alle autorità belghe una richiesta per l'ottenimento della carta di soggiorno di familiare cittadino dell'UE sostenendo di essere ascendente di un minore cittadino olandese domiciliato in Belgio.

Il 22 maggio 2015, le autorità dello Stato membro belga respingono tale domanda e tramite la comunicazione del 3 giugno 2015 ordinano al richiedente di abbandonare il territorio. In data 29 settembre 2015, la sentenza del *Conseil du contentieux des étrangers* annulla la precedente decisione per difetto di motivazione. Nonostante ciò, il 9 novembre 2015, le autorità belghe competenti adottano una nuova decisione di diniego corredata dall'ordine di espulsione. La nuova decisione puntualizzava che il cittadino della Guinea non aveva dimostrato entro i termini stabiliti dalla normativa di essere beneficiario di un soggiorno superiore a tre mesi in qualità di familiare di un cittadino dell'UE. Inoltre, esso non aveva prodotto alcuna evidenza di essere in possesso di risorse sufficienti e non

aveva validamente dimostrato che suo figlio, cittadino olandese, era a suo carico o che egli aveva effettivamente la custodia. Il 23 febbraio 2016, il *Conseil du contentieux des étrangers* respingeva il ricorso avverso a tale sentenza.

In data 25 marzo 2016, il sig. Diallo propone un ricorso amministrativo per cassazione avverso la pronuncia di diniego al *Conseil d'État*. Il richiedente motiva il ricorso affermando che, ai sensi dell'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE, la decisione relativa alla domanda di riconoscimento del diritto di soggiorno deve essere comunicata al richiedente entro sei mesi successivi alla presentazione della domanda e che il diritto interno deve essere interpretato in base a tale requisito. Inoltre, il ricorrente aggiunge che la concessione all'autorità competente nazionale di un nuovo termine di sei mesi, a seguito dell'annullamento di una prima decisione, priverebbe di effetto utile l'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE. Al contrario, le autorità belghe ritengono che la questione rientra nel diritto nazionale e che, comunque, non sia dimostrata l'irragionevolezza dell'avvio di un nuovo termine di sei mesi al fine di statuire su una domanda di carta di soggiorno in seguito all'annullamento giurisdizionale di una prima decisione.

In tale contesto, il giudice del *Conseil d'État* con la decisione n. 238.038 del 27 aprile 2017, numero di ruolo A. 218.840/XI-21.058, decide di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione europea alcuni quesiti pregiudiziali ex art. 267 TFUE. Attraverso la prima e la seconda questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede alla Corte di Giustizia se l'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE debba essere interpretato nel senso che la decisione relativa alla domanda di carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione deve essere adottata e comunicata entro il termine di sei mesi previsto da tale disposizione. Inoltre, con il terzo e il quarto quesito il giudice nazionale chiede se il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso che osta ad una giurisprudenza nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, secondo la quale l'autorità nazionale competente può, a seguito dell'annullamento giurisdizionale di una decisione di diniego del rilascio di una carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione, automaticamente avvalersi di nuovo dell'intero termine di sei mesi previsto dall'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE. Infine, con la quinta questione pregiudiziale il *Conseil d'État* domanda alla Corte di Giustizia se la dir. 2004/38/CE debba essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale che impone alle autorità nazionali competenti di rilasciare d'ufficio all'interessato una carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione, allorché il termine di sei mesi, di cui all'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE, è superato, senza previamente constatare se l'interessato soddisfa effettivamente le condizioni per soggiornare nello Stato membro ospitante in conformità al diritto dell'Unione europea.

3. – La Corte di Giustizia replica *in primis* alle autorità belghe, le quali avevano sostenuto che la situazione del ricorrente non rientra nell'ambito di applicazione del diritto UE. La Corte ricorda che è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale (art. 267 TFUE) sull'interpretazione, in particolare, dei Trattati, della Carta dei diritti fondamentali nonché delle direttive sui cui vertono le questioni pregiudiziali. L'eventuale rifiuto della Corte di Giustizia di pronunciarsi su una questione pregiudiziale è possibile soltanto qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o ancora la stessa non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni che le sono sottoposte (si veda il punto 29; in più, la Corte rimanda alla sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16). Nel caso di specie, il giudice del rinvio aveva sostenuto che l'interpretazione delle questioni presentate alla Corte di Giustizia è necessaria per dirimere la controversia principale. In realtà, la risposta della Corte del Lussemburgo a tali questioni è idonea a incidere direttamente sulla valutazione della situazione individuale del sig. Diallo e sulla

questione se le autorità competenti dovessero rilasciargli una carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione. Per tali motivi, la Corte di Giustizia sostiene che è competente a rispondere alle richieste pregiudiziali presentate dal giudice nazionale e che queste possono essere considerate ricevibili.

La Corte di giustizia per rispondere alle prime due questioni pregiudiziali ricorda che l'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE dispone che il diritto di soggiorno dei familiari del cittadino dell'Unione non aventi la cittadinanza di uno Stato membro è comprovato dal rilascio della c.d. carta di soggiorno di un cittadino dell'Unione, che deve avvenire non oltre i sei mesi successivi alla presentazione della domanda. Inoltre, la Corte del Lussemburgo sottolinea che il termine dei sei mesi per il rilascio del documento è tassativo (si veda il punto 35 cfr. E. Guild, S. Peers, J. Tomkin (eds.), *The Eu citizenship directive. A commentary*, Oxford, 2014, p. 151). Dunque, la nozione di rilascio contenuta nell'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE comporta che entro sei mesi le autorità nazionali competenti devono esaminare la domanda, adottare una decisione e, nel caso in cui il richiedente soddisfi le condizioni per beneficiare del diritto di soggiorno sulla base della dir. 2004/38/CE, fornirgli tale carta di soggiorno (si veda il punto 36). Questa interpretazione è sostenuta dalla giurisprudenza precedente, nella quale la Corte ha dichiarato, riferendosi al rilascio della carta di soggiorno disciplinata all'art. 10 della dir. 2004/38/CE, che il legislatore dell'UE si è limitato a elencare i documenti che bisogna inoltrare al fine di ottenere tale carta, la quale deve essere fornita non oltre i sei mesi successivi alla presentazione della domanda (vedi si veda il punto 37; la Corte rimanda alla sentenza del 5 settembre 2012, *Rahman* e a., C-83/11, punto 42). Secondo la Corte lo stesso accade quando le autorità nazionali competenti rifiutano di rilasciare all'interessato il documento di soggiorno. Essa statuisce che il procedimento amministrativo istituito con l'art. 10 della dir. 2004/38/CE è diretto a verificare entro il termine di sei mesi la situazione individuale dei cittadini di Stati terzi alla luce delle disposizioni del diritto UE e, segnatamente, se tali cittadini rientrano nella nozione di familiare ai sensi dell'art. 2, punto 2, della dir. 2004/38, le autorità nazionali competenti possono finire con l'adottare una decisione positiva o negativa. In questo quadro, la notifica al richiedente della decisione non può avvenire entro termini diversi anche in caso di diniego del rilascio della c.d. carta di soggiorno. Pertanto, la Corte dichiara che l'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE deve essere interpretato nel senso che la decisione relativa alla domanda di carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'UE deve essere presa e comunicata entro il termine di sei mesi previsto da tale disposizione (si veda il punto 43).

Esaminando la quinta questione pregiudiziale, la Corte si trova a dover stabilire se la dir. 2004/38/CE può essere interpretata nel senso che osta ad una legislazione nazionale (nel caso di specie l'art. 52, par. 4, c. 2 del regio decreto dell'8 ottobre 1981 sull'accesso al territorio, il soggiorno lo stabilimento e l'allontanamento degli stranieri), che impone alle competenti autorità nazionali di rilasciare all'interessato la c.d. carta di soggiorno di familiare di un cittadino UE, qualora il termine di sei mesi è scaduto, senza previamente controllare se il richiedente soddisfi le condizioni per soggiornare nello Stato membro ospitante in conformità al diritto dell'UE. È necessario osservare che la dir. 2004/38/CE non contiene alcuna disposizione che disciplini le conseguenze derivanti dal superamento del termine previsto all'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE. La questione perciò ricade nell'autonomia procedurale degli Stati membri, fatta salva l'osservanza dei principi di effettività e di equivalenza (si veda in questo senso, la sentenza del 17 marzo 2016, *Bensada Benallal*, C-161/15, punto 24; cfr. E. Guild, S. Peers, J. Tomkin (eds.), *The Eu citizenship directive. A commentary*, cit., p. 151). Il rilascio di un titolo di soggiorno deve essere considerato come un atto destinato ad accertare, da parte dello Stato membro, la situazione individuale di tale cittadino alla luce delle disposizioni del diritto UE (si veda a tal proposito, la sentenza del 21 luglio 2011, *Dias*, C-325/09, punto 48 nonché del 12 marzo 2014, *O. e B.*, C-456/12, punto 60). Il carattere dichiarativo delle carte di soggiorno implica che esse siano destinate a constatare un

diritto di soggiorno preesistente in capo all'interessato (si veda in questo senso, la sentenza del 25 luglio 2008, *Metock e a.*, C-127/08, punto 52 e la sentenza del luglio 2011, *Dias*, C-325/09, punto 54). Da questo deriva che l'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE, osta al rilascio della carta se il cittadino dello Stato terzo non soddisfa le condizioni da essa stabilite ai fini della sua attribuzione. Considerato quanto precede, se nulla è contrario a che la normativa nazionale preveda che il silenzio dell'amministrazione competente per sei mesi a decorrere dalla presentazione della domanda valga decisione di rigetto, la stessa dir. 2004/38/CE è contraria a che esso valga come decisione di accettazione (si veda il punto 51). Nondimeno, nel procedimento principale, da un lato, risulta che il sig. Diallo non può avvalersi della qualità di ascendente diretto a carico di un cittadino europeo e non può essere considerato un familiare secondo quanto disposto dall'art. 2, p. 2, l. d), della dir. 2004/38/CE. Infatti, costante giurisprudenza della Corte di Giustizia statuisce che traggono dalla dir. 2004/38/CE diritto di ingresso e soggiorno in uno Stato membro non tutti i cittadini di Stati terzi, ma unicamente quelli che sono familiari ai sensi dell'art. 2, p. 2 di detta direttiva, di un cittadino UE che abbia esercitato il suo diritto alla libera circolazione, stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza (si veda il punto 53 e la sentenza dell'8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11, punto 51). Dall'altro lato, risulta che la normativa belga prevede un sistema di rilascio automatico delle carte di soggiorno di familiare di un cittadino europeo secondo cui le autorità nazionali deve rilasciare d'ufficio ai richiedenti tali carte di soggiorno qualora il termine di sei mesi previsto dall'art. 10, paragrafo 1 della dir. 2004/38/CE sia scaduto.

La Corte di Giustizia evidenzia che un sistema del genere, consentendo il rilascio della carta di soggiorno a una persona che non soddisfa le condizioni per ottenerla, è contrario allo scopo della dir. 2004/38/CE (si veda il punto 55). Tenuto conto delle considerazioni precedenti, la Corte risponde alla quinta domanda pregiudiziale affermando che una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale, consentendo il rilascio automatico della carta di soggiorno dopo la scadenza del termine dei sei mesi, nonostante il richiedente non soddisfa la condizione di familiare di cittadino UE, contrasta con gli obiettivi della dir. 2004/38/CE (si veda i punti 55 e 56).

In ultima analisi, la Corte di Giustizia affronta la terza e la quarta questione pregiudiziale. Nelle due domande il giudice del rinvio aveva chiesto alla Corte del Lussemburgo se il diritto UE è contrario ad una giurisprudenza nazionale, come quella belga in esame, che permette alle autorità nazionali competenti di avvalersi automaticamente di un nuovo termine di sei mesi (*ex art. 10, par. 1, dir. 2004/38/CE*), a seguito dell'annullamento giurisdizionale di una decisione di diniego di una carta di soggiorno di familiare di cittadino UE. Occorre constatare che la dir. 2004/38/CE non contiene alcuna disposizione relativa agli effetti dell'annullamento giurisdizionale di decisioni di diniego del rilascio della carta di soggiorno, adottate dalle autorità nazionali e, specialmente, relativa al termine di cui dispongono tali autorità per adottare una nuova decisione in seguito a tale annullamento. Pertanto, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilirle, rispettando il principio di equivalenza e quello di effettività (si veda a tal proposito, la sentenza del 17 marzo 2016, *Bensada Benallal*, C-161/15, punto 24 e la sentenza del 13 dicembre 2017, *El Hassani*, C-403/16, punto 26). La giurisprudenza belga consentiva alle competenti autorità nazionali di disporre, dopo l'annullamento giurisdizionale della loro decisione iniziale, di un nuovo termine di sei mesi (*ex art. 10, par. 1, dir. 2004/38/CE*) per rispondere alla richiesta del sig. Diallo. Secondo la Corte, l'avvio automatico di questo un nuovo termine rende eccessivamente difficile l'esercizio del diritto familiare di un cittadino dell'Unione ad ottenere una decisione sulla sua domanda di carta di soggiorno a norma dell'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE (si veda il punto 63). Ciò è supportato dalla disposizione contenuta all'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE, che prevede un procedimento amministrativo inteso a verificare se il cittadino dello Stato terzo ricade nella nozione di

familiare di un cittadino dell'Unione (cfr. cfr. E. Guild, S. Peers, J. Tomkin (eds.), *The Eu citizenship directive. A commentary*, cit., p. 151).

Inoltre, la dir. 2004/38/CE ha lo scopo di facilitare l'esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri (*ex art. 21, par. 1 TFUE*), conferito direttamente ai cittadini UE e ai loro familiari, qualunque sia la loro cittadinanza (si veda a questo proposito la sentenza del 14 novembre 2017, *Lounes*, C-165/16, punto 31). La Corte di Giustizia sottolinea che l'avvio automatico di un nuovo termine di sei mesi, successivo all'annullamento giurisdizionale di una decisione di diniego del rilascio di una carta di soggiorno, appare sproporzionata sotto il profilo della finalità del procedimento amministrativo previsto all'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE nonché dell'obiettivo di tale direttiva (si veda il punto 68; cfr. E. Guild, S. Peers, J. Tomkin (eds.), *The Eu citizenship directive. A commentary*, cit., p. 151). Consegue che il principio di effettività nonché l'obiettivo di celerità inerente alla dir. 2004/38/CE ostano a che le autorità nazionali possano automaticamente contare su un nuovo termine di sei mesi dopo l'annullamento giurisdizionale di una prima decisione di diniego della concessione di una carta di soggiorno (si veda il punto 68; cfr. si veda il punto 68; cfr. E. Guild, S. Peers, J. Tomkin (eds.), *The Eu citizenship directive. A commentary*, cit., p. 152). La Corte afferma che tali autorità sono tenute ad adottare una nuova decisione entro un termine ragionevole, che non può comunque superare quello previsto dall'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE (si veda il punto 69).

Per questi motivi, nella sentenza in commento la Corte di Giustizia ha dichiarato che l'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE debba essere interpretato nel senso che la decisione relativa alla domanda di rilascio della carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione Europea debba essere non solo adottata, ma anche comunicata entro il termine di sei mesi ivi previsto. Secondo i giudici della Corte, la corretta interpretazione della direttiva stessa osta all'applicabilità di una normativa nazionale, come quella venuta in rilievo nel procedimento principale *de quo*, in forza della quale, laddove risulti superato il termine semestrale di cui alla disposizione succitata, sia imposto alle autorità nazionali competenti di rilasciare d'ufficio all'interessato la c.d. carta di soggiorno di familiare di cittadino UE, senza che tanto consegua effettivamente all'accertamento concernente il soddisfacimento delle condizioni allo scopo necessarie, in conformità al diritto dell'Unione (si veda punto 71).

Infine, la Corte del Lussemburgo ha chiarito che non risulta altresì conforme al diritto dell'Unione una giurisprudenza nazionale, come quella risultante nell'ordinamento nazionale belga, secondo la quale, in seguito all'annullamento giurisdizionale di una decisione di diniego della carta di soggiorno di familiare UE, l'autorità nazionale competente possa automaticamente avvalersi di nuovo dell'integralità del termine di sei mesi previsto dall'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE. L'automatica decorrenza di un nuovo termine di sei mesi appare, infatti, alla Corte, sproporzionata sotto il profilo della finalità del procedimento amministrativo previsto all'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE, nonché dell'obiettivo di tale direttiva. Al contrario, deve trattarsi espressamente, di un termine ragionevole, comunque contenuto entro i limiti di sei mesi (si veda il punto 71).

4. – La sentenza *Ibrahima Diallo contro Belgio* ha delle notevoli ricadute sulla giurisprudenza e sul diritto nazionale, poiché fornisce delle importanti indicazioni sulla corretta interpretazione dell'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE.

La Corte di giustizia dà due importanti indicazioni ai giudici belgi e a quelli nazionali in generale.

La prima prescrive che i giudici degli Stati membri applicando la procedura amministrativa disciplinata all'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE, devono prendere una decisione riguardo al rilascio della Carta di soggiorno e comunicarla entro 6 mesi (cfr. E. Guild, S. Peers, J. Tomkin (eds.), *The Eu citizenship directive. A commentary*, cit., p. 152). La seconda indicazione prevede che i giudici belgi modifichino la loro

giurisprudenza in materia. Secondo la Corte di Giustizia i giudici del Belgio, devono conformarsi al diritto dell'UE e non possono più avvelarsi di un nuovo termine di sei mesi (ex. art. 10, p. 1, dir. 2004/38/CE) in seguito all'annullamento giurisdizionale di una decisione di diniego della carta di soggiorno di familiare di cittadino UE. Modificando la loro giurisprudenza, i giudici belgi dovranno adottare una decisione entro un termine ragionevole, che comunque non può eccedere quello di sei mesi previsto dall'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE.

Dichiarando che il diritto UE osta all'applicazione di una legge nazionale che richieda o consenta il rilascio automatico della carta di soggiorno dopo il termine di sei mesi senza che venga verificato preliminarmente che il richiedente soddisfi le condizioni necessarie per beneficiarne, la Corte di giustizia statuisce che la normativa belga (precisamente, l'art. 52, par. 4, c. 2 del regio decreto dell'8 ottobre 1981 sull'accesso al territorio, il soggiorno, lo stabilimento e l'allontanamento degli stranieri) dà luogo al rilascio di un titolo di residenza indebito contrario allo scopo della dir. 2004/38/CE.

Nonostante lo scopo della legge belga sia quello di evitare il diniego di amministrazione consentendo al soggetto richiedente di vedere chiarita la sua situazione malgrado l'inerzia o la lentezza delle autorità nazionali competenti, la Corte ritiene che il rilascio automatico del documento di soggiorno è fonte di incertezza del diritto. Le carte di soggiorno rilasciate d'ufficio hanno carattere provvisorio e possono essere ritirate in seguito. Il risultato della legislazione belga è quello di generare, in capo ai titolari delle carte, una notevole incertezza del diritto e persino situazioni inique, poiché, negli anni seguenti al rilascio senza un effettivo esame della situazione individuale, le autorità belghe possono revocare la carta di soggiorno con la motivazione che l'assegnatario, benché in buona fede, non ha mai soddisfatto le condizioni di rilascio di tale documento (si veda in tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale Y. Bot del 7 marzo 2018, *Ibrahima Diallo contro Belgio*, C-246/17, punto 77). Al contrario della ricevuta rilasciata al richiedente in attesa dell'adozione di una decisione, la carta di soggiorno di familiare di un cittadino europeo non ha carattere provvisorio. In questo modo, la legislazione belga che impone il rilascio automatico del documento di soggiorno richiesto come effetto della lentezza o dell'inerzia dell'amministrazione, conferisce a tale documento carattere provvisorio e una presunzione di confutabilità relativa del diritto di residenza. Alla luce di questi elementi, la Corte afferma correttamente che il superamento del termine dei sei mesi previsto dall'art. 10, par. 1 della dir. 2004/38/CE non può condurre al rilascio automatico della carta di soggiorno. La soddisfazione o meno delle condizioni per ottenere il documento di soggiorno deve essere indipendente dall'inerzia dell'amministrazione, visto che queste circostanze non modificano in alcun modo la situazione oggettiva del richiedente e la valutazione del soddisfacimento delle condizioni per ottenere il diritto di risiedere (si veda in tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale Y. Bot, cit., punto 84).

Quanto indicato dalla Corte obbliga lo Stato belga a conformarsi al diritto dell'Unione e, di conseguenza, riformulare la legislazione nazionale in materia prevedendo una norma che offra al richiedente un risarcimento come conseguenza dello sfioramento dei sei mesi previsti dall'art. 10, par. 1, della dir. 2004/38/CE invece dell'automatico rilascio della carta di soggiorno (anche la dottrina concorda con questa soluzione; cfr. E. Guild, S. Peers, J. Tomkin (eds.), *The Eu citizenship directive. A commentary*, cit., p. 153).

5. – La pronuncia *Ibrahima Diallo contro Belgio* conferma alcuni punti sviluppati dalla Corte di Giustizia nella precedente giurisprudenza sul diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi familiari di cittadini dell'Unione.

La Corte ribadisce che i diritti attribuiti ai cittadini di Paesi terzi dalle disposizioni della dir. 2004/38/CE non sono diritti originari spettanti a detti cittadini, bensì diritti derivati, da essi acquisiti nella loro qualità di familiari, quali definiti all'art. 2, p. 2, della dir. 2004/38/CE, di un cittadino dell'Unione (si veda punto 52 e 53 sentenza in

commento; sentenze del 5 maggio 2011, *Shirley McCarthy contro Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, punto 42; sentenza del 5 novembre 2012, *Iida*, cit., punto 51 e 54; sentenza del 15 novembre 2011, *Dereci e a. contro Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, punto 55; sentenza dell'8 maggio 2013, *Ymeraga e Ymeraga-Tafarshiku*, C-87/12, punto 31; nonché sentenza del 12 marzo 2014, *S. contro Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contro G*, C-457/12, punto 33). A tal proposito, è opportuno evidenziare che, secondo la Corte, le disposizioni della dir. 2004/38/CE conferiscono un diritto di soggiorno proprio in capo al cittadino dell'Unione e un diritto di soggiorno derivato in capo ai suoi familiari soltanto quando detto cittadino dell'Unione eserciti il suo diritto alla libera circolazione, stabilendosi in uno Stato membro diverso dallo Stato membro di cui egli ha la cittadinanza (si veda i punti da 37 a 43 della sentenza *O. e B.*, C-456/12; cfr. E. Spaventa, *Family rights for circular migrants and frontier workers: O and B, and S and G*, in CMLR, 52, 2015, 753 ss.).

Inoltre, la Corte ha più volte sottolineato che il rifiuto da parte dello Stato membro di garantire l'ingresso e il soggiorno di un cittadino di Stato terzo familiare di un cittadino dell'UE, scoraggia quest'ultimo dallo spostarsi nel territorio dell'Unione per trasferirsi in un altro Stato membro, vedendosi così privato del proprio diritto di libera circolazione (si veda sentenza *Metock*, cit., punto 70; cfr. C. Berneri, *Il diritto di familiari extracomunitari di cittadini dell'Unione a risiedere in uno Stato membro*, in Quad. cost., 2, 2009, p. 414). Questa interpretazione offerta dalla Corte rafforza l'istituto della Cittadinanza europea (ex art. 20 TFUE) e lo elegge a strumento garante di diritti lasciando trasparire la volontà di andare oltre l'originario elemento economico previsto dai Trattati, per perseguire maggiormente i diritti di cittadini e non, quali la libertà di movimento e il diritto alla vita familiare, così come garantito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (cfr. P. J. Neuvonen, *EU citizenship and its "very specific" essence: Rendón Marín and CS*, in CMLR, 54, 2017, p. 1205).

La sentenza *Zambrano* (si veda la sentenza dell'8 marzo 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contro l'Office national de l'emploi*, C-34/09) prefigurava un ulteriore ampliamento del godimento del diritto di soggiorno da parte dei cittadini di Stati terzi familiari di cittadini europei. Essa ha affermato che l'eventuale rifiuto della Corte di garantire ad un cittadino di Stato terzo familiare di due minori cittadini dell'UE un permesso di soggiorno avrebbe, con ogni probabilità, provocato il trasferimento di tutta la famiglia al di fuori dei confini dell'Unione (si veda sentenza *Zambrano*, cit., punto 44) e l'impossibilità da parte dei minori di godere del nucleo dei diritti collegati alla cittadinanza europea. Queste importanti affermazioni della Corte di Giustizia sembravano comportare la fine della sovranità statale nello stabilire regole nazionali circa il ricongiungimento familiare tra cittadini di Paesi terzi e nazionali del proprio Stato espandendo notevolmente l'operatività della nozione di Cittadinanza europea (Cfr. C. Berneri, *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in Quad. cost., 3, 2011, p. 696; K. Hailbronner; D. Thym, *Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011*, in CMLR, 48, 2011, p. 1260; P. Van Elswege, *Shifting the Boundaries? European Union Citizenship and the Scope of Application of EU Law - Case No. C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi*, in Leg. Issues Economic Integration, 3, 2011, p. 267).

Nonostante ciò, le precisazioni operate dalla Corte del Lussemburgo nelle sentenze successive alla *Zambrano* non hanno permesso di allargare la portata del diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi familiari di cittadini dell'Unione. La Corte nella pronuncia *McCarthy* (si veda sentenza *Shirley McCarthy contro Secretary of State for the Home Department*, cit., punto 59) statuisce che il diritto del coniuge cittadino di Paese terzo a risiedere nello Stato membro di appartenenza del cittadino europeo, nel caso di specie, non può considerarsi funzionale in alcun modo al potenziale godimento dei diritti sostanziali di quest'ultimo e, per questa ragione, non può essere garantito. Tale

interpretazione chiarisce che l'approccio espansionistico espresso dalla Corte nella sentenza *Zambrano* è circoscritto unicamente alla specifica categoria dei cittadini europei che, essendo minorenni, non sono in grado di badare a se stessi (cfr. C. Berneri, *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, cit., p. 697; L. Montanari, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, Com. internaz., 2, 2011, p. 438; E. Pagano, *Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso Zambrano al caso Dereci*, in Dir. Com. scambi internaz., 2, 2012, p. 470).

Nelle successive sentenze il contenuto della pronuncia *Zambrano* è stato via via riletto in chiave sempre più restrittiva. Ciò è avvenuto nella pronuncia *Dereci* del novembre del 2011, in cui ad un cittadino turco è stato impedito di risiedere in Austria con la moglie e i figli, tutti cittadini austriaci (si veda *Dereci*, cit., punto 102). Inoltre, la Corte di Giustizia afferma, nella pronuncia *Iida* che la direttiva 2004/38/CE non si applica nel caso in cui, il familiare deve accompagnare o raggiungere il cittadino dell'Unione (si veda sentenza *Iida*, cit., punto 83). La sentenza in questione riguardava la situazione di un cittadino giapponese residente in Germania e padre di una bimba trasferitasi con la mamma a Vienna, il quale chiedeva di godere di un titolo di soggiorno fondato sul diritto dell'Unione. Il cittadino giapponese, invece, era rimasto in Germania e perciò la fattispecie venne ritenuta estranea al diritto dell'Unione. Infine, nella sentenza *O. e S.* (sentenza del 6 dicembre 2012, *O. e S. contro Maahanmuuttovirasto e Maahanmuuttovirasto contro L.*, C-356/12, punto 82), la Corte ritenne che due donne straniere madri di bambini finlandesi non potevano pretendere un diritto di soggiorno per i loro nuovi partner, anch'essi cittadini di Stati terzi, poiché i minori cittadini europei non avevano fatto mai uso della libertà di circolazione (cfr. G. Cellamare, *Cittadino di Stato terzo senza ricongiungimento se non ha esercitato il diritto alla circolazione. Il Trattato dell'Unione non conferisce un'autonoma posizione a questi soggetti*, in Guida dir., 1, 2013, p. 95; A.-O. Cozzi, *Un conflitto costituzionale silente: Corte di Giustizia e deferenza verso il legislatore europeo nella più recente giurisprudenza sulla cittadinanza europea e sul riconoscimento di prestazioni sociali*, in Costit. it, 3, 2016, p. 183; S. Rossi, *Sul nucleo essenziale del diritto alla cittadinanza. La giurisprudenza europea da Zambrano a Ymeraga*, in Dir. pubbl. comp. Eur, 4, 2013 p. 955).

La sentenza *Ibrahima Diallo contro Belgio* conferma questo atteggiamento di *self-restraint* della Corte di Giustizia in materia di diritti dei cittadini europei e dei propri familiari, che assorbe la fattispecie concreta nella normazione derivata e rende residuale l'applicazione della norma primaria di principio. Il risultato è il rafforzamento del legame tra libera circolazione e Cittadinanza dell'Unione, portando alla diminuzione di autonomia dell'istituto e il venir meno della Cittadinanza europea come *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (cfr. A.-O. Cozzi, *Un conflitto costituzionale silente: Corte di Giustizia e deferenza verso il legislatore europeo nella più recente giurisprudenza sulla cittadinanza europea e sul riconoscimento di prestazioni sociali*, cit., p. 188). Tale forma di *self-restraint* della Corte di Giustizia, oltre che autoimposta, sembra dettata dal clima di crisi economica. Un ritorno alla crescita economica potrà forse condurre la Corte a riprendere la giurisprudenza evolutiva in materia di cittadinanza europea apportando decisivi miglioramenti ai diritti dei cittadini europei e dei loro familiari.

Caso Louboutin: marchio di forma o di posizione?

di Cristina Ottonello

Title: Louboutin case: 'shape mark' or 'position mark'?

Keywords: Refusal of registration or invalidity; Shape; Concept.

1. – Con sentenza pronunciata il 12 giugno 2018 (causa C-163/16, *Christian Louboutin e Christian Louboutin Sas contro van Haren Schoenen BV*) la Corte di Giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale, promosso dal Tribunale dell'Aia, avente ad oggetto l'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo, lett. e) iii) della Direttiva 2008/95/CE, datata 22.10.2008, del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea.

La questione ha tratto origine dal ricorso, per contraffazione del marchio, promosso dalla Louboutin s.a.s avverso la società olandese Van Haren.

Il 28 dicembre 2009, infatti, Louboutin s.a.s, aveva presentato, presso l'Ufficio della proprietà intellettuale del Benelux, una domanda volta alla registrazione del marchio 'rosso pantone' applicato alla suola delle scarpe, senza ricomprenderne il contorno. Successivamente, il 10 aprile 2014 la predetta registrazione era stata limitata alla sola suola delle calzature con tacco alto.

Nel 2013, la Van Haren, titolare di diversi negozi di calzature nei Paesi Bassi, aveva messo in vendita numerosi articoli che presentavano, al pari dei prodotti Louboutin, il tacco alto e la suola rossa.

In ragione di ciò, in data 27 maggio 2013, il signor Christian Louboutin e la Louboutin s.a.s hanno radicato, nanti il Tribunale dell'Aia, procedimento per contraffazione del marchio, ottenendo il parziale accoglimento delle proprie domande.

La Van Haren ha impugnato la sentenza di primo grado sostenendo che il marchio che Louboutin riteneva essere stato contraffatto fosse nullo dal momento che riguardava una semplice superficie di colore rosso, qualificabile come marchio di mera forma, non registrabile, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lett. e) iii) della Direttiva 2008/95.

Il citato articolo 3 prevede, infatti, che «sono esclusi dalla registrazione o, se registrati, possono essere dichiarati nulli: (..) e) i segni costituiti esclusivamente: i) dalla forma imposta dalla natura stessa del prodotto; ii) dalla forma del prodotto necessaria per ottenere un risultato tecnico; iii) dalla forma che dà un valore sostanziale al prodotto (..)».

Analogamente, l'articolo 2 della Convenzione del Benelux, firmata il 25 febbraio 2005 da Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi, afferma che «sono considerati marchi individuali le denominazioni, i disegni, le impronte, i timbri, le lettere, le cifre, la forma del prodotto o il suo confezionamento e tutti gli altri segni suscettibili di rappresentazione grafica che servano a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa (..) tuttavia non possono essere registrati come marchi d'impresa i segni costituiti

esclusivamente dalla forma imposta dalla natura stessa del prodotto, dalla forma che dà un valore sostanziale al prodotto o dalla forma del prodotto necessaria per ottenere un risultato tecnico».

Il giudice di secondo grado, nel risolvere la vertenza, si è posto due interrogativi: *in primis*, verificare che la richiesta formulata dalla Louboutin s.a.s riguardasse un marchio,

in secondo luogo, che quest'ultimo fosse registrabile secondo la Direttiva 2008/95.

Il giudice olandese, diversamente da quanto asserito dalla difesa della società Van Haren, ha rilevato che nel caso Louboutin non si potesse parlare di marchio figurativo bidimensionale stante che il colore 'rosso pantone' risultava strettamente connesso alla suola della calzatura.

A questa considerazione si è aggiunta la circostanza che, in Benelux, già prima del procedimento per contraffazione, la maggior parte dei consumatori di scarpe con tacco alto era in grado di distinguere una calzatura Louboutin da quella di un'altra marca.

Infine, il giudice di merito ha osservato come la suola rossa attribuisse un valore sostanziale alle scarpe commercializzate da Louboutin, giocando un ruolo importante nella decisione dei consumatori di acquistarle.

In ragione di ciò, il giudice olandese ha ritenuto che il colore 'rosso pantone', applicato alla suola delle calzature, potesse considerarsi, a tutti gli effetti, un marchio.

Riconosciuta la valenza distintiva del marchio, il giudice nazionale si è domandato se quest'ultimo non rientrasse tra quelli non registrabili ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lett. e) iii) della Direttiva 2008/95 ovvero se la nozione di 'forma' ai sensi della citata disposizione fosse limitata alle sole caratteristiche tridimensionali di un prodotto (il suo contorno, volume, *etc.*) o se tale termine riguardasse altre caratteristiche non tridimensionali, quali, ad esempio, il colore.

La Corte dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi su tale problema interpretativo, attraverso il rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale olandese, parte da una considerazione preliminare: la Direttiva 2008/95 non fornisce alcuna definizione di 'forma', così che sarà necessario ricavare quest'ultima nozione dalla giurisprudenza della Corte, dal linguaggio comune, dal contesto e dagli obiettivi perseguiti dalla normativa prevista a tutela della proprietà intellettuale.

In considerazione di quanto premesso e con riguardo alla specifica domanda sollevata dal Tribunale olandese, la Corte ha osservato che per la Commissione dell'Unione europea, la nozione di 'forma' consiste in un insieme di linee o di contorni che delimitano il prodotto nello spazio.

Inoltre, dalla giurisprudenza e dall'utilizzo comune del termine non risulta che un colore, senza delimitazione nello spazio, possa costituire una forma.

Una volta appurato ciò, la Corte si è ulteriormente domandata se l'applicazione del colore su una parte specifica dell'articolo potesse integrare la nozione di 'forma', arrivando ad affermare che, a prescindere dall'importanza che la forma di un prodotto può assumere nella delimitazione del colore nello spazio, non si può affermare che un segno sia costituito da tale forma qualora quest'ultima intenda tutelare la sola applicazione di un colore su una parte specifica del bene. Questo perché il contorno della scarpa non fa parte del marchio stesso ma serve, unicamente, a mettere in evidenza la posizione del colore 'rosso pantone' cui si riferisce la registrazione.

Pertanto, in ragione di tutto quanto premesso, la Corte ha ritenuto che l'articolo 3, paragrafo 1, lett. e) iii) della Direttiva 2008/95 debba essere interpretato nel senso di escludere che un segno caratterizzato da un colore applicato alla suola di una calzatura possa costituire marchio di forma non registrabile.

La predetta pronuncia appare importante perché la Corte, non solo, chiarisce la nozione di 'forma' ai sensi dell'art. 3 della Direttiva 95/2008, escludendo la bidimensionalità ma fornisce, definendoli, una distinzione tra 'marchio di forma' e 'marchio di posizione'.

Quest'ultimo, così come precisato dalla Corte, può essere integrato tanto da una parola quanto da una figura o da un motivo grafico in cui l'elemento distintivo risulta essere costituito dalla sua apposizione sul prodotto: nel caso di specie, il colore 'rosso pantone' sulla suola delle calzature con tacco alto.

Al contrario, nel marchio di forma, la cui registrazione è vietata ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lett. e) iii) della Direttiva 2008/95, vengono ricompresi tutti quei segni distintivi nei quali la forma è imposta dalla natura, dalla necessità di ottenere un risultato tecnico o di attribuire un valore sostanziale al prodotto.

In altre decisioni, come ad esempio, in *Adidas AG v. Branding Europe BUBA* (Causa C-145/2014), la Corte si era pronunciata in merito ai 'marchi di posizione', definendoli, senza, tuttavia, affrontare, come in questo caso, il parallelismo con i 'marchi di forma', non registrabili secondo la normativa comunitaria.

Nella citata causa, Adidas lamentava il rischio di confusione tra le tre strisce che contraddistinguono il suo marchio, con le due, posizionate su lato esterno superiore delle calzature, presenti sugli articoli prodotti e commercializzati da Shoe Brandng Europe BUBA.

La Corte, in questa ipotesi, avvallando la decisione del giudice di merito, ha ritenuto che tanto la diversa posizione quanto il differente numero di strisce potessero ritenersi elementi sufficienti ad evitare qualsiasi rischio confusorio tra i segni.

Infine, a voler valutare la vicenda alla luce della normativa italiana si può osservare come la distinzione, ai fini della registrazione, tra 'marchi di forma' e 'marchi di posizione' appaia più sfumata. L'articolo 7 del Dlgs. 30/2005, infatti, per la registrazione del marchio, richiede, più genericamente, che quest'ultimo sia: - nuovo - lecito e - dotato di capacità distintiva.

Va da sé che, laddove un giudice italiano si fosse trovato a decidere su una vertenza analoga a quella promossa dalla società Louboutin s.a.s, dopo aver riconosciuto la novità, la liceità ed il carattere distintivo di un marchio apposto sulla suola di alcune calzature, lo stesso sarebbe giunto ad una conclusione analoga a quella del giudice comunitario, ritenendo perfettamente valida la registrazione.

Matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il caso *Coman*: un importante passo verso l'eguaglianza

di Andrea Perelli

Title: Same sex marriage. The Coman case: an important step towards equality

Keywords: Same sex marriage; Freedom of movement; Right of residence.

1. – La sentenza della Corte di Giustizia Europea del 5 giugno 2018 (Causa C-673/16) ha avuto ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale che verteva sull'interpretazione dell'articolo 2, punto 2, lettera a), dell'articolo 3, paragrafo 1 e paragrafo 2, lettere a) e b), nonché dell'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra i sigg. Relu Adrian Coman e Robert Clabourn Hamilton nonché l'*Asociația Accept* (in prosieguito, congiuntamente: «Coman e a.»), da un lato, e l'*Inspectoratul General pentru Imigrări* (Ispettorato generale per l'Immigrazione, Romania) (in prosieguito: l'«Ispettorato») e il *Ministerul Afacerilor Interne* (Ministero degli Affari interni, Romania), dall'altro, in merito ad una domanda relativa alle condizioni di concessione al sig. Hamilton di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi in Romania.

In particolare, il sig. Hamilton — cittadino statunitense — conosceva — nel 2002 a New York (USA) — il sig. Coman — cittadino rumeno e statunitense — ed i due — nel 2005 — instauravano la convivenza in detta città. Nel 2009 si trasferivano a Bruxelles (ove il sig. Coman lavorava presso il Parlamento Europeo in qualità di assistente parlamentare) e qui, nel 2010, contraevano matrimonio. Nel 2012, i coniugi si rivolgevano all'Ispettorato per ottenere informazioni circa la procedura e le condizioni in cui il sig. Hamilton, che non è cittadino dell'UE, potesse ottenere, in quanto familiare del sig. Coman, il diritto di soggiornare legalmente in Romania per un periodo superiore a tre mesi.

L'Ispettorato rispondeva che l'istante godeva soltanto di un diritto di soggiorno di tre mesi, giacché, trattandosi di persone dello stesso sesso, il matrimonio non era riconosciuto, conformemente al codice civile rumeno, e che, inoltre, per le medesime ragioni, non poteva essergli concessa la proroga del diritto di soggiorno temporaneo a titolo di ricongiungimento familiare.

I coniugi agivano in giudizio contro l'Ispettorato e ne nasceva una controversia, tesa a far dichiarare la sussistenza di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, che — in ultimo — approdava alla Corte costituzionale rumena, la quale

decideva di sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il termine “coniuge”, ai sensi dell’articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, comprenda il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato che non è membro dell’Unione europea, di un cittadino dell’Unione europea con il quale il cittadino si è legalmente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante.

2) In caso di risposta affermativa, se gli articoli 3, paragrafo 1, e 7, paragrafo [2], della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, richiedano che lo Stato membro ospitante conceda il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore a tre mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell’Unione.

3) In caso di risposta negativa alla prima questione, se il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato che non è membro dell’Unione europea, di un cittadino dell’Unione europea con il quale il cittadino si è legalmente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante, possa essere qualificato come “ogni altro familiare, (...)” ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38 o “partner con cui il cittadino dell’Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata” ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/38, con il corrispondente obbligo dello Stato ospitante di agevolare l’ingresso e il soggiorno dello stesso, anche se lo Stato ospitante non riconosce i matrimoni tra persone dello stesso sesso né prevede qualsiasi altra forma alternativa di riconoscimento giuridico, come le unioni registrate.

4) In caso di risposta affermativa alla terza questione, se gli articoli 3, paragrafo 2, e 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, richiedano che lo Stato membro ospitante conceda il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore a tre mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell’Unione europea».

754

2. – L’art. 259, paragrafi 1 e 2, Codice civile rumeno stabilisce «1. Il matrimonio è l’unione di un uomo e di una donna fondata sul loro libero consenso, contratta alle condizioni previste dalla legge. 2. L’uomo e la donna hanno diritto di sposarsi allo scopo di costituire una famiglia», mentre l’art. 277, paragrafi 1, 2 e 4, vieta il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il riconoscimento di siffatti matrimoni contratti all’estero, pur sancendo l’applicabilità delle «disposizioni di legge riguardo alla libera circolazione nel territorio della Romania dei cittadini degli Stati membri dell’Unione europea e dello Spazio economico europeo».

A fronte della citata richiesta dei coniugi Coman, l’Ispettorato rendeva noto che, a fronte del citato diritto rumeno, il sig. Hamilton — non essendo cittadino rumeno o europeo — godeva solo di un diritto di soggiorno per la durata di tre mesi, non essendo riconosciuto dall’ordinamento interno il matrimonio tra persone dello stesso sesso, né essendo configurabile un diritto al ricongiungimento familiare.

Il giudice adito (su eccezione dei coniugi Coman) sollevava questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale rumena ritenendo che il mancato riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all’estero, ai fini dell’esercizio del diritto di soggiorno, configuri una violazione delle disposizioni della Costituzione rumena che tutelano il diritto alla vita intima, familiare e privata nonché delle disposizioni relative al principio di uguaglianza.

La Corte costituzionale, rilevato che la questione di legittimità costituzionale verteva sul riconoscimento di un matrimonio legalmente contratto all’estero tra un cittadino dell’UE ed un cittadino di uno Stato terzo, alla luce del diritto alla vita familiare e del diritto alla libera circolazione, esaminati sotto il profilo del divieto di discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale, nutrendo dubbi sull’interpretazione da dare a varie nozioni utilizzate nelle disposizioni rilevanti della direttiva 2004/38,

interpretate alla luce della Carta dei diritti fondamentali e della recente giurisprudenza della Corte e della Corte europea dei diritti dell'Uomo, sollevava le citate questioni pregiudiziali.

3. – La Corte di Giustizia, aderendo alla propria consolidata giurisprudenza [sentenze del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punto 37; del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 53, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 33], rileva che — secondo un'interpretazione letterale e sistematica — la direttiva 2004/38 «disciplina unicamente le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell'Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza e non consente di fondare un diritto di soggiorno derivato a favore dei cittadini di uno Stato terzo, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui tale cittadino possiede la cittadinanza»; ecco allora, che il signor Hamilton, che non è cittadino dell'Unione Europea, non può vantare alcun diritto alla luce della citata direttiva. Tuttavia, la Corte — sempre in applicazione della propria consolidata giurisprudenza [sentenze del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 48, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 28 e giurisprudenza ivi citata] — ritiene di godere del potere di fornire tutti gli elementi interpretativi del diritto eurolunitario, utili alla soluzione della controversia, benché il giudice *a quo* non vi abbia fatto riferimento nella formulazione delle questioni pregiudiziali.

4. – La CGUE ha già riconosciuto [sentenza del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 46] che l'art. 21, paragrafo 1, TFUE fonda un diritto di soggiorno a favore di cittadini di Stati terzi, familiari di un cittadino dell'UE, che non trova fondamento nella direttiva 2004/38. Esso è infatti teso a salvaguardare la vita familiare instauratasi o consolidatasi tra il cittadino di uno Stato membro dell'UE, diverso da quello nel quale il rapporto è nato o si è fortificato, ed il cittadino di uno Stato terzo: per perseguire tale fine, la vita familiare deve poter proseguire anche nello stato di appartenenza del cittadino dell'UE. In particolare, l'art. 21, paragrafo 1, TFUE fonda un diritto di soggiorno derivato, nello stato di appartenenza del cittadino dell'UE, a favore del cittadino di uno Stato terzo che abbia instaurato un rapporto di vita familiare con il primo.

Invero, «in mancanza di un siffatto diritto di soggiorno derivato, detto cittadino dell'Unione potrebbe essere dissuaso dal lasciare lo Stato membro di cui possiede la cittadinanza al fine di avvalersi del suo diritto di soggiorno, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, in un altro Stato membro, per il fatto di non avere la certezza di poter proseguire nello Stato membro di origine una vita familiare in tal modo sviluppata o consolidata nello Stato membro ospitante» [par. 24].

La Corte ha — inoltre — sottolineato che le condizioni di concessione di siffatto diritto di soggiorno non debbono essere già gravose di quelle previste dalla direttiva 2004/38 per la concessione di un simile diritto di soggiorno a un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino dell'UE che abbia esercitato il proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza. Nel caso sopra descritto, deve quindi trovare applicazione per analogia la citata direttiva.

Essendo pacifico — come esposto sopra — che il Coman avesse sviluppato o consolidato, durante il suo soggiorno effettivo in Belgio, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 1, direttiva 2004/38, la propria vita familiare con il sig. Hamilton, la Corte ha risolto le questioni pregiudiziali propositegli come di seguito esposto.

5. – In merito alla prima questione, la Corte rileva che il Coman è cittadino dell'UE (ai sensi dell'art. 20 TFUE, in quanto cittadino di uno Stato Membro), che — come tale — gode del diritto riconosciutogli dall'art. 21, paragrafo 1, TFUE, che la nozione di «coniuge» accolta dalla direttiva 2004/38 (fondante il diritto di cui all'art. 21 TFUE) è neutra dal punto di vista del genere dei soggetti e si applica alle unioni tra persone dello stesso sesso, che la direttiva in questione — relativamente alla nozione di «coniuge» (diversamente da quanto fa per quella di «familiare») non effettua un rinvio alla legge nazionale dello Stato membro in cui il cittadino dell'UE intenda recarsi o soggiornare, che — pertanto — «uno Stato membro non può invocare la propria normativa nazionale per opporsi al riconoscimento sul proprio territorio, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, del matrimonio da questo contratto con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo». Osserva la Corte che lo stato civile (materia nella quale rientra la disciplina del matrimonio e — dunque — il riconoscimento o meno del matrimonio tra persone dello stesso sesso) è materia di competenza esclusiva degli Stati membri, i quali — tuttavia — nell'esercizio di siffatta competenza non possono comprimere i diritti riconosciuti dai Trattati, tra i quali rientra il diritto di libera circolazione dei cittadini dell'UE. «Ebbene, lasciare agli Stati membri la possibilità di concedere o negare l'ingresso e il soggiorno nel proprio territorio a un cittadino di uno Stato terzo, che abbia contratto matrimonio con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso in uno Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, a seconda che le disposizioni del diritto nazionale prevedano o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso, avrebbe come conseguenza che la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, che abbiano già esercitato la libertà in discorso, varierebbe da uno Stato membro all'altro, in funzione di tali disposizioni di diritto nazionale [...]. Una simile situazione sarebbe contraria alla giurisprudenza della Corte, [...], secondo cui, in considerazione del contesto e degli scopi che la direttiva 2004/38 persegue, le sue disposizioni, applicabili per analogia al caso di specie, non possono essere interpretate restrittivamente e, comunque, non devono essere private del loro effetto utile (sentenze del 25 luglio 2008, *Metock e a.*, C-127/08, EU:C:2008:449, punto 84, nonché del 18 dicembre 2014, *McCarthy e a.*, C-202/13, EU:C:2014:2450, punto 32)». Ad avviso della Corte, dunque, il rifiuto di uno Stato membro di riconoscere, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, il matrimonio contratto da questi un cittadino UE, conformemente alle leggi dello Stato membro nel quale il matrimonio fu contratto e durante un periodo di soggiorno effettivo in detto Stato, contrasta con il diritto del cittadino UE (riconosciutogli dal citato articolo 21, paragrafo 1, TFUE) di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, dal momento che egli viene privato della possibilità di tornare nello Stato membro di cui ha la cittadinanza insieme al proprio coniuge.

È interessante notare che la Corte ha rigettato le eccezioni sollevate da alcuni dei Governi intervenuti nel giudizio (in particolare, il Governo della Lettonia), tese a ritenere che la limitazione imposta dalla Romania fosse tesa a tutelare l'identità nazionale e l'ordine pubblico degli Stati Membri. Viene infatti sottolineato — da un lato — che il riconoscimento dei matrimoni in questione viene imposto solo ai fini dell'esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto dell'UE e che in nessun modo viene imposto agli Stati membri di celebrare matrimoni tra persone dello stesso sesso; mentre — dall'altro lato — si ribadisce che l'UE non ha competenza in materia di stato civile (e dunque di regole inerenti la celebrazione dei matrimoni ed i loro requisiti), che rimane, pertanto, materia di competenza esclusiva degli Stati Membri.

Appurato che la questione all'attenzione della Corte verte sul diritto alla libera circolazione di cui all'articolo 21, paragrafo 1, TFUE; gli Stati possono porre una limitazione a tale diritto solo se essa è conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. La nozione di «coniuge» di cui all'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38 rimanda all'articolo 7 della Carta, il quale, a

sua volta, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della medesima Carta, ha lo stesso significato e la stessa portata di quelli garantiti dall'articolo 8 della CEDU. La Corte EDU, con giurisprudenza costante [Corte EDU, 7 novembre 2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, nonché Corte EDU, 14 dicembre 2017, *Orlandi e a. c. Italia*, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, § 143], ha affermato che la relazione che di una coppia formata da persone dello stesso sesso rientra nelle nozioni di «vita privata» e «vita familiare» alle medesime condizioni alle quali vi rientra la coppia formata da persone di sesso differente.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, la Corte sulla prima questione pregiudiziale dichiara che «in una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, conformemente alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso».

6. – In merito alla seconda questione pregiudiziale, la Corte osserva che per preservare l'effetto utile del diritto riconosciuto al cittadino UE dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE occorre che al cittadino di uno Stato terzo che abbia contratto matrimonio con il primo, al rientro di quest'ultimo nel Paese di cui è cittadino, sia riconosciuto un diritto di soggiorno derivato in tale Stato. Tale diritto, inoltre, non può essere concesso a condizioni che siano più gravose di quelle previste dalla direttiva 2004/38 per la concessione del diritto di soggiorno a un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che abbia esercitato il proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza. Pertanto, «l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla sua normativa, dispone di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza. Tale diritto di soggiorno derivato non può essere sottoposto a condizioni più rigorose di quelle previste all'articolo 7 della direttiva 2004/38».

7. – La soluzione fornita alla prima ed alla seconda questione pregiudiziale rendono inutile — ad avviso della Corte — rispondere alla terza ed alla quarta questione sollevate dalla Corte costituzionale rumena.

8. – La sentenza in commento rappresenta la prima nella quale la Corte di Giustizia ha avuto l'occasione di esprimersi in merito al riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso e risulta particolarmente interessante perché la Corte ha avuto l'occasione di esprimersi su un tema ancora oggi piuttosto dibattuto e che non rientra tra le materie di competenza diretta dell'Unione, la quale — come notato dalla dottrina [G. Rossolillo, *Corte di Giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il Caso Coman*, in *SIDIBlog*, 08-07-2018] — si è sempre mostrata cauta ad imporre agli Stati membri modelli familiari ad essa estranei.

Centrale è l'affermazione secondo la quale il diritto di libera circolazione di cui godono i cittadini UE (ai sensi nell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE) fonda un diritto di soggiorno derivato a favore dei loro coniugi — anche dello stesso sesso — che non siano cittadini UE, ancorché lo Stato membro in questione non riconosca il matrimonio tra persone dello stesso sesso o addirittura (come nel caso della Romania) ne vieti la celebrazione ed il riconoscimento.

Pertanto, a seguito di tale pronuncia un matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'interno dell'UE comporta la possibilità per i coniugi di vedersi riconosciuti i diritti loro conferiti a seguito dello *status* di soggetto coniugato, dall'ordinamento euronunitario, in ciascuno Stato membro, ancorché questo non riconosca o vieti la celebrazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso. Le condizioni alle quali tali diritti debbono essere riconosciuti non possono essere più gravose di quelle applicate ai coniugi di sesso differente.

Il diritto euronunitario accoglie una nozione neutra di «coniuge» che consente di approdare alla soluzione sopra esposta, benché non imponga agli Stati membri la celebrazione o il riconoscimento — ai fini del diritto interno — dei matrimoni *same-sex*. Proprio tale aspetto fa sì che la soluzione accolta dalla Corte non rappresenti un *vulnus* per le identità nazionali e l'ordine pubblico dei singoli Stati membri: essi rimangono liberi, ai fini del diritto interno, di non riconoscere tali unioni.

Occorre — tuttavia — precisare, su tale ultimo punto, che la Corte EDU si è più volte espressa (da ultimo con la sentenza Oliari c. Italia del 21 luglio 2015) sancendo che le coppie formate da persone dello stesso sesso debbono ottenere un riconoscimento da parte degli Stati aderenti alla CEDU, quantomeno nella forma dell'unione civile.

Inoltre, è interessante notare che — pur non travalicando le competenze attribuite all'Unione — la sentenza in commento è idonea a comprimere la scelta di alcuni Stati membri di vietare il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, le quali non possono essere private del proprio *status* di soggetto coniugato che abbiano acquisito in un altro Stato membro.

La sentenza in commento riveste assoluta importanza per quegli Stati membri (per vero ormai minoritari) che non hanno forme di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso, ai quali viene imposto tale riconoscimento, ai fini dell'esercizio dei diritti sanciti dall'ordinamento euronunitario (il problema infatti non si pone per quegli Stati membri che abbiano introdotto una qualche forma di riconosciuto delle unioni tra persone dello stesso sesso). Rappresenta — pertanto — un'ulteriore evoluzione verso il definitivo superamento della discriminazione matrimoniale basata sull'orientamento sessuale dei coniugi.

La Corte di Giustizia traccia la rotta per la risarcibilità della perdita di *chance* per mancata aggiudicazione di appalti europei

di Federico Ponte

Title: The Court of Justice sets new direction for the damages in the field of loss of chance, in case of failure of European procurement award

Keywords: Public procurement, Loss of chance, Substantial form.

1. – Con sentenza resa il 3 maggio 2018 nella causa causa C-376/16 la Corte di Giustizia dell'Unione europea, quarta sezione, ha definito, a mente dell'art. 56 del proprio Statuto, l'impugnazione della decisione resa dal Tribunale con sentenza del 27 aprile 2016, *European Dynamics Luxembourg e a./EUIPO* (T-556/11). La materia oggetto della controversia è quella degli appalti pubblici dell'Unione europea, disciplinata dal Regolamento (UE, EURATOM) n. 966/2012, ovvero il “regolamento finanziario generale dell'Unione europea” e il Regolamento delegato (UE) n. 1268/2012, recante le modalità di applicazione del predetto regolamento che, nel regolare la materia del bilancio, stabilisce le norme di base in materia di *procurement*.

2. – Per un'opportuna comprensione della decisione, si rende preliminarmente necessario dar conto dei fatti che hanno originato il giudizio dinanzi al Tribunale, oggetto poi di impugnazione innanzi alla Corte di Giustizia. L'EUIPO, ovvero l'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale è l'Agenzia preposta alla gestione dei marchi e del design industriale per il mercato interno dell'Unione europea che, a mente dell'art. 115, par. 1 e 2, del regolamento (CE) n. 207/2009 sul marchio dell'Unione europea, ha personalità giuridica e gode della più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle legislazioni nazionali. Esso ha, in data 15 gennaio 2011, pubblicato un bando per una gara d'appalto per la fornitura di servizi informatici per la produzione di prototipi, analisi, progettazione, progettazione e grafica, lo sviluppo, il collaudo e l'installazione di sistemi d'informazione, nonché nel mettere a disposizione la documentazione tecnica, la formazione e la manutenzione di tali sistemi. Scopo dell'appalto era la conclusione di contratti quadro con tre fornitori dei suddetti servizi, con un sistema a cascata: se l'offerente classificato al primo posto non fosse stato in grado di fornire i servizi richiesti, l'EUIPO si sarebbe rivolto al secondo e dunque al terzo. L'appalto sarebbe stato aggiudicato secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il miglior rapporto qualità-prezzo.

Le società *European Dynamics Luxembourg SA*, *European Dynamics Belgium SA* e *Evropaïki Dynamiki* (di seguito, per brevità, *European Dynamics*), che hanno

partecipato insieme alla gara d'appalto, non si sono aggiudicate la procedura, classificandosi quarte. Da notare che esse, pur avendo conseguito il miglior punteggio per quanto riguarda le offerte tecniche (basate su criteri qualitativi, ovvero discrezionali), conseguivano il peggiore per quanto riguarda la offerte economiche. Lo scarto tra European Dynamics e il consorzio Drasis, terzo classificato, era di appena 0,93/100.

A seguito del rigetto della propria offerta European Dynamics ritiene di dover ricorrere al Tribunale, impugnando il medesimo rigetto al fine di ottenere il suo annullamento e quello di tutte le decisioni corellate ed il conseguente risarcimento dei danni, per tre motivi principali:

- (1) Violazione dell'obbligo di motivazione, in quanto le informazioni e spiegazioni fornite dall'EUIPO a seguito del rigetto dell'offerta non sarebbero state sufficienti per consentire alle ricorrenti di comprendere il ragionamento che ha condotto l'amministrazione aggiudicatrice ad adottare la decisione di attribuzione dell'appalto.
- (2) Errore manifesto di valutazione riguardanti l'uso di criteri di aggiudicazione non previsti nel capitolato d'oneri, l'uso di una formula di valutazione economica errata, la sua manipolazione da parte degli aggiudicatari e la modifica dell'oggetto dell'appalto.
- (3) Violazione del principio della parità di trattamento, in quanto taluni degli aggiudicatari si trovavano in situazione di conflitto di interessi (in quanto partecipanti alla redazione del capitolato) o rientravano in cause di esclusione (in quanto implicati in casi di frode, corruzione e pagamento di tangenti).

Pur non essendo questa la sede deputata per conoscere in maniera analitica del giudizio innanzi al Tribunale, si rende necessario prenderne contezza nella misura in cui ciò è necessario a prendere in esame il successivo giudizio della Corte di Giustizia.

Con riferimento al terzo motivo, esaminato per primo, il Tribunale ritiene che un soggetto parte del consorzio Drasis, sebbene non direttamente implicato in casi di frode, corruzione e pagamenti di tangenti era all'epoca dei fatti legato da vincoli strutturali a una società la cui responsabilità era stata accertata mediante accordi bonari. L'EUIPO, venendo meno ai suoi obblighi di cui all'art. 134, par. 3, primo comma, delle modalità di esecuzione del regolamento finanziario generale, non ha infatti richiesto un estratto recente del casellario giudiziale o documento equivalente. Questa sola ragione basta per annullare la decisione di rigetto dell'offerta del ricorrente.

Con riferimento al secondo motivo, conernente gli errori di valutazione, il Tribunale rileva una pluralità di violazioni alle regole degli appalti europei, la maggior parte dei quali attengono al *drafting* sostanziale del capitolato. A tal proposito si ritiene che formule che richiedono ai partecipanti di descrivere «i punti principali», o gli «aspetti chiave» dei loro sistemi di gestione risulta vago e dunque inidoneo, in quanto non potrà essere interpretato da tutti gli offerenti allo stesso modo, e conseguentemente l'amministrazione aggiudicatrice non potrà effettuare una valutazione comparativa. A ciò si collega, ed è noto nella giurisprudenza europea, che un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti (v., in tal senso, sentenze del 24 gennaio 2008, *Lianakis e a.*, C-532/06, punti da 36 a 38, e del 21 luglio 2011, *Evropaïki Dynamiki/EMSA*, C-252/10, punti 30 e 31), nel caso di specie infatti i sottocriteri erano stati forniti solo nella relazione di valutazione fornita successivamente.

Per quanto riguarda il primo motivo, il vizio di motivazione, il Tribunale riconosce non è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasmetta nè una sintesi minuziosa del modo in cui ciascun dettaglio dell'offerta è stato presa in considerazione, nè un'analisi comparativa minuziosa tra le offerte, e neppure una copia della valutazione (ordinanze del 20 settembre 2011, *Evropaïki Dynamiki/Commissione*, C-561/10, punto 27; del 29 novembre 2011, *Evropaïki Dynamiki/Commissione*, C-235/11, punti 50 e 51, e sentenza del 4 ottobre 2012, *Evropaïki Dynamiki/Commissione*, C-629/11, punti da 21 a 23). Ciò nonostante il Tribunale precisa che la motivazione fornita deve contenere

indicazioni tali per comprendere sia la valutazione della qualità tecnica dell'offerta, che la valutazione comparativa di detta offerta con quella degli aggiudicatari. Laddove, come in questo caso, la formula di calcolo preveda che la sottrazione dei punti ad un'offerta implichi l'arricchimento di quella altrui, l'obbligo di motivazione la spiegazione del modo in cui le valutazioni negative hanno determinato la detrazione di punti.

Alla luce dei motivi esposti, risolvendo il quarto motivo, il Tribunale non solo dispone l'annullamento della decisione dell'EUIPO di rigetto dell'offerta di European Dynamics e di quelle connesse, ma condanna altresì al risarcimento dei danni per perdita dell'opportunità di vedersi aggiudicare il contratto quadro.

3. – Venendo al giudizio innanzi alla Corte di Giustizia, il primo motivo di impugnazione da parte dell'EUIPO muove dal presupposto che il Tribunale, nel momento in cui ha rilevato una violazione del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di diligenza, ha statuito *ultra petita*. La doglianza deriva dal fatto che, in udienza, European Dynamics avrebbe rinunciato all'argomento.

Simens AG, che per un certo periodo aveva il controllo indiretto su Siemens SA e SL, membri del consorzio Drasis, era risultata implicata in accertati casi di frode, corruzione e pagamento di tangenti. Ed è dall'analisi e dall'accertamento dei vincoli strutturali intercorrenti che il Tribunale arriva ad affermare la violazione dell'obbligo di diligenza da parte dell'EUIPO. Essendo questo vincolo strutturale ciò su cui si fonda l'asserita violazione dell'Agenzia, rileva la Corte, una volta rinunciato, non può più sorreggere il motivo dedotto. Ciò sulla base di una consolidata giurisprudenza, per cui la controversia è determinata e circoscritta dalle parti e che il giudice dell'Unione non può statuire *ultra petita* (sentenza del 3 luglio 2014, *Electrabel/Commissione*, C-84/13, punto 49; sentenza del 10 dicembre 2013, *Commissione/Irlanda*, C-272/12, punto 27).

Da questa regola esulano i motivi di ordine pubblico, che impongono l'esame d'ufficio da parte del giudice. I giudici liquidano tuttavia rapidamente il motivo, sostenendo che, pur avendo il tema dell'esclusione (segnatamente artt. 93 e 94 del regolamento finanziario e artt. 133 bis e 134 ter delle modalità di esecuzione) importanza rilevante nel settore degli appalti pubblici, la violazione non configura una violazione di forma sostanziale.

Questa è una categoria dai contorni assai sfumati, che da un lato trova ancoraggio nelle limitate disposizioni che prescrivono requisiti di forma per certi atti, e dall'altro patisce del principio della libertà delle forme. Non è pertanto dato comprendere quale gravità, nell'ambito di una violazione di obbligo di motivazione attribuita all'EUIPO, dovrebbe raggiungersi affinché si concretizzi in motivi di ordine pubblico (sul tema P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015, pp. 35-37). Ad esempio è stata ritenuta violazione della forma sostanziale la mancata valutazione della configurabilità quali «aiuti già esistenti» di esenzioni già previste (sentenza del 2 dicembre 2009, C-89/08, *Commissione/Irlanda e a.*, punto 34), o ancora, nella giurisprudenza citata dalla stessa sentenza in commento (sentenza del 4 aprile 2017, *Mediatore/Staelen*, C-337/15, punto 85), era stato il Tribunale stesso a non offrire motivazioni a sostegno di una qualificazione dal medesimo compiuta, cosa che ha reso impossibile per la Corte valutare la sua eventuale commissione di un errore di diritto.

Su tali argomenti, la Corte di Giustizia accoglie il primo motivo dell'EUIPO.

Col secondo motivo l'EUIPO si duole che il Tribunale, che ha rilevato errori di valutazione nella sua decisione, non ha valutato l'incidenza concreta dei medesimi sul risultato finale della procedura. Ciò in quanto i voti attribuiti a ciascun criterio non sono stati tutti contestati e, peraltro, non sono nemmeno stati tutti esaminati. Ma quest'onere non può, di per sé, esser richiesto al Tribunale: l'insegnamento della Corte è infatti che spetta al ricorrente che ha proposto l'impugnazione indicare e dimostrare che la

decisione di rigetto dell'offerta non avrebbe potuto essere più favorevole per l'operatore economico escluso in assenza di detti errori.

Peraltro l'EUIPO sostiene altresì che, nel valutare la decisione di rigetto dell'offerta, il Tribunale avrebbe applicato un controllo troppo esteso della decisione di rigetto dell'offerta, interferendo col margine di valutazione a questa spettante. La Corte in questo caso non si addentra nelle analitiche argomentazioni svolte dal Tribunale, che vanno dai punti 88 a 214 della sentenza impugnata, ma si limita a rilevare come di questi, l'EUIPO, ha omesso di impugnare quello concernente il criterio n. 1, sottocriterio n. 1.4, punto 1.4.4.10, del capitolato d'oneri. Questo è, ad avviso dei giudici di Lussemburgo, sufficiente a respingere il capo del motivo senza esaminarlo, in quanto il solo punto 1.4.4.10 sarebbe stato di per sé astrattamente idoneo, ove viziato, a comportare l'annullamento del rigetto dell'offerta. Ne deriva, per il Tribunale, l'impossibilità di accogliere il motivo in discorso.

Il terzo motivo concerne la critica delle asserite carenze di motivazione per quanto riguarda la correlazione tra, da una parte, le valutazioni negative specifiche enunciate nel rapporto di valutazione, e, dall'altra, le detrazioni di punti netti operate. Qui viene in gioco l'art. 100, par. 2, del regolamento finanziario, in quanto esso prescrive che debbano essere comunicati solamente «i motivi del rifiuto», non essendo dovuta né una sintesi minuziosa del modo in cui i singoli elementi dell'offerta sono stati presi in considerazione, né una copia della relazione di valutazione (sentenza del 4 ottobre 2012, *Evropaiki Dynamiki/Commissione*, C-629/11, punti 21 e 22).

Tuttavia, nel caso in cui ci siano pesi quantitativi specifici collegati a criteri e sottocriteri, come nel caso di specie, gli operatori economici devono poter conoscere il peso dei medesimi, al fine di comprendere l'impatto delle singole valutazioni sul punteggio finale: per tale ragione il terzo motivo dell'EUIPO non è accolto.

In sintesi e fino a questo punto, la Corte si trova a riconoscere che il Tribunale ha reso una decisione viziata da errore di diritto, statuendo *ultra petita*, per quanto riguarda la presenza di cause di esclusione in capo a un aggiudicatario, ma che per quanto riguarda gli altri due motivi di ricorso innanzi alla Corte medesima, ossia errori manifesti di valutazione e vizi di valutazione) essa è da considerarsi legittima.

4. – Le più importanti suggestioni della sentenza in discorso provengono da ciò che concerne la richiesta di risarcimento per danno extracontrattuale concessa dal Tribunale all'European Dynamics e che l'EUIPO contesta, ritenendo che la sentenza sia viziata da errori di diritto e da difetto di motivazione.

La base da cui prendere le mosse è l'art. 340 del TFUE che, in materia di responsabilità extracontrattuale, prevede che «l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.»

Secondo la costante giurisprudenza poi sono tre i requisiti che devono sussistere affinché possa configurarsi questo tipo di responsabilità: (1) l'illegittimità del comportamento contestato, (2) l'effettività del danno e (3) il nesso di causalità tra il comportamento e il danno lamentato. Detta responsabilità non è confinata alle sole istituzioni dell'Unione espressamente considerate tali dai Trattati, ma si estende anche ai suoi organismi (*ex multis*, sentenza 10 aprile 2002, *Lamberts/Mediatore*, T 209/00, punto 49). A ulteriore conferma, l'art. 118, par. 3, del Regolamento (CE) n. 207/2009 sul marchio comunitario, prevede espressamente che «in materia di responsabilità extracontrattuale l'Ufficio risarcisce, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri, i danni cagionati dai suoi servizi o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.»

L'EUIPO sostiene che l'illiceità del proprio comportamento non è stata dimostrata e che parimenti indimostrato è che la concessione di un indennizzo sulla base della perdita di un'opportunità in materia di appalti pubblici è un principio di diritto dell'Unione o un principio comune agli Stati membri.

Per propria parte, European Dynamics richiama a sostegno l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, invocando una tutela giurisdizionale effettiva: l'annullamento della decisione infatti, di per sé e senza che sia stata ammessa una misura sospensiva nel corso del procedimento sommario, non offre alcun vantaggio all'offerente escluso: in assenza di un ristoro patrimoniale non sarebbe ipotizzabile alcuna tutela effettiva. Le divergenze all'interno degli Stati membri sono da ritenersi esclusivamente attinenti all'*an* e non al *quantum* dei risarcimenti, atteso che in taluni ordinamenti questo è limitato alle sole spese sostenute per la partecipazione alla procedura d'appalto.

Già per stessa ammissione del Tribunale il risarcimento non si fondava sui vizi di motivazione, in quanto per costante giurisprudenza questi non sono idonei a dimostrare che in presenza di una motivazione adeguata l'appalto sarebbe stato assegnato alla parte ricorrente (sentenza del 17 ottobre 2012, *Evropaiki Dynamiki/Corte di giustizia*, T-447/10, punto 123).

Pertanto esso dev'essere ora valutato – dalla Corte di Giustizia, a mente dell'art. 61 del proprio Statuto – alla luce del solo secondo motivo di ricorso, ossia quello che riguarda gli errori manifesti di valutazione, considerato che il motivo attinente al principio di parità di trattamento è stato dichiarato viziato da errore di diritto.

La Corte, richiamando la sua giurisprudenza, accanto tre requisiti suesposti, ribadisce che il danno dev'essere reale e certo, e derivare in maniera sufficientemente diretta dal comportamento illegittimo delle istituzioni (sentenza del 30 maggio 2017, *Safa Nicu Sepahan/Consiglio*, C-45/15, punto 61).

La discrezionalità amministrativa che spetta alla stazione appaltante non è sufficiente a escludere *a priori* la sussistenza di un danno risarcibile rendendolo ipotetico o incerto ma, casomai, a gettare nell'incertezza la determinazione del *quantum* (sentenza del 9 novembre 2006, *Agraz e a./Commissione*, C-243/05 P, punti da 26 a 42). Ciò è più vero laddove vi siano elementi atti a limitare la discrezionalità: nel caso di specie infatti la stazione appaltante aveva già attribuito all'European Dynamics il punteggio più elevato per l'offerta tecnica e l'aveva classificata al quarto posto: è evidente che, in seguito al rigetto dell'offerta di un concorrente, la sua collocazione al terzo posto – e dunque tra gli aggiudicatari – sarebbe di difficile smentita.

Tuttavia, la Corte pone l'onere della prova in capo alla parte che adduce la responsabilità extracontrattuale dell'Unione, che sarà chiamata a provare l'*an*, il *quantum* e un nesso sufficientemente diretto di causa-effetto tra comportamento dell'istituzione e danno dedotto (sentenza del 20 dicembre 2017, *EU IPO/European Dynamics Luxembourg e a.*, C-677/15, punto 100). E' a questo punto evidente che ricorso di European Dynamics non soddisfa i requisiti prescritti: pur avendo essa in linea teorica affermato che dall'applicazione corretta della gara d'appalto avrebbe ricavato una migliore classificazione per la propria offerta, essa non è riuscita a provare concretamente se e in che misura sarebbe stata classificata in una posizione migliore o avrebbe ottenuto l'appalto di cui trattasi.

5. – I ragionamenti finora riportati offrono l'occasione per dare conto di come, ad oggi, si collochi la perdita di chance in materia di appalti nel nostro ordinamento. La figura della perdita di chance, che può essere invocata «quando l'impresa non riesce a provare che avrebbe avuto diritto all'aggiudicazione dell'appalto secondo le regole di gara» (TAR Sicilia, Sez. IV, 13 novembre 2015, n. 2616), è stata variamente declinata nel nostro ordinamento (sul tema L. Parona, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione nel settore degli appalti pubblici. Profili teorici e questioni applicative*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, fasc. 4, pagg. 1181 e ss.), per spaziare da una teoria eziologica a una teoria ontologica.

La prima, com'è noto, vede la perdita di chance come fosse lucro cessante, configurando la chance medesima come un diritto potenzialmente raggiungibile ma non

ancora acquisito, considerandola pertanto alla stregua di un nesso di causalità attenuato che permette, nell'impossibilità di dimostrare pienamente questo, strumento per descrivere una sequenza causale.

La teoria ontologica al contrario configura la perdita come danno emergente, in quanto perdita di un bene – la prospettiva favorevole – già nel possesso del patrimonio del soggetto, e caratterizzato dall'indimostrabilità della futura realizzazione della medesima, restando sempre confinata nell'ambito del potenzialmente idoneo.

E' evidente pertanto la sponda di maggior rigore che offre la teoria eziologica, in quanto impone l'onere di dimostrare che in assenza di un fatto lesivo altrui il risultato vantaggioso si sarebbe sicuramente verificato. Non sono infatti mancati casi in cui il danno è stato ritenuto risarcibile solo in presenza di probabilità di aggiudicazione dell'appalto «almeno pari al 50 per cento» (Cons. di Stato, Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4952), con tutte le complicazioni che derivano dalla partecipazione di più di due operatori alla procedura, a fronte di una giurisprudenza più risalente che ha richiesto – dando prevalenza alla teoria ontologica – atteso che il soggetto è chiamato a dimostrare la mera possibilità di raggiungere il risultato sperato, la ristorazione del danno sulla base di un giudizio di mera congruità e verosimiglianza.

Orbene, alla luce di quanto sopra descritto sembra che la Corte di Giustizia propenda, allineandosi con la giurisprudenza amministrativa italiana, per una tesi di tipo eziologico. Intanto, perché la prova che si richiede a chi vuole vedere risarcita la propria perdita di chance è significativamente onerosa: non può limitarsi a dimostrare gli specifici vizi in cui la stazione appaltante è incorsa, ma anche in che misura ne avrebbe giovato la propria posizione.

Anche i criteri che il Tribunale, nel giudizio impugnato (punti 275 – 280), aveva proposto affinché EUIPO e European Dynamics addivenissero ad un accordo sul risarcimento, si pongono sul fronte eziologico: (1) valore del contratto quadro, (2) grado di probabilità di successo dell'offerta del ricorrente al netto degli errori di valutazione commessi, (3) utile netto che la ricorrente avrebbe potuto realizzare, (4) detrazione degli utili altrimenti realizzati, (5) rapportazione dell'utile netto accertato al grado di probabilità di successo. Infatti, se questi criteri sono – come vorrebbe la teoria ontologica – utilizzati per la quantificazione del danno, l'attezione che si pone alla probabilità di successo, quale elemento escludente per l'*an* del medesimo, lasciano propendere per un'impostazione di tipo eziologico. D'altra parte anche la normativa europea, e segnatamente la Direttiva 89/665/CEE in materia di ricorso per gli appalti pubblici, al suo art. 2, co. 1, lett. c), prevedendo un «risarcimento danni alle persone lese dalla violazione» in materia di procedure di aggiudicazione, sembra lasciar intendere una concreta lesione, ben al di là della mera astratta possibilità caratteristica della tesi ontologica. Infine, anche nella giurisprudenza europea non mancano casi in cui si è espressamente qualificata la perdita di chance come una forma di lucro cessante (ordinanza del Presidente del Tribunale del 20 gennaio 2010, causa T-443/09, *Agriconsulting Europe/Commissione*, punto 32).

Matrimonio o pensione? La corsa ad ostacoli delle donne *transgender* per l'accesso al sistema pensionistico

di *Benedetta Profumo*

Title: Marriage or pension? The obstacle course of transgender women for the access to social security

Keywords: Equal treatment for men and women in matters of social security; Conditions for recognition of change of gender; Pensionable age for persons of the gender acquired.

1. – Con sentenza pronunciata il 5 dicembre 2017 (causa C-451/16, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*), la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è occupata di valutare la compatibilità tra la Direttiva 79/7, riguardante la parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, ed il Gender Recognition Act 2004 (da ora GRA), ovvero la normativa del Regno Unito che stabilisce le condizioni per ottenere un certificato di riconoscimento del cambiamento di sesso.

In particolare, la questione controversa sorgeva dal contrasto tra la normativa interna sul riconoscimento del mutamento di sesso ed in particolare l'art. 2, par. 1 del GRA – il quale, all'epoca dei fatti, prevedeva che il richiedente coniugato potesse esigere soltanto un riconoscimento provvisorio del nuovo sesso prima dell'annullamento del matrimonio – e la Direttiva 79/7. Tale direttiva stabilisce infatti, da un lato, all'articolo 4, paragrafo 1, che per l'accesso ai regimi assistenziali legali che assicurano una protezione contro i rischi della vecchiaia vige «il principio della parità di trattamento (che) implica l'assenza di qualsiasi discriminazione direttamente o indirettamente fondata sul sesso, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia». Dall'altro lato, prevede tuttavia che gli Stati membri possano fissare dei limiti di età per la concessione della pensione di vecchiaia.

2. – Preliminarmente alla questione oggetto di controversia, va specificato che la discriminazione può essere di tipo diretto od indiretto. Per stabilire la distinzione tra i due concetti è opportuno rifarsi alla Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che si occupa del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. In base a tale normativa si realizza discriminazione indiretta quando «una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari». Al contrario sussiste una discriminazione diretta quando «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».

Il caso in esame è inquadrabile nel secondo tipo di violazione, per le ragioni che saranno esposte in seguito.

Passando all'analisi del caso concreto, è opportuno precisare che il ricorrente era un soggetto di sesso maschile nato nel 1948 che, sposatosi nel 1974, dopo aver vissuto come donna dal 1991 al 1995, in quell'anno si era sottoposto ad un'operazione chirurgica di conversione sessuale.

MB tuttavia non aveva mai ottenuto un certificato che riconoscesse in modo definitivo il suo cambiamento di sesso. Ciò in quanto, come sopra accennato, la concessione di tale certificato presupponeva il previo annullamento del matrimonio contratto precedentemente, mentre la parte ricorrente e la moglie desideravano rimanere unite nel vincolo matrimoniale per motivi religiosi.

MB soddisfaceva quindi i criteri di ordine fisico, sociale e psicologico previsti dalla normativa nazionale in materia di stato civile ai fini del riconoscimento giuridico del suo cambiamento di sesso: infatti aveva vissuto da persona del sesso acquisito per almeno due anni anteriormente alla proposizione della domanda; aveva manifestato l'intenzione di vivere come tale fino alla fine dei suoi giorni; e soddisfaceva le condizioni di cui all'articolo 3 del GRA.

Perciò, qualora fosse stata nubile, avrebbe avuto diritto ad esigere immediatamente il certificato definitivo. Invece, essendo sposata, violava il criterio inerente lo stato matrimoniale, il quale subordinava il riconoscimento all'annullamento delle nozze contratte prima del cambiamento di sesso.

Questo requisito era giustificato dal fatto che, all'epoca, il Regno Unito non riconosceva il matrimonio tra persone dello stesso sesso; situazione che invece sarebbe venuta a crearsi qualora uno dei due coniugi avesse cambiato definitivamente genere pur rimanendo sposato.

766

3. – Premesso quanto sopra, è necessario valutare come i fatti appena esposti abbiano dato origine ad una situazione discriminatoria.

L'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 79/7 dispone che gli Stati membri possano prevedere la fissazione di un limite di età (differenziato in base al sesso) per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro.

In conformità a tale facoltà, l'articolo 122 della legge nazionale relativa ai contributi e alle prestazioni di sicurezza sociale (Social Security Contributions and Benefits Act 1992) e l'allegato 4, paragrafo 1, del Pensions Act 1995 (legge relativa alle pensioni di vecchiaia), stabilisce che una donna nata prima del 6 aprile 1950 maturi il diritto alla pensione statale di fine lavoro «di categoria A» al compimento del 60esimo anno di età, mentre un uomo nato prima del 6 dicembre 1953 matura tale diritto solo al compimento del 65esimo anno di età.

Alla luce di queste norme MB, raggiunta l'età di sessant'anni, cioè l'età al raggiungimento delle quali le donne possono ottenere una pensione statale «di categoria A», presentava una domanda intesa ad ottenere tale beneficio.

La domanda veniva respinta in quanto, ai fini della determinazione dell'età legale del pensionamento, MB non poteva essere trattata come donna, poiché non aveva un certificato definitivo di riconoscimento del suo cambiamento di sesso, ma soltanto una certificazione di tipo provvisorio.

MB impugnava tale decisione, ma il ricorso veniva respinto tanto dal Tribunale di primo grado, quanto dal Tribunale superiore e dalla Corte d'appello. MB presentava dunque ricorso dinanzi alla Corte suprema del Regno Unito, sostenendo che la normativa nazionale costituisse una discriminazione fondata sul sesso, vietata dall'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 79/7. Ciò in quanto di fatto introduceva un requisito per l'accesso al sistema pensionistico, inerente lo stato coniugale, che riguardava solo le donne transgender.

Il giudice, nel rimettere la questione alla Corte di Giustizia, poneva pertanto il quesito se la direttiva 79/7 e, in particolare, il suo articolo 4, paragrafo 1, primo trattino, in combinato disposto con i suoi articoli 3, paragrafo 1, lettera a), terzo trattino, e 7, paragrafo 1, lettera a), dovesse essere interpretata nel senso che essa ostava ad una normativa nazionale ai sensi della quale una persona che ha cambiato sesso doveva, per beneficiare di una pensione statale di fine lavoro a decorrere dall'età pensionabile legale prevista per le persone del sesso acquisito, soddisfare non soltanto criteri di ordine fisico, sociale e psicologico, ma anche la condizione di non essere coniugata con una persona del sesso che essa ha acquisito in seguito a tale cambiamento.

4.- Innanzitutto la Corte di Giustizia precisa che, seppure il diritto dell'Unione non interferisca nella competenza degli Stati membri nel settore dello stato civile e del riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso, gli Stati membri devono tuttavia, nell'esercizio di tale competenza, rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare le disposizioni relative al divieto di discriminazione. Pertanto una normativa nazionale che subordina il beneficio di una prestazione pensionistica a un presupposto relativo allo stato civile non può sottrarsi all'osservanza del principio di non discriminazione fondata sul sesso, sancito peraltro anche all'articolo 157 TFUE nell'ambito della retribuzione dei lavoratori, oltre che dalla direttiva 2006/54/CE.

Come chiarito dalla sentenza Richards, la quale costituisce un precedente simile in materia di sicurezza sociale – seppure la sentenza fosse precedente all'introduzione del GRA – la sfera di applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ma può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine nel mutamento di sesso dell'interessata [sentenza Richards, C-423/04, p.to 24]. Questa interpretazione è stata affermata dalla Corte di Giustizia a partire dal 1996, quando nella storica sentenza P. c. S. [sentenza P. c. S., C-13/94, p.to 20], essa ha respinto l'interpretazione di discriminazione fondata sul sesso quale nozione binaria basata sull'opposizione tra due categorie che si escludono vicendevolmente. Questa scelta è stata motivata dal fatto che il diritto a non subire discriminazioni basate sul sesso costituisce un diritto fondamentale della persona umana e pertanto tale inclusione risponde al dovere di rispettare la dignità e la libertà delle persone transessuali.

In questo contesto ci si deve dunque domandare quale sia il parametro di riferimento.

La questione in altre parole è se il termine di confronto – al fine di valutare se i soggetti che hanno mutato sesso siano discriminati – sia la condizione in cui si trovano gli individui cisgender del sesso acquisito, cioè quella degli individui che sentendosi a proprio agio con il proprio genere di nascita non lo hanno mutato.

Il Regno Unito, nelle osservazioni presentate davanti alla Corte, ha asserito la non comparabilità di tali situazioni, poiché le condizioni di transgender e cisgender non sono identiche. Infatti per le donne biologiche non rileva la considerazione dello stato matrimoniale – e perciò possono accedere alla pensione al compimento del sessantesimo anno di età, a prescindere da se siano sposate o meno – in quanto hanno conservato il proprio sesso di nascita e dunque, se sono sposate, lo sono con un individuo di sesso opposto.

Analoghe considerazioni non valgono invece in riferimento alle donne transgender. Queste infatti, qualora il riconoscimento definitivo del cambio di sesso non fosse subordinato all'annullamento del matrimonio, si ritroverebbero sposate con persone del medesimo sesso da esse acquisito.

Come sottolineato dall'Avvocato Generale tuttavia, la questione dello stato civile evidenziata dal Regno Unito è una caratteristica secondaria, non essenziale, dei termini della comparazione, che non esclude la comparabilità. Lo stato civile non costituisce infatti il criterio in relazione a cui deve essere valutata la disparità di trattamento, bensì

la condizione che conduce a una differenza di trattamento in merito all'accesso alle pensioni di fine lavoro.

In questo senso la Corte ricorda che il requisito della comparabilità delle situazioni non richiede che le situazioni siano identiche, ma soltanto che siano simili. L'esame della comparabilità peraltro deve essere condotto non in maniera generale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi [sentenza Hay, C-267/12, p.to 33; sentenza Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, p.to 25].

Alla luce di questo enunciato la Corte sottolinea che la normativa nazionale pensionistica, oggetto del procedimento, concedeva la pensione di anzianità a chiunque avesse raggiunto l'età legalmente prevista ed avesse versato al sistema pensionistico pubblico del Regno Unito contributi sufficienti – indipendentemente dalla sua situazione matrimoniale – pertanto, a parere dei giudici di Lussemburgo, le due situazioni erano pienamente comparabili.

5.- Accertata la comparabilità delle due situazioni, la Corte rileva che la normativa nazionale di cui si trattava nel procedimento principale riservava un trattamento meno favorevole, direttamente fondato sul sesso, alla persona che ha cambiato sesso dopo essersi sposata, rispetto alla persona che ha conservato il proprio sesso di nascita ed è sposata.

Essa respinge quindi l'eccezione formulata dal governo del Regno Unito, il quale aveva sostenuto che l'obiettivo di evitare l'esistenza di un matrimonio tra persone dello stesso sesso potesse giustificare l'applicazione del requisito dell'annullamento del matrimonio anteriormente contratto, alle sole persone che hanno cambiato genere.

Peraltro, l'obiettivo invocato dal governo del Regno Unito non corrispondeva alla deroga prevista rispetto al divieto di discriminazioni fondate sul sesso, stabilita nell'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva 79/7 sopraccitata. Infatti tale disposizione, che attribuiva la possibilità per gli Stati membri di fissare dei limiti di età per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro, per costante giurisprudenza, va interpretata nel senso che essa si limita a concedere la facoltà agli Stati membri di stabilire una diversa età pensionabile per gli uomini e per le donne [v., in tal senso, sentenza Richards, C-423/04, p.ti 37 e 38].

Da ciò deriva che la condizione di non essere coniugati non rientrava tra le deroghe tassativamente consentite dall'ordinamento sovranazionale e pertanto creava una disparità di trattamento direttamente fondata sul sesso, che non può essere giustificata per motivi oggettivi (essendo tale giustificazione possibile esclusivamente nei casi di discriminazione indiretta).

Infatti seppure «spetta agli Stati membri determinare le condizioni del riconoscimento giuridico del mutamento di sesso di una persona» – concetto chiarito nella sentenza Richards, espressamente richiamata dal governo del Regno Unito – è opportuno fare dei distinguo.

Va detto che la causa Richards riguardava l'impossibilità per una persona transessuale di ottenere il riconoscimento legale del sesso acquisito. Data la necessità di riconoscere un simile diritto, qualora una procedura per il riconoscimento del cambiamento di sesso esista, gli Stati membri possono discrezionalmente stabilire le relative condizioni. Il potere discrezionale di stabilire le condizioni del riconoscimento giuridico di tale cambiamento di genere, trova tuttavia dei limiti. Come correttamente sottolineato dall'Avvocato Generale il godimento dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione non può essere esposto all'arbitrio degli Stati membri.

Infatti le persone che si sottopongono al cambiamento di sesso devono essere tutelate dal divieto di discriminazione fondata sul sesso, già una volta che la procedura è in corso e non solo dopo che il sesso acquisito sia stato giuridicamente riconosciuto dalla procedura nazionale.

Altrimenti vi sarebbe il rischio che la discriminazione basata sul cambiamento di sesso e vietata dalla direttiva sia fatta rientrare per vie traverse sotto forma di prerequisiti o condizioni connessi al riconoscimento dello status, a prescindere dal loro contenuto [Conclusioni Avvocato Generale Bobek, p.ti 70-73].

Ulteriormente condizioni considerate in astratto «accettabili» potrebbero comunque produrre, in determinati contesti di fatto o di diritto, risultati inaccettabili.

Pertanto non si può ritenere che al momento di adottare tali procedure e di definire le condizioni, gli Stati membri agiscano completamente al di fuori dell'ambito del diritto dell'Unione sfuggendo dunque ad ogni tipo di controllo.

Infatti, come da premessa della sentenza in esame, gli Stati membri devono esercitare le loro competenze in modo conforme al diritto dell'Unione e, in particolare, alle disposizioni relative al principio di non discriminazione.

La conclusione inevitabile è che la direttiva 79/7 è incompatibile con una normativa nazionale, come quella all'epoca vigente nel Regno Unito, che impone alla persona che abbia cambiato sesso, qualora intenda beneficiare di una pensione statale di fine lavoro a partire dall'età pensionabile legale prevista per le persone del sesso da essa acquisito, di soddisfare non soltanto criteri di ordine fisico, sociale e psicologico, ma in aggiunta anche la condizione di non essere sposata con una persona del sesso da essa acquisito in seguito a tale cambiamento.

6.- In conclusione va precisato che, nonostante il pregevole sforzo della Corte di Giustizia e dell'Avvocato generale in un'ottica garantista, il problema è stato ad oggi, se non completamente risolto, tuttavia in larga parte ridimensionato dal legislatore britannico.

Infatti, da un lato, il Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 ha consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso, togliendo vigore anche all'obiezione rivolta nella presente causa dal governo del Regno Unito, che sosteneva che l'accertamento dell'incompatibilità con la direttiva 79/7 della condizione di essere non coniugati costringerebbe gli Stati membri a riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Dall'altro lato tale novità normativa ha comportato anche la diretta modifica dell'articolo 4 del GRA, nel senso che il certificato definitivo di cambiamento del sesso deve ora essere rilasciato qualora il coniuge del richiedente vi acconsenta.

Pertanto nello scenario attuale non è richiesto l'annullamento del matrimonio per poter ottenere il riconoscimento definitivo del nuovo sesso e dunque accedere al trattamento pensionistico.

Sembra che analogo problema non debba porsi con riferimento agli Stati ove per le coppie omosessuali è stata riconosciuta solo la possibilità di costituire un'unione civile. In materia infatti esistono già più pronunce della Corte EDU, la quale ha ritenuto proporzionato che, per ottenere il riconoscimento definitivo del nuovo sesso, l'interessato sia tenuto a convertire la propria relazione, prima matrimoniale, sotto forma di un'unione civile [Corte EDU, sentenza Hämäläinen c. Finlandia, p.ti 74 e 75].

Tale precedente, citato nella causa in esame ma ritenuto non pertinente rispetto al procedimento principale – in quanto riguardante strettamente il diritto alla vita privata e familiare e il diritto al matrimonio, e non la sicurezza sociale – potrebbe invece, a parere di chi scrive, essere un utile strumento cui rifarsi per risolvere future possibili controversie in materia riguardo agli Stati, come l'Italia, che non hanno ancora previsto una piena e totale parificazione tra matrimonio eterosessuali ed unioni omosessuali.

Evoluzione della pianificazione urbanistica in Italia: la Valutazione ambientale strategica dall'Unione europea verso l'America latina

di Carolina Regali Costa Do Amaral

Title: Evolution of urban planning in Italy: Strategic Environmental Assessment from the European Union to Latin America

Keywords: Government of the territory; Strategic environmental assessment; Sustainable Development.

1. – Con la sentenza del 7 giugno 2018 relativa alla causa C-160/17 la Corte di Giustizia al fine di assicurare un elevato livello di protezione dell'ambiente e di promuovere lo sviluppo sostenibile ha colto l'occasione per applicare una nuova fattispecie all'interpretazione della nozione di «*Piani e programmi*» ai sensi della direttiva 2001/42/CE, (in proseguo: «direttiva VAS»). Oggetto della causa in commento è la Valutazione Ambientale Strategica (VAS) che a differenza della Valutazione d' Impatto Ambientale (VIA) propone una tutela ambientale ad effetto anticipato (*Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2003, n. 497*). Nella sentenza in epigrafe la Corte ha statuito l'applicazione della VAS anche a strumenti di pianificazione differenti rispetto agli strumenti urbanistici tradizionali.

Premesso che le sentenze di più facile lettura sono quelle che talvolta presuppongono un lavoro di più arduo approfondimento, *in facilis multa, in difficilis muta*, è opportuno precisare che la decisione pregiudiziale emessa dai giudici del Lussemburgo ha portata vincolante per il giudice del rinvio e per tutte le giurisdizioni di grado superiore, degli Stati membri, chiamate a pronunciarsi sulla medesima causa. Preso atto del fatto che nei giudizi con risvolti amministrativi il carattere di relativa semplicità non vada mai sottostimato, la riflessione qui di seguito proposta è volta ad offrire alcuni spunti di riflessione su cosa può accadere nel caso in cui il giudice nazionale accolga un ricorso avverso ad un provvedimento amministrativo e quali potrebbero essere i futuri doveri dell'amministrazione in relazione alla decisione della Corte europea. Saranno pertanto presentate alcune nozioni dottrinali e giurisprudenziali al fine di meglio comprendere le questioni implicite della sentenza in commento, la quale, ripropone le problematiche proprie del rapporto fra ordinamenti nazionali e ordinamento sovranazionale, in relazione: all'urbanistica, alla pianificazione strategica nonché alla tutela ambientale.

2. - La domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal *Conseil d'État* (Consiglio di Stato belga) verte sull'interpretazione dell'articolo 2, lettera a) della direttiva 2001/42/CE, in relazione alla validità di un decreto ministeriale emesso dal governo

della *Région wallonne* (Regione vallone, Belgio), a favore della società Bodymat, volto ad approvare un perimetro di consolidamento urbano (in proseguo: PCU). Tale perimetro costituisce l'atto preliminare necessario per riconfigurare degli antichi fabbricati industriali, realizzare degli alloggi e una nuova rete stradale nei pressi di alcuni punti vendita e di piccole attività commerciali siti nel centro di Orp-le-Petit (Belgio).

I ricorrenti del procedimento principale, in qualità di ricettori sensibili che vivono in prossimità della zona interessata dal suddetto PCU, hanno presentato ricorso diretto per l'annullamento del su citato decreto, approvato il 3 maggio 2012, asserendo che lo studio sull'impatto ambientale realizzato nel caso di specie non soddisfa i requisiti della direttiva VAS.

La società Bodymat, parte interveniente nel procedimento principale, fa valere che unico obiettivo del PCU è definire un perimetro di un'area geografica e che pertanto non rientra tra gli strumenti che costituiscono oggetto della valutazione ambientale strategica ai sensi della direttiva VAS.

Il giudice del rinvio si è rivolto alla Corte con l'intento di appurare se è ricompreso nella nozione di Piani o programmi un perimetro di consolidamento urbano previsto da una disposizione di natura legislativa e adottato da un'autorità regionale, il quale ha per oggetto unicamente la definizione dei contorni di un'area geografica e che dovrà successivamente essere oggetto di ulteriori valutazioni degli impatti ambientali per il rilascio di permessi per opere o lavori su detto perimetro. Tenuto conto del fatto che, sul piano procedurale, dalle disposizioni dell'articolo 127 del *Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, du patrimoine et de l'énergie* (codice vallone della gestione del territorio, dell'urbanistica, del patrimonio ambientale e dell'energia. In proseguo: CVGTUPE), tali richieste di permessi possono beneficiare di un procedimento semplificato capace di derogare alle norme di settore.

3. - Al fine di meglio comprendere il contesto normativo e politico in cui si è sviluppata la vicenda è utile sapere che il Belgio, dagli anni '90 ad oggi, è più volte stato sanzionato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per l'inadempimento degli obblighi comunitari e la mancata applicazione di diverse direttive relative all'ambiente. Gli stessi ricorrenti nel procedimento principale sostengono che il PCU in questione, corredato da una di valutazione di impatto ambientale realizzata da uno studio di progettazione e consulenza ambientale, non soddisfa i requisiti della direttiva VAS in quanto incompleto e irregolare a causa di una mancata corretta trasposizione della direttiva 2001/42/CE nell'ordinamento belga.

Il quadro normativo in materia di urbanistica in Belgio è dato dalla legge 29 marzo 1962 e ai sensi della legge 8 agosto 1980 lo Stato Federale ha attribuito la competenza per la gestione del territorio e dell'urbanistica alle Regioni. La Regione Vallonia ha raccolto l'insieme delle norme in vigore nel CVGTUPE, che ai fini della sentenza in nota al suo articolo 127 dispone quanto segue: «nell'ambito dei lavori situati all'interno di un perimetro di consolidamento urbano (...) il permesso urbanistico può essere rilasciato (...) in deroga ad un piano settoriale, ad un piano regolatore comunale, ad un regolamento urbanistico comunale o ad un piano di allineamento».

Sul territorio belga si distinguono principalmente quattro tipi di Piani di diversa scala: il Piano regionale (progetto avviato nel 1989 per la regione Vallonia ma di difficile attuazione), il Piano di settore (che suddivide l'intero territorio belga in 48 "settori" privi di corrispondenza con circoscrizioni amministrative), il Piano regolatore generale (corrisponde al territorio comunale) e il Piano regolatore particolareggiato (studiato per specifiche zone comunali). Tra il 1975 e il 1987 l'attuazione dei Piani di settore, che non erano abbastanza restrittivi, ha determinato una sovraestimazione delle zone edificabili con una spinta ad urbanizzare in aree che erano quattro o cinque volte la reale necessità, comportando una conseguente riduzione degli spazi verdi liberi e agricoli. Una delle ragioni di tale fenomeno è dovuto all'arretramento dei poteri pubblici in materia, difatti, in base alla legge Belga se un Piano di settore elimina l'edificabilità prevista da un

precedente Piano comunale, sorge in capo allo Stato l'obbligo di risarcire il privato. Inoltre nella regione Vallonia è frequente la politica «*coup par coup*» (caso per caso), senza alcun coordinamento o riflessione d'insieme; esempio clamoroso riguarda la politica di insediamento degli impianti da golf, i quali sono stati autorizzati in tutte le aree dei Piani settoriali investendo anche zone naturali e forestali protette.

Altra criticità relativa alle norme urbanistiche belghe risiede nell'ampia interpretazione che le autorità hanno dato agli articoli dal 20 al 23 dell'Ordinanza reale sul diritto di deroga per le opere di pubblica utilità. Al riguardo, le pubbliche amministrazioni si sono rivelate eccessivamente permissive, ad esempio, consentendo ai Piani municipali di modificare i Piani di settore in relazione alle zone industriali o le attività di cava in aree protette. Sul tema il Consiglio di Stato Belga si è pronunciato in modi divergenti lasciando diverse situazioni in uno stato di irregolarità (C. MACCHI CASSIA et. al., *Annuario europeo dell'ambiente 1990*, in Docter, Pirola, Milano, 1990, p. 569 ss.)

4. - Il Supremo Consesso del Belgio prima di rivolgere la questione pregiudiziale ai Giudici europei ha consultato la Corte Costituzionale belga sulla legittimità costituzionale dell'articolo 127, paragrafo 1, primo comma, punto 8 e l'articolo 127, paragrafo 3 del CVGTUPE. Ed in linea con quanto statuito nel corso degli anni anche dalla suprema giurisprudenza italiana, la Corte Belga ha affermato che una norma capace di facilitare i permessi concessi nell'ambito di un PCU non determina una violazione della Costituzione, purché, le disposizioni derogatorie fossero interpretate in modo restrittivo.

In materia di deroghe alle norme urbanistiche è possibile scorgere nell'ordinamento italiano alcune similitudini, seppur superficiali, con quanto avvenuto in Belgio. Infatti, in Italia la norma di riferimento in materia di urbanistica è la legge 17 agosto 1942 n. 1150 che con la successiva modifica apportata dalla legge 21 dicembre 1955 n. 1357 al suo articolo 3 stabilisce che i comuni possono concedere delle licenze edilizie in deroga alle norme del regolamento edilizio e di attuazione al piano regolatore, previo ottenimento del nullaosta dell'allora Ministro dei lavori pubblici e sentito il relativo Consiglio superiore. Nei maggiori comuni, l'inserimento di un articolo nel regolamento edilizio che permettesse di derogare alle norme del regolamento stesso, o a quelle di attuazione del piano regolatore, mascherava non di rado atti di arbitrio, in quanto gli ampi poteri di deroga lasciavano ai comuni facoltà molto ampie a fronte di criteri vaghi e generici, come poteva essere il pubblico interesse.

Al tal riguardo, il Consiglio di Stato e la Magistratura ordinaria italiana chiamati ad esprimersi sulle controversie, hanno chiarito che l'ammissibilità delle deroghe è lecita fintanto che non sia contraria al codice civile o ad altre leggi generali (Sez. V, 3 luglio 1954, n.710, *Foro it.*, Rep. 1954, voce *Piano regolatore*, n. 77). Il Consiglio di Stato aveva ritenuto illegittimi anche i provvedimenti di diniego della licenza di costruzione o di limitazione a costruire, proposti dalla commissione di edilizia, che non fossero previsti da legge o da regolamento (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 1953, n. 560, Rep. 1953, voce *cit.*, n. 48). Peraltro, il Consiglio di Stato in più occasioni si è ispirato al principio secondo cui la concessione della licenza e la potestà di recusarla rappresentano un vincolo all'esercizio della libera attività privata, che non devono estendersi oltre i limiti normativamente previsti (Cons. Stato, parere sez. II, 2 maggio 1950, n. 391, Roma 1951, II, 417).

In merito alla questione, l'autorevole dottrina non pone in dubbio la possibilità e la legittimità della deroga, tuttavia sottolinea che tale facoltà dovrebbe essere esercitata solo in ipotesi tassativamente prestabilite e ben precisate (G. VIGNOCCHI, *Note sull'autorizzazione a costruire rilasciata dalle autorità municipali*, in *Foro pad.*, 1952, III, 19). Secondo il giurista M. S. Giannini un regolamento, che è norma di carattere secondario e consiste nell'esplicazione di un potere discrezionale che ha l'effetto di restringere la discrezionalità dell'amministrazione, non dovrebbe riconoscere all'ente che si è

autolimitato la piena facoltà di derogare discrezionalmente alle norme regolamentari che si è autoimposto (M. S. GIANNINI, *il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, p. 109). Ad avviso dell'illustre magistrato O. Sepe, le norme contenute in un regolamento urbanistico non possono che tendere ad un pubblico interesse, compresa la norma derogatrice, pertanto, in presenza di un caso non esplicitamente ipotizzato, il rispetto del pubblico interesse comporta un necessario bilanciamento tra interesse essenziale e secondario; attribuendo così alla pubblica amministrazione un margine di libertà volto a meglio tutelare il pubblico interesse. In altri termini, secondo l'autore, l'amministrazione nell'autolimitarsi non lo ha fatto completamente, non si è spogliata di tutto il proprio potere discrezionale, ma se ne è riservata una parte nell'ambito di determinati presupposti. In tal senso, le deroghe anziché rappresentare delle eccezioni nei confronti delle restrizioni imposte dal regolamento, costituiscono ulteriori limitazioni dei diritti dei destinatari. Tant'è vero che se, in base alle disposizioni derogatrici, si permettesse all'ente di comportarsi in modo legittimamente difforme dal regolamento, si rischierebbe di inficiare l'efficacia giuridica dello stesso, e i cittadini difficilmente tenderebbero all'osservanza delle norme regolamentari. Diversamente, nell'ipotesi in cui i citati presupposti, rigorosamente definiti dall'autorità pubblica si verificassero, non si avrebbe alcuna lesione dell'interesse del privato (O. SEPE, *In tema di deroghe alle norme contenute nei regolamenti edilizi*, Estratto da *Il foro Italiano*, vol. LXXX – XI-XII, Roma, 1957, p. 3-13).

5. – Nella sentenza in nota il Giudice europeo chiarisce che in forza dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva VAS sono soggetti ad una valutazione ambientale sistematica i Piani e i programmi che «da un lato, sono elaborati per determinati settori e, dall'altro, definiscono il quadro di riferimento per l'autorizzazione futura dei progetti elencati negli allegati I e II della direttiva VIA» (cfr. sentenza del 17 giugno 2010, *Terre wallonne e Inter-Environnement Wallonie*, C-105/09 e C-110/09, punto 43). Optando per una interessante apertura interpretativa, e di certo non isolata, la Corte precisa che la nozione di «settore interessato» (punto 48) non si limita alla destinazione del suolo in senso stretto, bensì abbraccia necessariamente un ambito più ampio. Il PCU in questione, proprio per la sua natura e la sua formulazione (consentire deroghe alle prescrizioni urbanistiche relative alle costruzioni e alla gestione del territorio), secondo i giudici del Lussemburgo, confluirebbe ampiamente nel settore «della Pianificazione territoriale o della destinazione dei suoli», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera a) della direttiva VAS (punto 49).

A tal proposito, ad avviso di chi scrive, è ricca di spunti di riflessione la recente interpretazione che la Corte Costituzionale italiana, con sentenza n. 178/2013, ha offerto all'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva 2001/42/CE, recepita nel nostro ordinamento nell'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 152 del 2006, altrimenti conosciuto come Codice Ambientale. Il Giudice delle leggi in quell'occasione ha statuito che per la modifica di Piani e programmi che determinano l'uso di piccole aree a livello locale e per le modifiche minori dei Piani e dei programmi la verifica di assoggettabilità alla VAS deve avvenire in ogni caso e non nelle sole ipotesi previste, senza eccezione alcuna. Inoltre, l'autorevole Corte ha precisato che il piano va valutato non solo in relazione alla sensibilità ambientale dell'area, ma anche in ragione della complessità degli effetti cumulativi e sinergici che l'opera determina in relazione allo specifico contesto territoriale. Il Giudice delle leggi conclude la propria decisione affermando che anche un'opera di limitate dimensioni può, quindi, provocare un significativo impatto ambientale, a causa degli effetti cumulativi determinati dall'incidenza di altri fattori, già presenti nel territorio e che non si possono dettare soglie o parametri dimensionali o proporzionali relativi ad un'opera, poiché sarebbe incongruo creare un artificioso nesso fra le proporzioni dell'opera e l'opportunità di svolgere la valutazione ambientale, o la verifica di assoggettabilità, sul piano.

6. - La Corte del Lussemburgo e l'Avvocato generale, Juliane Kokott, ribadendo quanto già statuito nella sentenza *D'Oultremont* del 2016 e nella recente Causa C-671/16, statuiscono che la nozione di Piani e programmi deve riferirsi ad ogni atto che «fissi, definendo norme e procedure di controllo applicabili al settore interessato, un insieme significativo di criteri e di modalità per l'autorizzazione e l'attuazione di uno o più progetti idonei ad avere un impatto notevole sull'ambiente» (punto 54, e a., C-290/15, EU:C:2016:816, punto 49). Inoltre, riaffermano che la nozione di «insieme significativo di criteri e di modalità» dev'essere intesa in maniera «qualitativa e non quantitativa» (punto 55), optando così, per un'importante apertura pro-ambiente. Pertanto, nonostante l'atto in questione non contenga e non possa contenere prescrizioni positive, ma essendo lo stesso capace di modificare il quadro giuridico stabilito dai Piani settoriali e locali, e celando quindi possibili strategie di elusione degli obblighi enunciati dalla direttiva VAS, ad avviso della Corte, deve poter ricevere la medesima qualifica ed essere sottoposto al medesimo regime giuridico dei Piani e programmi ai sensi della direttiva in oggetto.

7. - In riferimento a quanto statuito dai giudici europei è necessario osservare che lo Stato italiano non è provvisto di uno strumento di pianificazione paragonabile al PCU ma le affinità tra quest'ultimo e il *Masterplan* urbano sono molte. A tal riguardo, non sorprenderà sapere che, in un contesto nazionale profondamente colpito dal fallimento degli strumenti tradizionali di pianificazione, emerge sempre più con forza l'esigenza di strumenti di controllo maggiormente flessibili, i quali troppo spesso sono guidati da azioni individuali, mosse da esigenze prettamente di mercato, gestite da capitali privati (M. GILBERTI (a cura di), *Masterplan. La trasformazione di una parte di città*, Alinea, Firenze, 2008, p. 267).

Ciò non toglie che il *Masterplan* resta uno strumento di pianificazione volontario, ampiamente utilizzato dai comuni e fondato sulla negoziazione delle parti ma ad oggi non ancora normato nell'ordinamento interno. Infatti, la difficoltà dei poteri pubblici di rispondere alle esigenze sempre più complesse delle città, hanno indotto i pubblici operatori ad optare per nuove strategie impostate su logiche manageriali innovative. In tale contesto, il *Masterplan* si colloca come strumento operativo e di controllo tra i tradizionali Piani regolatori generali e i progetti di trasformazione urbana (M. GILBERTI, *op. cit.*, 2008, p. 270 ss.).

Sul punto giova sapere che in relazione alla pianificazione urbanistica sia la dottrina che la giurisprudenza in più occasioni si sono posti il problema se questa possa regolamentare, nonché limitare, l'attività economica sancita dall'art. 41 Cost. Su tale questione spinosa, il Consiglio di Stato ha puntualizzato che le prescrizioni dei Piani regolatori possono avere portata limitativa solo per quanto concerne l'esercizio delle facoltà dominicali e pertanto non possono incidere sull'esercizio dell'iniziativa economica privata (Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 1992, n. 201). Tale orientamento è determinato dal fatto che la pianificazione urbanistica si distingue dalla pianificazione economica poiché l'oggetto del piano è il territorio, o più precisamente, gli immobili siti in una determinata zona, cosicché, i vincoli posti da questo incidono sulla proprietà e non sull'iniziativa dell'imprenditore. Ad avviso di chi scrive, è doveroso rilevare che un tale orientamento non può che porre ulteriori accenti sulle delicate e complesse vicende che coinvolgono la discrezionalità amministrativa in relazione ai valori ambientali e la complessa attività di governo del territorio.

8. - Ritornando alla sentenza in commento, la Corte di Giustizia nel risolvere la questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato Belga ha preventivamente valutato se l'atto oggetto della controversia presentasse i requisiti cumulativi sanciti dall'articolo 2, lettera a) direttiva 2001/42/CE, il quale include nella nozione di Piani e programmi «tutti quegli atti elaborati e/o adottati da un'autorità a livello nazionale, regionale o locale oppure predisposti da un'autorità per essere approvati, mediante una

procedura legislativa, dal parlamento o dal governo e, dall'altro, che siano previsti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative». Come risulta dalle osservazioni del giudice del rinvio, il decreto contestato è stato adottato da un'autorità regionale e, come precisato dalla stessa Corte, è ampiamente soddisfatta l'ulteriore disposizione secondo cui i Piani debbono «essere previsti» da disposizioni normative, infatti, come constatato nei paragrafi precedenti, il PCU in causa vanta un intero articolo ad esso dedicato nel CVGTUPE.

9. - In riferimento a quanto appena osservato risulta doveroso valutare come la sentenza in epigrafe richiama inevitabilmente alcune questioni nodali dello Stato italiano riconducibili al nuovo titolo V della Costituzione (Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) e segnatamente, alla delicata materia dei rapporti tra Stato, regioni e sistema delle autonomie locali. Infatti, nel nuovo articolo 117, 3° comma, Cost., tra le altre materie di natura concorrente, compare anche il «Governo del territorio» (che ha sostituito la precedente nozione di «Urbanistica») il quale non si è esentato dal complesso e difficoltoso vortice di attribuzioni, di compiti e funzioni, proprie della materia ambientale. In linea generale, la riforma ha attribuito allo Stato il compito di fissare standard uniformi sul territorio nazionale, e alle regioni le funzioni ordinatrici dell'uso e delle trasformazioni del territorio (R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: una «storia infinita»*, in *Il Foro Italiano*, marzo 2003, I, 692, Roma).

Lodevole è l'intento del legislatore di attribuire alla nuova materia una portata più ampia al fine di restituire la potestà dell'urbanistica in capo alle regioni e ai comuni creando «un sistema di fonti plurali e articolato» (A. ROMANO TASSONE, *Modelli di pianificazione urbanistica e pluralità delle fonti del diritto*, cit. in *Atti*, 1999, p. 112 ss.). Anche se, nonostante gli sforzi delle autorità volti a rafforzare gli strumenti di coordinamento (l'Intesa e la Conferenza dei servizi), va osservato che la rinnovata autonomia normativa, statutaria e regolamentare, attribuita agli enti locali non ha esitato a far emergere i conflitti propri della materia, essendo questa caratterizzata da una fitta rete di interessi. A tal riguardo, gran parte dell'autorevole dottrina ha ipotizzato, come possibile soluzione, la composizione dei conflitti mediante i principi della «gerarchia dei Piani» e della «gerarchia degli interessi» (si pensi ad esempio ad un piano di settore che si sovrappone al piano urbanistico), al fine di porre un limite ai conflitti generati dall'attuale sistema dei cd. Piani «a cascata» (P. SANTINIELLO, *La pianificazione territoriale intermedia fra Piani urbanistici e Piani di settore*, Giufre', Milano, 2002, p. 153ss.). Sul tema è degno di nota l'intervento, se si vuole, «salvifico» della giurisprudenza, tanto di quella amministrativa che costituzionale: difatti, ove l'ultima si è impegnata all'enucleazione dei principi utili all'interpretazione della nuova norma costituzionale in relazione alla trasversalità della materia ambiente, la prima ha offerto il proprio contributo sui nodi problematici che discendono dai poteri discrezionali delle regioni e dei comuni i quali hanno determinato nell'ordinamento una sovraestimazione di Piani.

Le attuali linee di indirizzo in materia di urbanistica sono volte alla riduzione dei Piani urbanistici di area vasta, ritenuti rigidi e obsoleti, e la preferenza per strumenti di programmazione che diano attuazione ad interessi pubblici prevalenti. Sul tema, parte della dottrina ritiene che alcune delle ragioni che hanno contribuito a determinare la confusione tra Piani, risiede nell'oscillamento delle decisioni della Corte Costituzionale degli ultimi anni, la quale ha oscillato tra atteggiamenti più prudenti, in alcuni casi, e posizioni dichiaratamente più favorevoli all'autonomia locale in altri. La stessa, infatti, aveva statuito che in ambito di pianificazione territoriale l'autonomia comunale e la protezione degli interessi generali concorrenti, doveva armonizzarsi con una valutazione più ampia delle esigenze diffuse sul territorio, prevedendo l'eventuale possibilità di disposizioni legislative, statali o regionali, capaci di incidere su funzioni già assegnate agli enti locali, purché tali scelte fossero assoggettate al giudizio di ragionevolezza (v. R. BIN, *Piani territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2001, p. 114ss.).

Altra decisione presa dal Giudice delle leggi, che ad avviso di una parte minoritaria della dottrina è assai criticabile, è la lettura del principio di sussidiarietà in chiave prevalentemente efficientistica ove, si affermava che le leggi regionali non potessero mai comprimere l'autonomia comunale fino a negarla, in quanto presupposta dagli art. 5 e 128 Cost. (oggi abrogato dall'art. 9 L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3), anche se non è preclusa la possibilità per il legislatore regionale di individuare delle dimensioni di autonomia propria quando volte a garantire una maggiore efficienza, ad esempio, attraverso la gestione sovracomunale dei Piani (M. IMMORDINO, *Aree metropolitane e autonomia comunale: un difficile equilibrio*, in *Le Regioni*, 1998, p. 163; cfr. le sentt. 83 e 286/1997).

Ad accrescere la complessità sin qui delineata, è bene tenere presente che in Italia la VAS era già presente in leggi regionali prima dell'adozione del codice dell'ambiente e nonostante essa rientri nella competenza legislativa statale, parte della dottrina ha definito il suo valore "debole", non solo per la centralità assunta dalle leggi regionali, ma anche per le diverse prassi applicative (E. BOSCOLO, *La VAS nel piano e la VAS del piano: modelli alternativi di fronte al giudice amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, 1104ss. L'autore sostiene che il codice è intervenuto su un panorama caratterizzato dall'esistenza di una già consolidata disciplina regionale e pertanto «ha smarrito la propria unità concettuale prima ancora di essersi effettivamente radicato»). I Piani urbanistici, o più in generale, i Piani comunali di sviluppo, recupero e commercio, rappresentano quantitativamente il cuore della VAS praticata in Italia anche se, come evidenziato dall'ANCE nel Rapporto VAS del 2016, le criticità non sono poche; dovute soprattutto alla frammentazione delle modalità procedurali e alle questioni interpretative inerenti: le modifiche minori, le piccole aree a livello locale e i Piani attuativi di Piani già sottoposti a VAS. Le quali portano in auge le maggiori ambiguità relative alla normativa VAS (P. CHIRULLI, *La Valutazione Ambientale Strategica, a dieci anni dall'entrata in vigore del codice dell'ambiente*, 2016, p. 9, reperibile in www.aidambiente.it/s/Chirulli-Aidambiente.pdf)

10. - Sulla base di quanto sino ad ora illustrato è utile rilevare che il giudice del rinvio, della sentenza in epigrafe, ha considerato come ogni modifica del progetto, successiva all'adozione del PCU, resterebbe assoggettata alla normativa in materia ambientale nonché alla valutazione dell'impatto ambientale (VIA). A tal riguardo, la Corte, di concerto con le conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, ha affermato che ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2 della direttiva 2001/42/CE «la valutazione ambientale deve essere effettuata il più presto possibile, affinché i suoi risultati possano ancora incidere su eventuali decisioni poiché è proprio in questa fase che le diverse alternative possono essere analizzate e le scelte strategiche essere compiute» (punto 62). Inoltre, il Giudice europeo rammenta che sulla base di quanto disposto dall'articolo 11, paragrafo 2, della direttiva VAS, la valutazione ambientale effettuata ai sensi della stessa «lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva VIA» (punto 63). E aggiunge, che una valutazione dell'impatto ambientale effettuata a norma della direttiva VIA non può dispensare dall'obbligo di effettuare la valutazione ambientale prescritta dalla direttiva VAS. Conclude la Corte, che un decreto come quello di cui trattasi nel procedimento principale, il quale favorisce una modifica del quadro di riferimento, offrendo la possibilità di derogare senza limiti alle norme urbanistiche, anche se ha l'unico obiettivo di definire un'area geografica all'interno della quale potrà essere realizzato un progetto urbanistico di riqualificazione e sviluppo, rientra ampiamente nella nozione di Piani o programmi.

11. - Essendo la direttiva 2001/42/CE qualificabile come norma tecnica nel campo della tutela ambientale è significativo tentar di comprendere quali effetti essa può produrre nel momento in cui viene inserita, e interpretata, all'interno del sistema di produzione

del diritto nazionale. Alla luce del fatto che l'ambiente è una «materia trasversale» che si intreccia inevitabilmente con altri interessi non propriamente ambientali, è utile interrogarsi sulle possibili ricadute pratiche che la decisione della Corte del Lussemburgo può determinare nel nostro ordinamento. Infatti, anche se alla nozione di ambiente è stata attribuita l'onorevole valenza di «valore», questa incorre nel pericolo della relativizzazione nelle mani della giurisprudenza, in relazione all'interpretazione che essa potrà darne (Corte Cost. 407/02, C. SARTORETTI, *La tutela dell'ambiente dopo la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione: valore costituzionalmente protetto o materia in senso tecnico*, in *Giur. It.*, 2003, 417ss.)

È doveroso aggiungere che, benché nell'ordinamento italiano gli articoli 7, 9, e 10 della legge 241 del 1990 favoriscano un controllo e una partecipazione diffusa anticipata, rispetto alla disciplina generale di urbanistica: assicurando la partecipazione e l'intervento nel procedimento di formazione del piano «a qualunque soggetto a cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento», come già evidenziato in precedenza, sul piano sostanziale la pianificazione urbanistica incontra i limiti propri degli atti espressivi di potestà discrezionali (A. MILONE, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI, *Trattato di Diritto dell'Ambiente: i procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, S. Grassi e M. Sandulli (a cura di), Giuffrè, Milano, 2014, p. 170ss.).

12. – Volendo compiere una breve riflessione con approccio comparato è interessante osservare che le previsioni in materia di valutazione strategica di Piani, Programmi e Politiche sono state introdotte negli Stati uniti con il *National Environmental Policy Act* - NEPA nel 1969. Il quale ha portato le agenzie federali a introdurre nelle agende pubbliche la valutazione degli impatti ambientali delle attività capaci di influire sulla qualità dell'ambiente umano (*Strategic environmental assessment*). Tale strumento sorge dalla necessità di dare forma concreta ai principi di prevenzione e precauzione, i quali riflettono la necessità di una tutela preventiva e precauzionale nei confronti di azioni che possono avere un impatto sull'ambiente, configurandosi così, come rimedio capace di colmare le lacune lasciate dall' *Environmental Impact Assessment* (VIA).

A sua volta, la Comunità europea ha emanato la prima direttiva sulla valutazione ambientale delle politiche, dei Piani e dei programmi il 27 giugno 2001, nota come direttiva VAS, sulla base dei principi enunciati nell'art. 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. Inoltre, sempre a livello internazionale, il 21 marzo 2003, i paesi membri della *United Nations Economic Commission for Europe* - UNECE (Commissione Economica delle Nazioni Unite per l'Europa), al fine di consolidare tali obiettivi, hanno firmato il Protocollo sulla valutazione ambientale strategica in ambito transfrontaliero, meglio conosciuto come Protocollo di Kiev, volto a riaffermare la necessità di un'analisi *ex-ante* dei rischi presenti e futuri che una determinata azione può causare all'ambiente. Lo sforzo del legislatore con la direttiva VAS è quello di promuovere una risposta «ambientalmente sostenibile», il prima possibile, all'interno di un quadro strategico più ampio (F. ALVES CORREIA, *A Avaliação Ambiental de Planos e Programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no Direito do Urbanismo*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 449).

L'istituto della VAS è stato recepito nel nostro ordinamento con un ritardo che è costato allo Stato una procedura di infrazione da parte dell'Unione europea. L'art. 11 del d. lgs. n. 152/06 prevede che «la valutazione ambientale strategica è avviata dall'autorità procedente contestualmente al processo di formazione del piano o programma». La portata innovativa della VAS risiede nella valutazione ambientale, da parte dell'autorità procedente, contestualmente alla valutazione degli altri interessi coinvolti. Nello Stato italiano l'attuazione della VAS, anche se non formalmente attuativa delle previsioni della convenzione di Aarhus del 1998, ha introdotto forme di partecipazione del pubblico obbligatorie, volte a valutare le possibili ricadute ambientali

determinate dai Piani e programmi (E. BOSCOLO, *VAS e VIA riformate: limiti e potenzialità degli strumenti applicativi del principio di precauzione*, in *Urb. e Appalti*, 2008, p.541ss). Ciononostante, come emerge dai dati forniti dal Ministero in collaborazione con l'ISPRA, i Piani sottoposti a verifica di assoggettabilità che evolvono nella VAS sono veramente esigui, nel 2016 su 1274 verifiche di assoggettabilità effettuate solo 84 sono state assoggettate a VAS (cfr. Rapporto annuale 2017 del Ministero dell'Ambiente relativo alle procedure di VAS nel 2016, reperibile in *www.va.minambiente.it*, p.26). Come sostiene gran parte dell'autorevole dottrina la portata precauzionale di tale strumento è altamente minata dalle pratiche elusive determinate delle amministrazioni e ciò anche a causa dell'eccessivo ricorso alla tecnica dello *screening* c.d. «multiprescrizionato» (cfr. D. GRANARA, *Le tecniche elusive dei procedimenti di valutazione ambientale*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2014, 157 ss.).

Un contributo offerto dalla giurisprudenza nel nostro ordinamento riguarda le conseguenze relative all'accertamento di un vizio procedurale o dell'integrale omissione della VAS. Difatti, l'art. 11, co. 5, del codice dell'ambiente, prevede che la mancata effettuazione della valutazione dia luogo ad annullabilità per violazione di legge. Inoltre, alla luce della normativa sopravvenuta in materia di procedimento amministrativo, è esclusa l'ipotesi di silenzio assenso, ai sensi dell'art. 17-bis della l. n. 241/90. In ambito di VAS l'ordinamento italiano prevede che nel caso in cui il parere non venga emanato nei termini previsti dalla legge, esso non possa essere sostituito dal provvedimento tacito; in altri termini, la VAS si configura come un tipico provvedimento necessariamente espresso. La giurisprudenza ha altresì precisato che la mancata emissione del parere costituisce un'ipotesi di silenzio inadempimento, con possibilità di esperire ricorso dinanzi al giudice amministrativo (cfr. TAR Calabria, sez. I, sentenza n. 393/2016).

Le Corti del Lussemburgo hanno inoltre chiarito che la mancata attuazione della VAS può condurre all'annullamento del documento ma a tal riguardo, i giudici interni italiani, in taluni casi, si sono limitati a disporre obblighi di facere in luogo dell'annullamento, assicurando anche in tale ipotesi l'obbligo di realizzazione della VAS (v. Cons. Stato, sez. VI, n. 2755/2011, in cui un piano faunistico-venatorio è stato dichiarato illegittimo ma il Supremo Consesso, al fine di non privare il territorio di ogni regolamentazione e delle prescrizioni di tutela contenute nel piano approvato, ha deciso di non disporre l'annullamento, *ex tunc o ex nunc*, del piano ma ha previsto l'approvazione di un nuovo piano nel pieno rispetto della procedura di VAS).

13. - L'Italia non è l'unico Paese membro dell'Unione europea ad aver rilevato delle criticità nel recepimento della direttiva 2001/42/CE. Ad esempio, anche l'ordinamento giuridico portoghese ha recepito le direttive comunitarie, la 2001/42/CE e la direttiva 2003/35/CE (che ha meglio definito la prima), quasi 3 anni dopo la loro scadenza (prevista il 21 luglio 2004) attraverso il decreto legge n. 232/2007 del 15 giugno, come modificato dal d.l. n.58/2011 e da ultimo dal d.l. n.80/2015, noto come RAAE – *Regime De Avaliação Ambiental Estratégica*. Quest'ultimo al suo articolo 30, paragrafo 1, sancisce la necessità della valutazione ambientale dei «Piani, progetti, lavori e azioni che possono avere un impatto sull'ambiente, sul territorio e sulla qualità della vita dei cittadini» (C. ANTUNES, *Direito Público do Ambiente, Diagnose e Prognose da Tutela Processual da Paisagem*, Almedina, 2008., p.159). Lo strumento della VAS, in Portogallo, è stato integrato nel *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial* - RJIGT (Regime giuridico degli strumenti di gestione territoriale, istituito con d.l. n.380/99 e volto a disciplinare i Piani urbanistici) con il d.l. n. 316/2007, che ha così assoggettato a VAS i Piani settoriali, i Piani speciali di pianificazione territoriale, i Piani regionali di pianificazione del territorio (PROT), i Piani intercomunali (volti alla pianificazione e l'uso del suolo), e i Piani comunali.

Una peculiarità dei Piani municipali portoghesi è che il combinato disposto dell'art. 86, lett. c), RJIGT e l'art 98, co. 2, del *Código de Procedimento Administrativo*-CPA (Codice sul procedimento amministrativo, d.l. n° 442/91) rende la VAS obbligatoria solo per il *Plano Director Municipal*-PDM (Piano regolatore generale) mentre resta facoltativa per i Piani di urbanizzazione e i Piani particolareggiati (art. 74, co.5, RJIGT). Inoltre, ai sensi dell'art. 75, lett. a), RJIGT in sede di elaborazione dei PDM, il parere finale sulla VAS è obbligatorio ma non vincolante. Diversamente da quanto previsto per la VIA, in cui il parere sulla valutazione dell'impatto ambientale è vincolante e/o prescrittivo (Portogallo, art.17 e 20 d.l. 69/2000).

Parte della dottrina giustifica la natura non vincolante del parere sulla valutazione ambientale dei Piani urbanistici in relazione ai principi costituzionali dell'autonomia locale, della sussidiarietà e del decentramento amministrativo, poiché, ammettere il contrario significherebbe rimettere il potere decisorio finale sempre nelle mani dell'amministrazione centrale, ovvero, al ministero dell'ambiente, ai sensi dell'art. 18 del d.l. n. 69/2000, determinando così una lesione dei principi costituzionali sopra menzionati (C. VICENTE, *A Protecção Jurídica de Espaços Verdes Urbanos. No Quadro de um Desenvolvimento Sustentável*, in *RJUA*, n. 15/16, Almedina, Junho/Dezembro 2001, p. 119).

14. - E' possibile constatare che nei paesi in cui è stata adottata la valutazione ambientale strategica, la stessa, si è dimostrata uno strumento ampiamente flessibile. Difatti, la sua applicazione assume molte forme sia in termini di modelli istituzionali in cui opera che per il suo contenuto tecnico. Se con la sentenza in epigrafe la Corte di Giustizia ha ampliato la portata della nozione di Piani e programmi assoggettati a VAS, vincolando in tal modo gli Stati membri dell'Unione ad un maggior rispetto delle norme ambientali, è possibile osservare che in Paesi in via di sviluppo come il Brasile non esiste una definizione preliminare dei Piani e programmi da sottoporre all' *Avaliação ambiental estratégica* - AAE. Infatti, le norme si limitano a prevedere la sequenza di attività da eseguire nell'ambito delle decisioni strategiche e le tecniche e i metodi più appropriati per l'esecuzione di ciascuna delle fasi. La valutazione ambientale strategica in Brasile inizialmente si era ispirata alla valutazione d'impatto ambientale ma differisce da quest'ultima poiché, uno dei grandi risultati attesi è la possibilità influenzare la formulazione di Piani e programmi considerando tutte le variabili di sostenibilità (sociale, ambientale, economica, politica, culturale e territoriale). Proprio come consacrato all'interno dell'Unione europea con la direttiva 2001/42/CE. Ciononostante, è possibile affermare che l'esperienza pratica dell' AAE nello Stato federale è ancora molto incipiente e una prima definizione di valutazione ambientale strategica è stata offerta solo nel 2002 dal Ministero dell'Ambiente, attraverso il Segretariato della Qualità Ambientale, nel *Manual sobre Avaliação Ambiental Estratégica* (Ministério Meio Ambiente, *Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos*, 2002, Brasil, pp. 18-19, reperibile in www.mma.gov.br/informma/item/8726-secretaria-de-recursos-hídricos-e-ambiente-urbano). Prima di tale documento la AAE era stata regolamentata solo dallo Stato di San Paolo attraverso la Risoluzione CONSEMA n. 44 del 29 dicembre 1994, che istituiva la Commissione di valutazione ambientale strategica, sotto il Segretario di Stato dell'Ambiente, volta ad analizzare la variabile ambientale nelle politiche, nei Piani e nei programmi di governo di interesse pubblico (E. MILARÉ, *Direito do Ambiente*, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2007, p. 401-403). A livello federale era stato elaborato un progetto di legge (n. 2.072/2003) dal senatore Fernando Gabeira volto a modificare la legge n. 6938/81 sulla politica ambientale nazionale, il quale dopo 9 anni di rinvii, modifiche ed emendamenti è stato archiviato nel 2012.

Oggi giorno la valutazione ambientale strategica è di particolare rilievo nei paesi in via di sviluppo, in quanto capace di svolgere una indispensabile funzione di bilanciamento delle politiche economiche con quelle ambientali (cfr. K. AHMED e E.

SANCHEZ TRIANE, *Strategic Environmental Assessment for Policies. An instrument for Good Governance*, Washington, World Bank, 2008, reperibile in www.worldbank.org). Infatti, oltre a prevedere la tutela dell'ambiente, nel complesso sistema delle tutele differenziate, la funzione di pianificazione del territorio permette di operare una sintesi di tutti gli interessi, individuando il punto di equilibrio tra le finalità di tutela con quelle di sviluppo e di trasformazione (v. P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2006, p.24 ss).

Come osserva l'autrice M. Partidario i modelli di utilizzo della VAS hanno seguito due scuole di orientamento fondamentali, la prima basata sul razionalismo deterministico e la seconda sulla visione strategica della pianificazione. Il primo modello è caratterizzato da un approccio *top-down* che utilizza un metodo strategico, il quale permette ai procedimenti di valenza ambientale di integrarsi più facilmente nei processi decisionali. Il secondo tipo, noto come modello *bottom-up*, utilizza l'esperienza della valutazione dell'impatto ambientale dei singoli progetti, generalizzandola nella valutazione ai livelli superiori nella gerarchia della pianificazione (M. R. PARTIDARIO, *Strategic environmental assessment: Key issues emerging from recent practice*, nov.2006, p.37, reperibile in <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.455.3012&rep=rep1&type=pdf>).

Secondo la legislazione brasiliana in vigore, per tutti i tipi di valutazione d'impatto ambientale spetta al CONAMA (Consiglio nazionale del mezzo ambientale) stabilire i criteri richiesti per gli studi di impatto ambientale, nonché la definizione dei criteri utili all'individuazione dei «potenziali effetti negativi» ai sensi della risoluzione CONAMA 01/86, in combinato disposto con la norma costituzionale inserita all'art. 225 CF/88 e con il decreto 99.274/1990. Eppure, ad oggi, non esiste una definizione normativa sugli "effetti negativi", col risultato di una sovrapproduzione di documentazione e di studi ambientali poco precisi e dai quali si denota la fragilità concettuale di tale strategia (A. L. MIRRA, *Impacto Ambiental. Aspectos da legislação brasileira*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2008, p. 40-43).

La valutazione ambientale strategica è uno strumento di politica ambientale presentato sotto forma di procedimento a più fasi, che mira ad assistere i responsabili decisionali nella formulazione, analisi e attuazione di Piani, politiche o programmi e in Brasile la dottrina ha identificato otto fasi per tale processo. Alcune valutazioni ambientali strategiche, atte a comprendere gli impatti sinergici e cumulativi, sono state svolte per il progetto del gasdotto Bolivia-Brasile (su richiesta della Banca mondiale), per il programma della linea di autobus della città di San Paolo, che ha valutato in modo integrato diversi progetti di linee di trasporto collettivo, e anche sui progetti di generazione di energia idroelettrica nei bacini idrografici di Tocantins e Chopin. Alcune ricerche condotte su tali valutazioni strategiche hanno evidenziato che il modello di sviluppo sostenibile adottato non è ancora sufficiente a raggiungere lo scopo, in quanto pare prestare maggiore attenzione alle questioni di integrazione regionale ed economica che alla sostenibilità socio-ambientale. Una delle possibili soluzioni, affinché la pubblica amministrazione possa rendere la valutazione ambientale strategica uno strumento efficace per la sostenibilità socio-ambientale brasiliana, è una necessaria maggior apertura verso la partecipazione pubblica (M. CHAUI, *Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas*, Cortez, São Paulo, 2007, p. 286). L'assenza di un'effettiva partecipazione pubblica è rilevata dalle diverse controversie sollevate d'innanzi al potere giudiziario, di cui la stragrande maggioranza è ancora oggi in attesa di giudizio. Un esempio di quanto su esposto è la costruzione delle centrali idroelettriche del fiume Madeira, denunciata all'*American Latin Water Tribunal*- TLA, per la violazione dei diritti delle popolazioni indigene che vivono nell'area di impatto dei mulini. Dopo il processo, l'11 e il 12 settembre 2008, la corte ha censurato il governo brasiliano e ha raccomandato la sospensione delle licenze di installazione degli impianti, concessa dall'Istituto Brasiliano per l'Ambiente e le Risorse Naturali Rinnovabili - IBAMA. (v. *Relazione Audiência Pública em Antigua, Guatemala*, reperibile in www.riomadeiravivo.org).

Nell'ordinamento federale brasiliano dal punto di vista del potere pubblico vi è una chiara convergenza di interessi tra il governo federale e l'iniziativa privata, infatti, il ramo esecutivo federale ha interferito direttamente nel processo di rilascio delle licenze ambientali, attraverso la PEC 65/2012, facendo pressione sul Ministero dell'ambiente e sull'IBAMA. L'obiettivo della PEC è quello di velocizzare il Programma di Accelerazione e Crescita del Paese indebolendo le licenze ambientali e impedendo la sospensione dei lavori ad alto impatto ambientale (P. BURIAN, *Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento de licenciamento para hidrelétricas. O caso das bacias do rio Chopim no Paraná*, reperibile in www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT06/paulo_burian.pdf). A tal ragione, l'autore M. Chaui sostiene che la pubblica amministrazione dovrebbe assumere un rinnovato ruolo più politico anziché tecnico e passare dalla politica «dell'amministrazione tecnica degli uomini e delle cose» alla politica «come un governo degli uomini mediato dalla gestione delle cose», poiché le decisioni amministrative prese sulla base di analisi strettamente tecniche spesso impediscono l'intervento dei cittadini nelle questioni dello Stato (M. CHAUI, *Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas*, Cortez, São Paulo, 2007, p. 284).

15. - Se nei paesi in via di sviluppo la sostenibilità ambientale appare un traguardo ancora distante, è possibile notare che in altri Paesi la VAS ha assunto connotazioni decisamente più specifiche e concrete. Ad esempio, nei Paesi Bassi la valutazione delle politiche avviene attraverso una procedura basata su una lista di criteri di sostenibilità (*Environmental Test – E-test*). Negli Stati Uniti per la valutazione di gruppi di progetti riferiti alla stessa area geografica è stata istituita la *Programmatic Environmental Assessment*. L'Agenzia finanziaria internazionale olandese, invece, valuta i Piani e programmi attraverso una procedura partecipativa per la quale ha istituito la *Strategic Environmental Analysis*, ed anche la Banca Mondiale per valutare le implicazioni ambientali e sociali delle proposte di sviluppo multisettoriale, a livello regionale in una data area geografica e in un determinato periodo, si serve della *Regional Environmental Assessment* (B. SADLER e R. VERHEEM, *Strategic Environmental Assessment: Status, Challenges and Future Directions. Ministry of Housing, Spatial Planning and the Environment of the Netherlands*, in *The Hague*, 1996, p. 27).

La Corte EDU sulla libertà di espressione in Turchia: tra stato di emergenza ed effettività delle pronunce giurisdizionali interne

di Chiara Graziani

Title: The ECtHR on freedom of expression in Turkey: between state of emergency and effectiveness of domestic courts' decisions

Keywords: Turkey; Freedom of expression; National security.

1. – Il 20 marzo 2018, la Sezione II della Corte europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo, Corte EDU o Corte di Strasburgo) si è pronunciata sul caso *Mehmet Hasan Altan c. Turchia* (ric. n. 13237/2017). La sentenza si iscrive nel filone giurisprudenziale della Corte EDU relativo alla libertà di espressione dei giornalisti e, più in generale, di quelle figure che, in contesti politici non “maturi” dal punto di vista dello sviluppo della democrazia, intervengono nel dibattito pubblico. Si tenga a mente, poi, la turbolenza delle dinamiche che, negli ultimi tempi, ma anche in momenti precedenti, hanno caratterizzato la Turchia (per una ricognizione degli avvenimenti storici e del loro impatto sul diritto costituzionale turco, si rinvia a M. Carducci, B. Bernardini D'Arnesano, *Turchia*, Bologna, 2008). È importante fin d'ora sottolineare che la pronuncia che si commenta non ha ancora carattere definitivo; anzi, la questione è stata rimessa alla Grande Camera, la quale, però, non si è ancora pronunciata. Benché la presunta lesione della propria libertà di espressione non risulti essere l'unica censura presentata dal ricorrente – né l'unica violazione riscontrata dalla Corte – questo breve commento intende soffermarsi in misura preponderante su tale punto, per quanto non mancheranno cenni agli altri aspetti della controversia, essenziali, peraltro, ai fini di una corretta ricostruzione del versante fattuale, nonché di una comprensione olistica del ragionamento giuridico sviluppato dalla II Sezione.

Ed è proprio da una sintetica, ma quanto più possibile completa ricognizione degli eventi che il Paragrafo 2 del presente contributo prende le mosse. Nel tentativo di discostarsi da un approccio meramente ricognitivo di quanto accaduto nel caso concreto che si va a commentare, si tenterà in tale sede di contestualizzare gli avvenimenti, non solo nello scenario politico in cui essi si sono verificati, ma anche tenendo conto, in ottica prospettica, degli sviluppi che si sono avuti, a livello politico e giuridico, nei mesi successivi al compiersi della vicenda sulla quale la Corte di Strasburgo si è recentemente pronunciata. Successivamente, il Paragrafo 3 ripercorre il *decisum* della Corte, focalizzandosi in modo prevalente sull'approccio che essa ha fatto proprio rispetto alla denunciata violazione della libertà di espressione. A seguire, nel Paragrafo 4 si esaminerà criticamente la decisione della Corte di Strasburgo, anche alla luce della precedente giurisprudenza in tema di limiti alla libertà di espressione, soprattutto quelli

derivanti dalla necessità di salvaguardare la sicurezza nazionale o, più in generale, di preservare l'assetto democratico da eventuali rischi derivanti da manifestazioni di opinioni potenzialmente idonee a condurre a conseguenze violente. Non mancheranno, in tale sede, riferimenti agli *standards* di tutela della libertà di espressione adottati da altre corti la cui giurisprudenza rileva nel panorama comparato, al fine di confrontarli con quelli su cui la Corte EDU tende a fare perno. Seguiranno alcune riflessioni conclusive, volte a far emergere potenziali evoluzioni della giurisprudenza di Strasburgo, nonché il modo in cui una situazione politica complessa, quale quella recentemente osservabile in Turchia, possa influenzare la concreta applicazione delle garanzie convenzionali.

2. – Il ricorrente, Mehmet Hasan Altan, di nazionalità turca, svolge la professione di giornalista, oltre a diversi incarichi di docenza in materie economiche nell'ambito di università, sia del suo paese sia estere. Altan, già conosciuto per le sue idee non favorevoli alla politica governativa, durante una trasmissione televisiva da lui stesso condotta – e in onda il 14 luglio 2016 – pronuncia alcune affermazioni che gli costano un lungo periodo di detenzione cautelare. A giudizio della pubblica accusa, le contestate osservazioni inciterebbero, per il linguaggio e i toni assunti, ad un colpo di Stato, o comunque ad azioni violente, potenzialmente in grado di sovvertire l'ordine costituzionale. Per una corretta valutazione e riflessione sull'effettiva idoneità del discorso pronunciato a sfociare nella commissione di azioni del genere (o, perlomeno, in un serio rischio in merito), il riferimento testuale a quanto detto risulta essere essenziale. Invero, una traduzione inglese ufficiale dal turco delle parole del ricorrente è rintracciabile unicamente nella sentenza in commento, la quale, al par. 3, così le riporta: «[w]ithin the State of the Republic of Turkey, there is probably another structure, whose components outside Turkey are closely observing and documenting all these events. It is not clear exactly when [it] will pull its hand out of the bag or how [it] will do so».

Solo il giorno dopo, il 15 luglio 2016, si verifica il tentativo di colpo di Stato (su cui v. V.R. Scotti, *‘Vogliamo i colonnelli’?: riflessioni preliminari sul fallito colpo di stato in Turchia e sull'evoluzione del ruolo dei militari nell'ordinamento costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016), notoriamente alla ribalta dei commenti dei *media*, contro il governo turco e contro il Presidente, Recep Tayyip Erdoğan. Il tentativo di *golpe* viene attribuito ad un'organizzazione – FETÖ/PDY, definita dal governo come “terroristica” – facente capo a Fetullah Gülen, precedentemente sulle stesse linee politiche e religiose di Erdoğan, ma poi fattosi promotore di una visione più liberale dell'Islam, diversa rispetto a quella fortemente conservatrice proposta dall'attuale Presidente della Turchia. Proprio in quanto sospetto membro di FETÖ/PDY, che avrebbe, a sostegno di tale organizzazione, incitato alla ribellione nei confronti del governo in carica, il ricorrente viene arrestato e sottoposto a detenzione cautelare. Dopo diversi giorni, il pubblico ministero formula l'accusa nei suoi confronti, addebitandogli una molteplicità di reati, tutti afferenti al sostegno all'organizzazione terroristica in questione.

Qualche giorno dopo, il 20 luglio 2016, viene dichiarato lo Stato di emergenza ai sensi dell'art. 120 della Costituzione turca. Quanto al profilo delle interrelazioni fra la dichiarazione dello stato di emergenza interno e i rapporti con il Consiglio d'Europa, si ricorda che gli Stati membri di quest'ultimo sono tenuti, *ex art.* 15 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (nel prosieguo, CEDU), a notificare al Segretario generale del Consiglio d'Europa i casi in cui, per fronteggiare una minaccia che metta in pericolo la «vita della nazione», si vedano costretti a derogare ad alcune garanzie – salvo quelle espressamente definite come assolutamente inderogabili – poste dalla CEDU. Tale notifica da parte della Turchia avviene, effettivamente, il 21 luglio 2016, con una comunicazione ufficiale da parte del Rappresentante permanente per la Turchia presso il Consiglio d'Europa, la

quale tuttavia non contiene alcuna indicazione specifica circa le disposizioni rispetto alle quali la Turchia si trova a dover derogare.

Il ricorrente, nel frattempo, presenta un ricorso individuale presso la Corte costituzionale turca. Si rammenta infatti che, a partire dal 2010, nel sistema di giustizia costituzionale turco, è previsto (v. art. 148 della Cost. turca) un ricorso diretto, sui modelli tedesco e spagnolo (sull'argomento, V.R. Scotti, *Il costituzionalismo in Turchia fra identità nazionale e circolazione dei modelli*, Rimini, 2014, 132). In tale sede, il ricorrente lamenta la violazione del proprio diritto alla libertà e sicurezza, a causa della prolungata detenzione cautelare senza la formulazione – se non in un momento successivo – di una precisa accusa combinata alla mancanza della pronuncia di un giudice sulla legittimità della propria detenzione. Inoltre, adduce la violazione della propria libertà di espressione in merito alle affermazioni che gli vengono contestate. Rileva, da ultimo, che le condizioni di detenzione sono assimilabili a trattamenti inumani e degradanti. La decisione della Corte costituzionale del 18 gennaio 2018 (n. 2016/23672) riscontra effettivamente la violazione della libertà di espressione e di stampa, nonché di alcuni profili del diritto alla libertà e sicurezza. In particolare, sul punto relativo alla libertà di espressione, i giudici motivano rilevando che le affermazioni del ricorrente rientrano nel suo diritto di esprimere la propria opinione e limitare la loro esternazione non costituisce una misura proporzionata, nell'ambito di una società democratica, al fine di tutelare la sicurezza nazionale.

Nel frattempo, la competente corte penale turca, adita dal ricorrente affinché dichiarasse l'illegalità della misura cautelare, anche alla luce dell'intervenuta sentenza della Corte costituzionale, si rifiuta di agire in questo senso, adducendo motivazioni meramente procedurali (in particolare, la mancata notifica della sentenza della Corte costituzionale presso la cancelleria della Corte d'assise investita del giudizio), che impedirebbero di dare attuazione alla decisione. La vicenda arriva, dunque, alla Corte di Strasburgo, dinanzi la quale vengono denunciate violazioni degli artt. 5 (diritto alla libertà e sicurezza, sotto i differenti profili dei suoi diversi commi) e 10 (libertà di espressione), 18 (limiti all'applicazione delle restrizioni dei diritti), quest'ultimo in combinato disposto con gli artt. 5 e 10 CEDU. Inoltre, viene contestata la legittimità sostanziale della deroga notificata *ex art.* 15 CEDU.

Si noti che, come si è accennato, la vicenda del ricorrente si svolge in costanza dello stato di emergenza in Turchia, che, dichiarato nel luglio 2016, verrà poi sistematicamente rinnovato con cadenza periodica (sulle violazioni dei diritti umani perpetrate durante tale periodo, si veda United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, *Report on the impact of the state of emergency on human rights in Turkey, including an update on the South-East, January-December 2017*, March 2018, reperibile online all'indirizzo www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22853). Tuttavia, nel luglio 2018, quindi dopo circa due anni dalla prima dichiarazione, lo Stato di emergenza giunge a termine, non essendo rinnovato dopo essere arrivato a scadenza il 18 luglio 2018. Si osserva che la fine dello stato di emergenza è stato un punto chiave portato avanti da Erdoğan nell'ambito dell'ultima campagna elettorale, che lo porterà ad essere riconfermato al primo turno. Risulta chiaro, però, come tale mossa abbia una valenza più formale che effettiva, per due principali ordini di ragioni. Da un lato, pochi giorni dopo la cessazione dello stato di emergenza, il Parlamento turco approva una nuova legge antiterrorismo che, in concreto, traspone nel diritto ordinario le misure prima applicabili solamente in costanza dello stato di emergenza, decretandone una sostanziale normalizzazione (con riferimento al superamento dell'alternativa “normalità-eccezione”, ma in relazioni a ordinamenti giuridici occidentali a tradizione liberale, si veda G. de Vergottini, *Guerra e costituzione*, Bologna, 2009, 203). Dall'altro, bisogna calare quanto avvenuto nel contesto della recente riforma costituzionale, che segna una chiara svolta nel senso di un rafforzamento dei poteri del Presidente (v. sull'argomento T. Groppi, *Turchia 2017: l'attacco allo stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1/2017).

3. – Nel caso che si commenta, la Corte EDU, disponendo la trattazione prioritaria del ricorso, rileva la violazione dell'art. 5, co. 1, e dell'art. 10 CEDU, ma non prima di aver esaminato la legittimità della deroga disposta dalla Turchia *ex* art. 15 CEDU. A tale proposito, i giudici di Strasburgo dichiarano la deroga valida, nonostante questa presenti alcuni caratteri peculiari. In particolare, come si è già accennato, non vengono indicate, nella comunicazione presentata al Segretario generale del Consiglio d'Europa, le disposizioni della CEDU rispetto alle quali la deroga opera. Invero, l'art. 15 CEDU, nel disporre che lo Stato che eserciti la deroga «tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate», non richiede esplicitamente che siano indicati gli articoli rispetto ai quali la deroga avviene, ma rimarca solamente che quest'ultima non può essere autorizzata rispetto all'articolo 2 (salvo caso di guerra), agli artt. 3, 4, co. 1 e 7. Tuttavia, risulta prassi di molti degli Stati che, fino a questo momento, si sono avvalsi della deroga, indicare a quali disposizioni della Convenzione essa si riferiva (v., ad esempio, la deroga del Regno Unito, dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, rispetto all'art. 5 CEDU. Sul tema, A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, 538 ss. Non indica, invece, le disposizioni coinvolte la deroga richiesta dalla Francia dopo l'instaurazione dell'*état d'urgence* a seguito degli attentati terroristici del novembre 2015). La Corte, tuttavia, si limita qui a rilevare il punto, sottolineando che, dal momento che nessuna delle parti ha lamentato il mancato rispetto dei requisiti formali della deroga, questi ultimi vanno considerati soddisfatti. Dal punto di vista sostanziale, la Corte sottolinea, richiamando la propria consolidata giurisprudenza (si vedano, per tutte, le decisioni *Aksoy c. Turchia*, sent. 18.12.1996, ric. n. 21987/93 e *A. et al. c. Regno Unito*, sent. 19.2.2009, ric. n. 3455/05), come le autorità nazionali dispongano di un ampio margine di apprezzamento – che non deve però sconfinare in una discrezionalità illimitata – nella valutazione di ciò che effettivamente costituisce il «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» che l'art. 15 CEDU pone tra i requisiti per la legittimità della deroga (per una disquisizione sul concetto di “margine di apprezzamento” nell'ambito di contesti emergenziali, si rinvia a O. Gross, F. Ní Aoláin, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Margin of Application Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in 23 *Human Rights Quarterly* 625 (2001)). Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo osserva che la Corte costituzionale turca, nel pronunciarsi sul caso, ha rilevato che il tentato colpo di Stato ha posto in serio pericolo l'ordine democratico. Pertanto, il requisito sostanziale risulta soddisfatto.

Passando al piano delle violazioni della Convenzione riscontrate, si è detto volersi concentrare sui passaggi relativi all'art. 10 CEDU. Tuttavia, non si può prescindere dal rilevare come, nonostante le numerose censure presentate in relazione ai diversi commi dell'art. 5, l'unica accolta è quella avente come parametro il primo comma del suddetto articolo, nello specifico alla lett. c). Infatti, la detenzione cautelare del ricorrente viene ritenuta arbitraria, in quanto i giudici di Strasburgo non considerano soddisfatto lo *standard* del “ragionevole sospetto” riguardo alla sua colpevolezza. Vengono rigettate, invece, le doglianze tramite le quali il ricorrente adduce la violazione dell'art. 5, co. 4, a causa della mancanza di accesso alle prove e della tardività della decisione della Corte costituzionale. Infatti, da un lato, la Corte di Strasburgo ritiene che la persona coinvolta abbia avuto accesso sufficiente, sebbene non completo, al fascicolo d'indagine; dall'altro lato, la pronuncia della Corte costituzionale, pervenuta dopo quattordici mesi e tre giorni dal ricorso, viene considerata resa in tempi non eccessivamente lunghi, perlomeno alla luce delle circostanze – emergenziali e di forte turbolenza politica – di fatto. Stessa conclusione viene raggiunta dalla Corte, poi, quanto all'asserita violazione dell'art. 5, co. 5, CEDU, sotto il profilo dell'insufficienza del risarcimento concesso per la detenzione arbitraria, a seguito dalla decisione della Corte costituzionale turca. I giudici argomentano, infatti, che, sebbene la somma di denaro ricevuta risulta essere più bassa

di quanto la stessa Corte di Strasburgo avrebbe determinato in circostanze simili, non appare essere manifestamente sproporzionata.

Spostando l'attenzione verso la tematica su cui si è detto volersi soffermare principalmente, ossia la violazione della libertà di espressione del ricorrente, va detto che, nel riscontrare tale lesione, la Corte EDU sottolinea preliminarmente una problematica generale, esistente in Turchia, circa l'interpretazione particolarmente estensiva della legislazione antiterrorismo, la quale viene spesso impiegata per reprimere il legittimo dissenso politico nei confronti del governo in carica. Tale questione viene rimarcata anche dallo *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite per la protezione e promozione della libertà di espressione, il quale presenta alcune osservazioni per iscritto – insieme ad altri rappresentanti della società civile e, in particolare, ad associazioni per la tutela dei diritti dei giornalisti – nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte EDU, soffermandosi dettagliatamente su ciascuno dei punti oggetto del contendere. Successivamente, la Corte entra nel merito, applicando l'usuale *test* tripartito, prescritto dal secondo comma dell'art. 10, per valutare la legittimità convenzionale delle interferenze con la libertà di espressione, tutelata dal primo comma dello stesso articolo. Secondo questo schema, in primo luogo, si deve verificare se le limitazioni siano «previste dalla legge». Questo requisito, stando alla granitica giurisprudenza della Corte EDU (v., *ex multis*, *Müller et al. c. Svizzera*, sent. 24.5.1988, ric. n. 10737/84) non si deve ritenere soddisfatto semplicemente nella misura in cui la possibilità di sottoporre a condizionamenti la libertà di espressione sia rinvenibile in una norma di diritto interno. Al contrario, la Corte ha elaborato precisi *standards* di qualità della legge in questione, specificamente sotto il profilo dell'accessibilità, nonché della chiarezza e precisione del *drafting* delle relative disposizioni, principalmente con finalità di chiarezza e prevedibilità circa l'applicazione di tali limitazioni, che risultano, in ultima analisi, funzionali al rispetto dei principi dello Stato di diritto. In secondo luogo, le restrizioni devono costituire «misure necessarie» nell'ambito di una «società democratica». Da ultimo, le limitazioni in parola devono risultare funzionali al perseguimento di taluni scopi, che rappresentano, invero, una serie di interessi e valori con i quali la libertà di espressione risulta, secondo la CEDU, bilanciabile. Tra questi ultimi, rientra la sicurezza nazionale. Gli ultimi due passaggi del *test* rispecchiano indubbiamente una valutazione di proporzionalità, in quanto tramite essi la Corte va a verificare che le limitazioni poste in essere non sconfinino oltre quanto necessario per la salvaguardia degli interessi rilevanti. Nel caso di specie, liquidati in maniera piuttosto rapida i primi due passaggi del *test* – rilevando che l'interferenza è prevista dalla legge e finalizzata a tutelare interessi rilevanti, quali la sicurezza nazionale e la prevenzione del crimine – la Corte EDU si sofferma ampiamente sul requisito della necessità. Fino a che punto il mezzo è proporzionato rispetto al fine (che, si è detto, risulta legittimo e meritevole di tutela) nell'ambito di una «società democratica»? Seguendo il *reasoning* della decisione della Corte costituzionale turca (v. *infra* sui rapporti fra le due decisioni), la Corte EDU afferma che, mancando qualsiasi «ragionevole sospetto» circa la portata criminale concreta delle affermazioni del ricorrente, risulta carente la proporzionalità tra le misure prese contro di lui e il perseguimento di pur legittime finalità securitarie. Infatti, secondo i giudici di Strasburgo, una data manifestazione del pensiero va repressa solo qualora inciti chiaramente alla commissione di azioni violente, giustifichi azioni terroristiche alla luce del convincimento che i relativi obiettivi debbano essere perseguiti e possa essere interpretata come recante una buona probabilità di promuovere la violenza instillando odio nei confronti di una specifica categoria di individui. In caso contrario, tale esternazione deve essere considerata espressione delle proprie opinioni – politiche, anche estreme – rientrando nella tutela offerta dall'art. 10, co. 1 CEDU e reprimerla significherebbe dare luogo ad un fenomeno di *chilling effect*. Quest'ultimo, ampiamente studiato dalla dottrina che si è occupata della libertà di espressione e dei suoi limiti (v., *ex plurimis*, F. Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"*, in 58 *Boston University Law Review* 685 (1978)), consiste nell'effetto

inibitorio operante a svantaggio di esternazioni legittime e potenzialmente utili per il dibattito pubblico, a fronte di normative e/o approcci giurisprudenziali troppo repressivi nei confronti della libera manifestazione del pensiero. Dietro questo approccio si cela la teoria (sulla quale v. *amplius infra*) secondo la quale la libera manifestazione delle proprie idee risulta essenziale per il compiuto sviluppo della democrazia, che non può dirsi “completa” senza il confronto di tutti i pensieri e le più varie, finanche estreme, opinioni. Né, sottolinea la Corte, si deve utilizzare la condizione emergenziale nella quale la Turchia versa al momento dei fatti quale pretesto per limitare la libertà di espressione in modo maggiore di quanto necessario.

A conclusione della ricostruzione del *reasoning* della Corte, occorre segnalare l'opinione parzialmente dissenziente del giudice (turco) Ergül, il quale ritiene l'interferenza con la libertà di espressione giustificata alla luce della situazione politica e al rischio che i *media* agiscano in funzione manipolativa dell'opinione pubblica (v. *amplius* su questa *dissenting opinion* D. Voorhof, *Mehmet Asan Altan v. Turkey and Şahin Alpay v. Turkey*, IRIS 2018-5:1/2, reperibile online all'indirizzo merlin.obs.coe.int/iris/2018/5/article2.en.html).

4. – La sentenza in commento offre un'utile occasione di riflessione in riferimento sia al bilanciamento tra libertà di espressione e sicurezza nazionale sia all'impatto, sul piano sovranazionale, delle pronunce giurisdizionali interne. Da un lato, infatti, contiene rilevanti indicazioni sullo *standard* adottato dalla Corte EDU in riferimento alle limitazioni della libertà di espressione con finalità di tutela di interessi quali l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale e la prevenzione del crimine. Vengono evidenziati qui i profili di connessione tra la violazione del *free speech* e l'arbitrarietà della detenzione, i rapporti con lo stato di emergenza, la soglia di punibilità del discorso “estremo” e la sua relazione con il c.d. *hate speech*. Tuttavia, si deve tenere in considerazione che la Corte di Strasburgo si esprime sul contesto turco, non qualificabile come democrazia c.d. matura. Dunque, qualora la Corte si trovasse a doversi pronunciare sulle stesse tematiche, ma nell'ambito di una democrazia matura, gli *standards* applicati potrebbero cambiare. Dall'altro lato, poi, viene in evidenza in questa pronuncia il rapporto fra le decisioni della Corte di Strasburgo e quelle dei giudici interni – in questo caso la Corte costituzionale turca. Quest'ultimo aspetto resta sullo sfondo, ma non per questo risulta di minore interesse. Entrambi i punti meritano approfondimento.

Quanto alla tematica della libertà di espressione, uno dei principali motivi per cui la Corte non ritiene raggiunta neppure la soglia minima di pericolosità del discorso pronunciato dal ricorrente si basa sulla mancanza del “ragionevole sospetto” di criminalità delle sue esternazioni, che rappresenta esattamente il motivo per il quale la detenzione si configura come arbitraria. Si evidenzia, dunque, la stretta connessione tra l'arbitrarietà della detenzione e la violazione della libertà di espressione.

Risulta interessante anche rilevare il rapporto che la Corte di Strasburgo ricostruisce tra limitazioni della libertà di espressione e stato di emergenza. Infatti, la Corte mette in guardia contro i rischi di strumentalizzazione dello stato di emergenza che, pur essendo legittimo *ex art. 15 CEDU*, non deve però servire quale “grimaldello” per aprire a limiti ulteriori rispetto a quelli convenzionalmente ammissibili. In altre parole, la condizione emergenziale deve sempre essere vista come uno strumento, di carattere temporaneo, finalizzato al ripristino della normalità e al ritorno al pieno esplicarsi della democrazia e non, invece, come un mezzo surrettizio per minarne le basi dall'interno.

La parte più interessante della sentenza, tuttavia, concerne la soglia di punibilità che la Corte enuclea in relazione affermazioni asseritamente pericolose per la sicurezza, per il mantenimento dell'ordine e per la prevenzione dei reati. Ai fini di un'analisi accurata, il passaggio rilevante della decisione merita di essere riportato. I giudici ritengono che «where the views expressed do not constitute incitement to violence – in

other words, *unless they advocate recourse to violent actions or bloody revenge, justify the commission of terrorist acts in pursuit of their supporters' goals and can be interpreted as likely to encourage violence by instilling deep-seated and irrational hatred towards specified individuals* – the Contracting States cannot restrict the right of the public to be informed of them, even with reference to the aims set out in Article 10 § 2» (par. 209 della decisione in commento, corsivo aggiunto). Pare opportuno analizzare la formulazione di tale passaggio, al fine di capire dove si collochi lo *standard* elaborato dalla Corte, nell'ambito di un'ipotetica scala di soglie di punibilità del discorso politico "estremista" sotto il profilo della relazione causale con i suoi potenziali effetti. Anzitutto, vi è riferimento al concetto di *advocacy* di azioni violente, che viene messo in parallelo (tramite l'utilizzo di una virgola, e non di una congiunzione coordinante che possa significare che si tratta di requisiti di cui si richiede la compresenza) con la giustificazione di atti terroristici. Potrebbe sembrare, dunque, essendo il termine "*advocacy*" piuttosto vago e indefinito, che la Corte non richieda la dimostrazione di un forte nesso di causalità tra la manifestazione verbale e sue eventuali conseguenze. Tuttavia, ciò risulta immediatamente sconfessato dalla lettura del prosieguo del periodo, che pone come necessaria (tramite l'utilizzo, questa volta sì, della congiunzione "*and*") l'interpretazione di tali esternazioni come (perlomeno) «*likely to encourage violence by instilling deep-seated and irrational hatred towards specified individuals*». Perciò, almeno la potenzialità, da parte del discorso oggetto di esame, di causare atti violenti deve essere presente.

Inoltre, è interessante ciò che la Corte afferma subito dopo, relativamente al *modus* in cui tale violenza potrebbe essere incoraggiata, ossia «*instillando odio profondamente radicato e irrazionale*» (la traduzione dall'inglese è a cura di chi scrive). Di qui, infatti, si percepisce il legame tra il discorso "terroristico", o comunque potenzialmente nocivo per interessi chiave di una nazione, quali la sicurezza o l'ordine pubblico, e il c.d. discorso dell'odio, o *hate speech*. Quest'ultimo, che pure è stato ed è oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale (si veda sul tema I. Spigno, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, spec. 137 ss. per riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU; con specifica attenzione al discorso dell'odio di tipo razziale, si rinvia a L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009), si può definire come «*all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, antisemitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin*» (Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Recommendation No. R(97) 20, 30 October 1997). Il legame tra il discorso dell'odio e quello più specificamente "terroristico" non è stato, fino a questo momento, chiarito, né in sede dottrinale né giurisprudenziale. Con questa decisione, la Corte EDU appare mettere i due tipi di espressione in forte correlazione. Tale presa di posizione richiama, invero, quanto già stabilito in altre due importanti decisioni della Corte, entrambe aventi come Stato resistente la Turchia. Si tratta di *Sürek c. Turchia* (Corte EDU, Grande Camera, sent. 8.7.1999, ric. n. 24762/94) e *Şik c. Turchia* (Corte EDU, sent. 8.7.2014, ric. n. 53413/11). In essi, infatti, la Corte poneva in relazione, seppure in maniera più velata, discorso potenzialmente dannoso per la sicurezza e *hate speech*.

Inoltre, come si è già accennato *supra*, in sede di ricognizione del percorso logico-argomentativo della decisione, la Corte EDU enfatizza il ruolo chiave della libertà di espressione nel contesto democratico. Ciò ricorda, da un lato, le parole della Corte costituzionale italiana, che, nella sent. 84/1969, definisce la libertà di manifestazione del pensiero come la «*pietra angolare dell'ordinamento democratico*»; dall'altro, sembra abbracciare le teorie di Meiklejohn, che considera il *free speech* essenziale al pieno esplicarsi della democrazia in senso partecipativo (A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, New York, 1948, 26).

Apprendo al panorama comparatistico, e con particolare riferimento al termine di paragone che più spesso viene utilizzato quando si studia l'approccio della Corte EDU alla libertà di espressione, non si può non confrontare la presente decisione con gli *standards* tipici della Corte Suprema USA. Quest'ultima, come noto, è solita utilizzare – benché con una certa diversificazione in funzione delle diverse situazioni – lo *standard* della c.d. *imminent unlawful action* (elaborato a partire dalla storica sentenza *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) e che riprende il concetto di *clear and present danger*, enucleato in *Schenck v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)). In base a tale teoria, largamente applicata in giurisprudenza, la tutela quasi illimitata fornita alla libera manifestazione del pensiero dal Primo emendamento può essere soggetta a limiti solo qualora si dimostri che il discorso in questione possa condurre – nell'immediato – all'effettivo realizzarsi di una condotta illecita. Nella sentenza in commento, la Corte EDU appare avvicinarsi a questo criterio, seppure con alcune rilevanti differenze. Infatti, i giudici di Strasburgo, nel rilevare che l'esternazione deve essere «likely to encourage violence», non fanno alcun riferimento al requisito dell'imminenza. Invece, l'utilizzo della parola «likely» si riscontra anche nella giurisprudenza americana; in entrambi i casi, quindi, la commissione dell'atto violento non deve essere certa, ma quantomeno probabile o verosimile.

Occorre poi concentrarsi sul secondo tema rilevante di questa sentenza, ossia i profili di connessione tra la sentenza della Corte EDU e quella della Corte costituzionale turca. In diversi passaggi, la prima fa perno in modo chiaro sulla seconda per raggiungere le proprie conclusioni. Ciò accade non solo in relazione all'esistenza di un «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», ove il riferimento alla giurisprudenza interna è il portato diretto della dottrina del margine di apprezzamento, ma anche quanto alla determinazione circa l'effettiva lesività (almeno potenziale) delle espressioni utilizzate dal ricorrente. A questo proposito, infatti, i richiami alla sentenza della Corte costituzionale sono molti e si coglie la critica circa la mancata attuazione del relativo giudicato da parte della corte penale turca che non ha disposto la scarcerazione. A questo proposito, è come se la Corte di Strasburgo, indirettamente, sanzionasse la mancata attuazione, a livello interno, della pronuncia resa dalla Corte costituzionale, adita tramite il ricorso individuale (v. sul punto dei rapporti tra le sentenze della Corte costituzionale turca e i *decisa* delle altre corti, con specifico riferimento al caso che si commenta, E. Sommario, *Stato d'emergenza in Turchia: prime risposte dalla Corte europea dei diritti umani*, in *SIDIBlog*, 2018, reperibile online all'indirizzo <http://www.sidiblog.org>). Ciò prescinde dal fatto che, invero, l'art. 13 CEDU – relativo al diritto ad un ricorso interno effettivo – non sia stato invocato dal ricorrente. Pertanto, la Corte EDU, in tal modo, pur non pronunciandosi esplicitamente circa l'insoddisfacente – *rectius*, inesistente – attuazione della decisione interna ed evitando, quindi, una sorta di sconfinamento *ultra petita*, non manca di sottolineare implicitamente il punto.

5. – Come emerge da queste pur sintetiche osservazioni, la decisione in commento tratta diverse tematiche rilevanti e pertanto risulta essere particolarmente densa di contenuti nonché di interessanti argomentazioni giuridiche. In sede conclusiva, sembra utile richiamare alcuni passaggi della pronuncia.

In primo luogo, si è detto che – in tema di bilanciamento fra libertà di espressione e sicurezza – la Corte EDU fissa uno *standard* piuttosto alto in senso garantistico a favore del primo termine del binomio. Tuttavia, va rimarcato che questa decisione è resa nei confronti di uno Stato, la Turchia, che, per le sue vicende politiche e per la sua caratterizzazione storico-culturale, non può dirsi rientrare pienamente tra le democrazie c.d. mature. Ciò significa che la Corte potrebbe adottare uno *standard* maggiormente garantistico in tema di libertà di espressione, proprio perché consapevole che eventuali restrizioni di tale diritto a livello nazionale potrebbero essere il portato, più che di un

ponderato bilanciamento con altri interessi rilevanti, di derive in senso autoritario. La casistica relativa alle relazioni tra libertà di espressione e sicurezza nazionale è molto ampia in relazione alla Turchia (v., per una ricostruzione di tali decisioni, G. Rollnert Liern, *Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática*, in *Revista de Derecho Político*, 2014, 231 ss., spec. 253 ss.), ma piuttosto scarsa con riferimento alle democrazie mature occidentali. Infatti, il caso più noto in cui la Corte ha affrontato il tema in relazione a una democrazia c.d. liberale risale ormai a dieci anni fa ed è costituito dalla pronuncia *Leroy c. Francia* (Corte EDU, sent. 10.2.2008, ric. no. 36109/03) e riguarda l'imposizione di sanzioni – di carattere, peraltro, meramente pecuniario – a un vignettista accusato di esaltare gli attentati dell'11 settembre tramite le sue rappresentazioni grafiche. Qui, la Corte EDU si è pronunciata nel senso di ritenere tale manifestazione del pensiero effettivamente lesiva della sicurezza nazionale, riscontrando che il legislatore francese, nell'imporre limiti al *free speech*, non aveva ecceduto nel proprio margine di apprezzamento. Dopo *Leroy*, non si registrano ulteriori pronunce su questa tematica con specifico riferimento a contesti democratici “maturi” occidentali. Sarà utile, ai fini di un tentativo di sistematizzazione della giurisprudenza della Corte EDU sull'argomento e di una migliore prevedibilità degli esiti delle decisioni, verificare – quando si presenterà l'occasione – in che senso andranno le determinazioni della Corte di Strasburgo.

In secondo luogo, va ricordato, che la decisione in commento non è definitiva, poiché è stata richiesta sul punto una pronuncia della Corte in composizione di Grande Camera. Tuttavia, risulta essere definitiva un'altra decisione della medesima sezione della Corte resa nello stesso giorno su un caso simile (*Şahin Alpay v. Turkey*, sent. 20.3.2018, ric. n. 16538/17), la quale non è stata impugnata e che giunge a conclusioni identiche. Sarà interessante, dunque, osservare quale sarà la chiusura definitiva del caso ad opera della Grande Camera. Infatti, da un lato l'eventuale sentenza di segno opposto potrebbe chiudere il caso analizzato in maniera diversa rispetto alle conclusioni della II Sezione; dall'altro, pur non avendo impatto concreto sulla vicenda *Şahin Alpay*, che risulta invece giunta a termine, ne depotenzerebbe fortemente gli approdi.

Da ultimo, non è da trascurare il riferimento all'effettività delle pronunce giurisdizionali interne. Come rilevato *supra*, la decisione della Corte EDU enfatizza, in più punti, il fatto che il *decisum* della Corte costituzionale non sia stato attuato. Le determinazioni di quest'ultima appaiono, in molti casi orientare quelle della Corte di Strasburgo. In quest'ottica, si rileva una sorta di cooperazione tra diversi livelli giurisdizionali, quello interno e quello sovranazionale.

In conclusione, la sentenza in commento sembra una sorta di “pronuncia-laboratorio”, che – soprattutto una volta che la Grande Camera si sarà espressa – potrebbe orientare la successiva elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU in materia di libertà di espressione.

L'incidenza della Costituzione sui rapporti privati. Sul divieto di accesso agli stadi il Bundesverfassungsgericht torna ad arbitrare la partita della *Drittwirkung*

di Antonio Ianni

Title: The impact of the Constitution on private law relationships. The Bundesverfassungsgericht re-judge the issue of the *Drittwirkung*

Keywords: Fundamental Rights, *Drittwirkung*, Stadium Ban.

1. – In una recente pronuncia dell'11 aprile 2018 (1 BvR 3080/09), il Primo Senato della Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) ritorna sul tema degli effetti dei diritti fondamentali sui rapporti di diritto privato (c.d. *horizontale Drittwirkung*), allo scopo di affinare una giurisprudenza già da qualche tempo consolidatasi. Nello specifico, il giudizio dinanzi al BVerfG, quanto a parametri costituzionali, chiama in causa il nucleo duro del principio di uguaglianza (art. 3, co. 1 *Grundgesetz*, GG) nel rapporto – in termini di bilanciamento e reciproco condizionamento – con il diritto di proprietà (art. 14 GG).

2. – La fattispecie concreta, dalla quale è scaturito il processo la cui decisione sarà qui oggetto di commento, è così di seguito riassumibile (cfr. punti 1-18, 1 BvR 3080/09).

Nel marzo del 2006, un cittadino tedesco all'epoca sedicenne, tifoso del club calcistico del Bayern Monaco, al termine della partita di campionato contro la squadra avversaria del Duisburg, disputatasi presso lo stadio di proprietà di quest'ultima (MVS-Arena), si trova coinvolto in uno scontro con i *supporter* del Duisburg, con danni a persone e beni. Nell'immediatezza degli eventi, un gruppo di circa 50 tifosi del Bayern Monaco, tra cui il ricorrente della vicenda costituzionale *de qua*, viene sottoposto a fermo identificativo di polizia. In un secondo momento, anche nei confronti del ricorrente, si attiva un procedimento penale con l'accusa di violazione del § 125 del Codice Penale Tedesco (*Strafgesetzbuch*, StGB), per aver partecipato insieme con altri a un evento di disturbo della quiete pubblica, anche per il tramite di atti di violenza e/o minaccia a persone e cose. Nel prosieguo del procedimento, il Pubblico Ministero, in considerazione della natura sostanzialmente bagattellare del reato, della lieve entità dei danni registrati, nonché della minore età dell'indagato, decide infine per l'archiviazione, applicando il procedimento sulla c.d. particolare tenuità del fatto, quest'ultimo disciplinato dal § 153 del Codice di Procedura Tedesco (*Strafprozeßordnung*, StPO) [per un'introduzione all'istituto processualpenalistico qui richiamato, i cui tratti essenziali verranno poi in rilievo anche all'interno del giudizio costituzionale, si vedano ad esempio: K.-P. Julius *et alii*, *Strafprozessordnung*, Heidelberg, 2009, p. 939 ss.; K. Javers, *Uno sguardo critico*

attraverso la lente dei §§ 153, 153A STPO, p. 171 ss., in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015].

Nonostante l'archiviazione penale, gli Uffici della Polizia di Duisburg, in ragione delle condotte comunque ipotizzabili nei confronti del gruppo di tifosi – per quanto non pienamente comprovate né singolarmente imputabili – suggerisce l'adozione di una misura di prevenzione personale del tipo “divieto temporaneo di accesso allo stadio” che, pur con tutte le approssimazioni comparatistiche del caso, appare distante dalla misura italiana del c.d. Daspo (art. 6 L. 13 dicembre 1989, n. 401) [per una disamina delle caratteristiche principali della correlata disciplina nazionale, nonché delle sue criticità costituzionali, cfr. A. Bonomi, G. Pavich, *Daspo e problemi di costituzionalità*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it (25/05/2015), p. 1-38].

2.1. - All'interno dell'ordinamento tedesco, al fine di corresponsabilizzare le società calcistiche nei confronti del fenomeno della violenza negli stadi, è stata loro riconosciuta – sostanzialmente per via giurisprudenziale – la possibilità di emettere direttamente ordini di proibizione (c.d. *Stadionverbot*) all'accesso alle strutture sportive, contro quanti siano anche solo indiziati di condotte lesive della sicurezza pubblica (*lato sensu* considerata). Anche alla luce di una ventennale prassi applicativa, le caratteristiche principali dello strumento in esame sono così circoscrivibili: i) si tratta di ordini cui sono legittimati – agendo in qualità di agenti rappresentanti – tutti i Club che appartengono alla Federazione calcistica tedesca (*Deutscher Fußball-Bund*, DFB) e quindi alla Lega nazionale (*Ligaverband*); ii) le norme che regolamentano presupposti e procedure per l'applicazione del divieto sono contenute all'interno di un documento (*Richtlinien zur einheitlichen Behandlung von Stadionverboten*, DFB-*Richtlinien*) confezionato dalla DFB; iii) il rispetto delle regole fissate a livello federale, e dunque l'assunzione dei provvedimenti di restrizione, costituisce un vero e proprio obbligo giuridico, il cui mancato rispetto rappresenta un inadempimento del contratto associativo sanzionabile financo con l'esclusione del singolo Club-associato; iv) i provvedimenti sono assumibili sia d'ufficio che dietro suggerimento delle locali forze di polizia e/o giudiziarie, pur essendo a tal proposito sufficiente l'apertura di un'indagine, anche se in un secondo momento archiviata, non rappresentando dunque condizione necessaria che si pervenga a un rinvio a giudizio o *a fortiori* a una sentenza di condanna; v) il divieto, su base personale e dalla durata temporanea, sebbene emesso da un singolo Club, produce automaticamente l'impossibilità di accesso alle manifestazioni sportive tenute sull'intero territorio nazionale, quale che sia il livello di categoria calcistica di volta in volta coinvolto [cfr. H. Hilpert, *Das Fußballstrafrecht des Deutschen Fußball-Bundes (DFB)*, Berlin, 2009, p. 236 ss.].

Tuttavia, quello che rende lo *Stadionverbot* qualcosa di assolutamente peculiare è dato dalla sua base giuridica che, per quanto presenti inevitabili implicazioni pubblicistiche, assume caratteri squisitamente privatistici: difatti, così come chiarito dalla giurisprudenza di Cassazione tedesca (cfr. da ultimo la pronuncia del *Bundesgerichtshof*, BGH: 30.10.2009—V ZR 253/08; pronuncia assunta nel giudizio ordinario relativo alla vicenda qui oggetto di attenzione), il divieto in questione non è che l'applicazione del proprietario esercizio dello *ius excludendi alios*, rafforzato per il tramite di uno strumento solidaristico-associativo. In altre parole, con l'emissione del provvedimento di esclusione ciascuna società-proprietaria dello stadio (e delle aree pertinenziali) altro non fa che imporre la valenza *erga omnes* del proprio diritto, non mancando contestualmente di tutelare, in virtù dell'estensione generale del divieto, le facoltà proprietarie anche degli altri associati [per un'analisi comparatistica cfr. M. Noli, *Legal Measures and Strategies Against Violence at Football Events in Germany*, p. 63-67, in A. Tsoukala *et alii* (a cura di), *Legal Responses to Football Hooliganism in Europe*, The Hague, 2016]. Tutto ciò comporta una strumentalizzazione in chiave pubblicistica di un diritto dalla matrice privatistica, con la conseguenziale limitazione di taluni diritti

fondamentali di quel “nemico comune” che, al contempo, attenterebbe sia all’ordine proprietario sia a quello pubblico: in altri termini e riecheggiando concezioni quasi medievali, il diritto territoriale (*Landesrecht*), in un indissolubile intreccio tra sfera privata e sfera pubblica, s’impone a tutta difesa della pace territoriale (*Landesfrieden*) [sulle origini di questa “trama”, per ciò che riguarda specificatamente l’area germanofona, si può rimandare al volume di O. Brunner, *Land und Herrschaft: Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, Darmstadt, ed. 1973]. Non è dunque inopportuno chiedersi, così come già fatto all’indomani della messa a regime dello *Stadionverbot*, se lo strumento in questione non rappresenti forse un pregiudizio per beni protetti a livello di Legge Fondamentale: c.d. diritto alla personalità (art. 2 GG), libertà di espressione (art. 5 GG), libertà di circolazione (art. 11 GG) [in tal senso J. Peltzer, WM 2006: *Einschränkung der Fankultur durch neue Überwachungsmechanismen*, in particolare p. 287-289, in V. Eick *et alii* (a cura di), *Kontrollierte Urbanität. Zur Neoliberalisierung städtischer Sicherheitspolitik*, Bielefeld, 2015; per una sintesi delle diverse e ulteriori opinioni critiche cfr. H Hilpert, op. cit., p. 237-238].

2.2. - Ad ogni buon conto, nell’aprile del 2006, la società calcistica Duisburg decide per l’emissione di uno *Stadionverbot* nei confronti del tifoso “ospite” - coinvolto negli scontri durante la partita con il Bayern Monaco - della durata di 2 mesi, con validità “territoriale” estesa all’intero campionato (*Bundesliga* e serie minori). Gli effetti del divieto, da una parte, si sono tradotti nell’impossibilità per il tifoso destinatario di prendere parte a qualsiasi evento calcistico – sia esso domestico o di carattere internazionale - organizzato nell’intero contesto federale; dall’altra, agendo in conseguenza del provvedimento del Duisburg, il Bayern Monaco stabilisce nei confronti del “proprio” tifoso la sospensione del servizio annuale di abbonamento, cui si aggiunge l’esclusione dalla compagine societaria. A tal proposito, va qui brevemente ricordato che una delle caratteristiche principali del diritto sportivo tedesco va rinvenuta nella presenza di Club che, pur utilizzando le forme tradizionali della società di capitali (il più delle volte del tipo società in accomandita per azioni: *Kommanditgesellschaft auf Aktien*, KGaA), sono comunque nella titolarità maggioritaria degli stessi tifosi-azionisti nella (c.d. *50+1-Regel*).

Il Duisburg assume il provvedimento in applicazione delle ‘Linee Guida Federali’ in materia di *Stadionverbot* (DFB-*Richtlinien*), così come licenziate nel 2005 [documento disponibile al link: https://www.dfb.de/uploads/media/stadionverbotneu_01.pdf]. All’epoca dei fatti, le DFB-*Richtlinien*, innanzitutto, stabilivano il dovere dei Club di ri-aprire una fase istruttoria per valutare la permanenza dei presupposti, e quindi dello stesso divieto, esclusivamente nel caso di archiviazione dell’eventuale e correlato procedimento penale. Ebbene, nonostante l’archiviazione (*ex* § 153 StPO) della quale ha beneficiato il tifoso ricorrente, il Duisburg decide per la conferma del provvedimento.

Al contempo, quanto al diritto di contraddittorio a favore dei destinatari di uno *Stadionverbot*, le DFB-*Richtlinien* contemplavano la sola facoltà - e non l’obbligo - di procedere a un’audizione difensiva, peraltro da compiersi in sede di riesame del provvedimento, e dunque unicamente *ex post*. Solamente nel 2014, a seguito di modifica delle Linee Guida, è stata imposta un’obbligatoria fase preliminare – pertanto, *ex ante* - dal carattere interlocutorio [versione del 2014 consultabile al link: https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/24339-Richtlinien_zur_einheitlichen_Behandlung_von_Stadionverboten.pdf]. In ogni caso, all’epoca dei fatti, e quindi nella vigenza delle DFB-*Richtlinien* del 2005, il Duisburg, dapprima, assunse il provvedimento *inaudita altera parte*, e soltanto in un secondo momento offrì al tifoso ospite l’opportunità di essere ascoltato, confermando tuttavia e da ultimo – anche dopo l’audizione di riesame - il divieto precedentemente assunto.

3. - Stando così le cose, il tifoso impugnava sia in primo che in secondo grado il provvedimento per ottenerne l'annullamento, o quantomeno la sua riduzione entro i soli "confini" dello stadio del Duisburg (MSV-Arena): in entrambe le impugnazioni, il ricorrente lamentava, per un verso, il fatto di aver subito un divieto pur non avendo preso parte – o per lo meno non essendo stata penalmente comprovata la sua effettiva partecipazione – agli scontri; per un altro, l'assenza di una preventiva audizione difensiva e il carattere meramente formalistico di quella *ex post* di riesame. Presso entrambe le corti federali adite (*Amtsgericht* e *Landgericht*) si è trattato innanzitutto di risolvere la pregiudiziale su di una ipotetica carenza di interesse ad agire del tifoso-ricorrente, poi prontamente rigettata in forza della considerazione secondo la quale, anche una volta esauriti gli effetti temporali dello *Stadionverbot*, non era da escludersi che l'attore avesse comunque diritto a una pretesa risarcitoria, nonché a una eventuale dichiarazione di illegittimità del divieto così da conseguire il reintegro nella partecipazione societaria e la prosecuzione degli obblighi contrattuali da abbonamento, ambedue presso il Club di "appartenenza" (Bayern Monaco).

Tuttavia, quanto agli aspetti di merito, le due impugnazioni vengono rigettate per i motivi che seguono: i) secondo le Linee Guida Federali, affinché si possa validamente assumere un provvedimento di *Stadionverbot* non è necessario vi sia l'accertamento positivo – fosse anche a livello di solo rinvio a giudizio – di un reato; ii) sempre secondo tali DFB-*Richtlinien*, è sufficiente che sussista un *sospetto* di condotta, sia essa individuale o in concorso con altri, di carattere facinoroso (*Störer*); iii) il ricorrente, alla luce di quanto emerso dalle informative di polizia, si *presume* sia membro di un gruppo ultrà già da tempo "attenzionato"; iv) all'interno delle Linee Guida, nella loro originaria formulazione del 2005, i Club si impegnano per una tempestiva attivazione del divieto, escludendo un dovere di previo contraddittorio con gli individui coinvolti, trattandosi piuttosto di una mera facoltà; v) il diritto amministrativo di polizia contempla la possibilità di misure di prevenzione della stessa risma di quella qui in esame [a tal riguardo si può rimandare ad esempio a V. Chalkiadaki, *Gefährderkonzepte in der Kriminalpolitik*, Wiesbaden, 2017, p. 36 ss.], e senza che siano necessari altri elementi oltre il semplice dato indiziario/presuntivo. Pertanto e a maggior ragione, il *mero sospetto* è del tutto sufficiente per legittimare un meccanismo – quello dello *Stadionverbot* – che, lungi dal rappresentare un istituto di diritto pubblico, si fonda e si conforma come tutela del diritto proprietario (con oggetto gli impianti sportivi), anche al fine di impedire che eventuali comportamenti di disturbo possano causare danni agli altri spettatori presenti, con la conseguenza di possibili indennizzi risarcitori da questi ultimi reclamati contro le società, nei cui confronti pare ipotizzabile una *responsabilità da protezione* in quanto "padroni di casa" (*Hausherr*).

Dunque, nelle argomentazioni dei tribunali ordinari emerge con forza l'idea che, trattandosi di un sistema che si legittima su base proprietaria, pressoché nulla in termini di condizioni procedurali e sostanziali sia effettivamente dovuto allorquando si discorra di limitare l'accesso entro i propri confini proprietari: in altre parole, è da considerarsi quasi illimitato questa sorta di "diritto *privato* del nemico", che si andrà ad atteggiare dunque come diritto del sospetto e dell'indizio. E il tutto, affermano i giudici ordinari, sia quando si tratta di relazioni *occasional*i tra proprietario dello stadio e tifoso che non si accompagnano a un parallelo rapporto contrattuale di durata (questo il caso della società ospitante Duisburg nei confronti del ricorrente), sia laddove si dovesse trattare di escludere quanti hanno pur sempre un interesse *contrattuale* all'ingresso – ricollegato al soddisfacimento del corrispettivo diritto creditorio – presso il dominio della propria controparte (come accade invece per il contratto di abbonamento stipulato dal ricorrente con il Bayern Monaco). In particolare, con riferimento alla seconda delle ipotesi, dai giudici dell'impugnazione viene osservato come le ragioni di difesa della proprietà e di rispetto delle obbligazioni associative stabilite a livello di Federazione legittimerebbero il mancato adempimento della controparte, agendo pertanto come causa di giustificazione.

3.1. - Certamente di maggiore interesse paiono invece le statuizioni del giudice di Cassazione (*Bundesgerichtshof*: BGH 30.10.2009 - V ZR 253/08) - cui da ultimo si rivolge il tifoso ricorrente - poiché al loro interno vi si rinviene una approfondita disamina della base giuridica (privatistica) dello *Stadionverbot*, nonché dei suoi effetti e confini [per un commento dottrinale alla sentenza del BGH cfr. T. Marzahn, *Fans im Fokus - Zivilrechtliche Reaktionen auf ein soziologisches Phänomen*, in *ZJS*, n. 3, 2010, p. 428-437]. Secondo il BGH appare evidente che le fondamentali normative del divieto di accesso agli impianti calcistici siano da rinvenire nelle disposizioni generali dei §§ 862 co. 1 e 1004 co. 1 del Codice Civile Tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), come del resto implicitamente richiamate dalle stesse Linee Guida Federali, dove si può leggere che (*T.d.A.*) «lo *Stadionverbot* non è una sanzione statale per comportamenti rilevanti, quanto semmai una misura preventiva basata sul diritto civile» (§ 1 co. 2, DFB-*Richtlinien* del 2005; formula riproposta anche nelle nuove Linee Guida del 2014).

Giova qui ricordare che entrambe le disposizioni del BGB (§§ 862 e 1004) attribuiscono al titolare proprietario e/o possessore il diritto di ottenere la cessazione di ogni condotta posta a disturbo del rapporto assolutistico con il proprio bene, e se del caso il divieto inibitorio nei confronti di molestie future: in altre parole, nelle due norme non si fa altro che ribadire quel canone della esclusività, dal valore coesenziale per la realizzazione di ogni diritto proprietario. A parere del *Bundesgerichtshof*, tale *ius excludendi*, giacché si pone come diretta emanazione delle prerogative dominicali (cfr. § 903 BGB), in via generale e ordinaria, non dovrebbe conoscere limitazione alcuna (se non quelle opportunamente previste dallo stesso BGB in materia di c.d. rapporti di vicinato: cfr. §§ 904 e ss.). Invece, quanto alla specifica fattispecie *sub iudice*, secondo il Giudice di Cassazione ogni limitazione andrebbe esclusa per le ragioni che seguono: i) in primo luogo, si tratta di impedire una lesione spesso irrimediabile - se non in via risarcitoria - d'interessi proprietari, il che giustifica il divieto di accesso anche in presenza di meri sospetti (solo talvolta ricollegabili a eventi pregressi e "recidivi"), e quindi in relazione a un generico pericolo di danno; ii) l'esclusione si legittima anche in forza degli obblighi di protezione cui le società calcistiche sono tenute *ex contractu* nei confronti degli spettatori, oltre che dalle norme pubblicistiche che impongono loro il dovere di mantenere la sicurezza (*Verkehrssicherungspflicht*), e quindi di impiegare ogni possibile legittimo mezzo in loro possesso a difesa dell'ordine pubblico; iii) le circostanze nelle quali si svolgono le manifestazioni sportive calcistiche (spazi ristretti, ampia affluenza di pubblico) rappresentano una condizione che *in re ipsa* giustifica l'imposizione di rigide regole (*Hausrechts*) all'interno della "casa" stadio, comprensive pertanto anche della misura cautelare dello *Stadionverbot*.

Conclude dunque la Cassazione, poiché la società calcistica convenuta - nell'esercizio di prerogative proprietarie - si è mantenuta all'interno dei confini civilistici fissati dal BGB, così pure nel pieno rispetto degli standard procedurali e sostanziali fissati dalle Linee Guida-DFB, il provvedimento emesso nei confronti del ricorrente, sotto nessun profilo considerabile come arbitrario e irragionevole, va giudicato assolutamente legittimo e dunque il ricorso integralmente rigettato.

4. - A fronte della definitiva soccombenza registrata dinanzi alla Corte di Cassazione, ed esaurito ogni possibile rimedio ordinario, il tifoso si rivolge al *Bundesverfassungsgericht* impiegando lo strumento del ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*, art. 93 GG) (cfr. punti 19-21, 1 BvR 3080/09).

4.1. - A detta del ricorrente, in considerazione della rilevanza che il fenomeno calcistico riveste all'interno della società, il suggello giudiziale di legittimità posto sul comportamento del Club Duisburg, e quindi il correlato diniego di giustizia sofferto presso i tribunali ordinari, avrebbe rappresentato una violazione di diritti fondamentali: su tutti il *diritto alla personalità* di cui all'art. 2 GG. Nella prospettazione offerta alla

Corte costituzionale, si lamenta, da un lato, l'assoluta carenza sostanziale del divieto, poiché emesso sulla scorta di indizi investigativi che poi hanno condotto a un'ordinanza di archiviazione penale; dall'altro, sotto il profilo procedurale, l'omessa preventiva audizione da parte del Duisburg e dunque la violazione di una sorta di giusto processo («*faïres Verfahren*») che, in ragione della delicatezza degli interessi coinvolti, andrebbe garantito anche nel contesto privatistico nel quale si innesta lo *Stadionverbot*.

Nel ricorso viene altresì ipotizzata una violazione del *diritto alla privacy* (art. 1 e 2 GG, nel loro combinato disposto) del tifoso, poiché in virtù del divieto avrebbe subito un vero e proprio stigma sociale – anche presso il proprio Club di “origine” (Bayern Monaco), con la conseguenza di dover patire anche per il futuro l’etichetta di *hooligan* («*Fußballrowdy*»). A ciò si aggiunga che, a seguito del provvedimento, il ricorrente è stato inserito, dietro segnalazione della Federcalcio, all'interno di un apposito elenco governativo (una sorta di *black list*): il che comporta un controllo “particolareggiato” da parte delle Forze di Polizia [sullo sfondo dei diritti fondamentali – alla personalità e alla riservatezza – cui si riferisce il ricorrente, anche per ciò che attiene il rapporto tra i due, si impone la storica sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 15 dicembre 1983 (1BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83); più in generale, per un'analisi complessiva del valore di tali diritti in ambito tedesco si può rinviare al lavoro comparatistico di A. G. Parisi, *E-contract e privacy*, Torino, 2016, in particolare p. 31 ss.].

4.2. - Ebbene, quanto alla sussistenza dei presupposti per l'ammissibilità del ricorso (cfr. punti 26-29), il BVerfG ritiene che l'istanza sia da considerarsi assolutamente procedibile. In particolare, quanto al requisito dell'*attualità* della presunta lesione a diritti fondamentali, argomenta il Tribunale che, sebbene il divieto sia venuto meno, ciò non esclude la possibilità che in caso di accoglimento nel merito il ricorrente non possa poi agire, già nel successivo processo di rinvio al giudice ordinario competente, sia in via reintegratoria che risarcitoria.

Peraltro, il Giudice costituzionale approfittando della vicenda in esame, assume un pronunciamento che verosimilmente non mancherà di produrre effetti sistematici e di carattere generale. Ovvero, ragionando sulla portata temporale (limitata) del provvedimento di *Stadionverbot*, soprattutto se comparata con la durata media dell'intero processo civile, il BVerfG fa notare che se alla perdita di cogenza di provvedimenti di tal genere dovesse farsi automaticamente conseguire la caducazione dell'elemento dell'attualità (come requisito di procedibilità), ciò vorrebbe dire negare – sempre e comunque – sia la giurisdizione ordinaria (per difetto d'interesse ad agire) sia quella costituzionale (per mancanza del requisito dell'attualità), con la conseguenza di privare tali fattispecie di ogni possibile tutela giurisdizionale.

5. - Una volta esaurita la questione di ammissibilità, anche facendo ampio ricorso alla sua lunga storia giurisprudenziale, il BVerfG passa a inquadrare la questione all'interno della teoria della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, qui coniugata – trattandosi di rapporti tra soggetti privati – nella sua declinazione *orizzontale*, nonché all'interno del tema ermeneutico dell'efficacia *mediata* delle disposizioni costituzionali (*mittelbare Drittwirkung*), che nel caso di specie il Tribunale presenta per il tramite del c.d. *effetto di irradiazione* (*Ausstrahlungswirkung*) dei diritti fondamentali sul diritto privato (cfr. punti 31 e ss.). In altri termini, la necessità – giustificata dalla gerarchia delle fonti – che anche il diritto privato, in quanto legislazione ordinaria e quindi subordinata, debba essere interpretato in senso conforme rispetto alle norme costituzionali. A tal riguardo, oltre alle pronunce di più recente emanazione, vengono richiamati quelli che a pieno titolo posso considerarsi degli storici *leading case*: tra gli altri, la pronuncia comunemente nota come *Lüth-Urteil* del 15 gennaio 1958 (1 BvR 400/51), con la quale la Corte Costituzionale, in una fattispecie che vedeva contrapposto il diritto della responsabilità civile e la libertà di espressione (art. 4 GG), impose la *mittelbare Drittwirkung*,

comprensiva del già citato effetto di irradiazione, quale strumento per la difesa del sistema “obiettivo” di valori e principi (*objektive Werteordnung*) introdotto con la Legge Fondamentale [per una esaustiva ricostruzione cfr. C. W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, Berlin, 1998; nonché – per una riflessione di sintesi – C. W. Canaris, *L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*, in *Studium Iuris*, n. 4, 1999, p. 359-370].

Tuttavia, quello che sembrerebbe connotare di particolare rilevanza la decisione in commento, non è tanto e soprattutto il semplice impiego della teoria della *Drittwirkung*, già presente – per dirla con Ronald Dworkin – sotto forma di catena interpretativa in un buon numero di precedenti costituzionali, quanto semmai la “necessità” di agire sul diritto vivente degli ultimi decenni per circoscriverne la portata: così come suggerito dai primissimi commenti dottrinali, in questo senso andrebbe dunque spiegata la volontà della Corte costituzionale di prendere in esame un caso che risale a una fattispecie concreta e giurisprudenziale (ordinaria) di quasi un decennio addietro; basti pensare che la sentenza di Cassazione sopra citata (BGH, V ZR 253/08) reca la data dell'ottobre del 2009 [cfr.: M. Ruffert, *Common sense statt strikte Dogmatik? Zutreffendes aus Karlsruhe zu Stadionverboten*, in *Verfassungsblog*, 30/04/2018 (<https://verfassungsblog.de/common-sense-statt-strikte-dogmatik-zutreffendes-aus-karlsruhe-zu-stadionverboten/>); M. Grünberger, *Warum der Stadionverbots-Beschluss weit mehr ist als nur Common Sense*, in *Verfassungsblog*, 01/05/2018 (<https://verfassungsblog.de/warum-der-stadionverbots-beschluss-weit-mehr-ist-als-nur-common-sense/>)].

5.1. - A tal riguardo, per il tramite del primo capo che compone la motivazione, la Corte federale in via introduttiva chiarisce che, in materia di effetti indiretti e orizzontali dei diritti fondamentali, non spetta al Giudice delle leggi indicare al tribunale ordinario quale debba essere il risultato interpretativo-applicativo da raggiungere, anche perché la valutazione circa l'incidenza della Legge Fondamentale non può che svolgersi secondo il c.d. canone del *case by case*, dovendosi considerare i fatti specifici che compongono la fattispecie minore/concreta quale perno essenziale della *Drittwirkung* (cfr. punto 33). Va quindi annotato che questo sindacato fattuale, per quanto non sia genericamente estraneo alla cognizione del BVerfG, richiede un'attività istruttoria che solo i giudici ordinari di merito posso adeguatamente compiere. All'opposto, al Tribunale Federale compete invece l'intervento nel solo caso in cui i giudici ordinari abbiano male interpretato la valenza dei diritti fondamentali di volta in volta coinvolti, nonché e soprattutto il loro condizionarsi e limitarsi reciprocamente per ragioni di bilanciamento (cfr. punto 34).

Ebbene, dopo aver ricordato che nel caso di specie il confronto/scontro si pone tra i diritti personali del ricorrente e il diritto di proprietà (art. 14 GG) del “padrone della casa” (ovvero i Club calcistici), il BVerfG impone sul tavolo della discussione, quale parametro di conformazione del diritto delle società calcistiche, l'obbligo di assumere provvedimenti di *Stadionverbot* che non siano arbitrariamente discriminatori e che rispettino quindi la parità di trattamento (art. 3 co. 1 GG). Ed è nel modo d'essere di tale principio di non discriminazione che si gioca l'intero giudizio costituzionale (cfr. punto 39).

Ciò chiarito, è pur vero – afferma la Corte – che all'interno dell'art. 3 del *Grundgesetz* non è contenuto il principio secondo il quale le relazioni privatistiche debbano – anch'esse, come invece deve accadere per quelle *verticali* – conformarsi al principio d'uguaglianza: anzi, è pacifico, in linea astratta e generale, che ciascuno decida del tutto liberamente con chi e come rapportarsi in senso privatistico, e come impiegare il proprio diritto di proprietà all'interno di tali contesti (cfr. punto 40). Ma è altrettanto vero che, alla presenza di *specifiche* circostanze, non è da escludersi che talune (*specifiche*) dimensioni privatistiche possano comunque subire l'effetto d'irradiazione e d'influenza per opera dei diritti fondamentali: ed è questo il caso – secondo il Tribunale – della

“disciplina” dello *Stadionverbot*, e quindi dei paragrafi del BGB sui quali esso si poggia (§§ 862 e 1004) (cfr. punto 41).

Pertanto, la Corte circoscrive la portata della dottrina della *mittelbare Drittwirkung* ad alcune ristrette e limitate ipotesi (nel linguaggio del BVerfG si parla di «*spezifische Konstellationen*»), senza al contempo indicare – così parrebbe dalla motivazione – criteri minimi e generali per individuare quali siano le fattispecie coinvolte e quali invece quelle escluse. Il che, tra le altre cose, conduce alla seguente conclusione, per nulla estranea alla scala di valori – tipicamente liberale e minima – della Legge Fondamentale: ovverosia, non esistono diritti della persona che, di per sé considerati, possano assumere un grado materiale gerarchicamente sovraordinato rispetto al diritto di proprietà. Il tutto con l’ulteriore conseguenza che, ogni valutazione in sede di tensione tra le due sfere, quella personale da un lato e quella proprietaria dall’altro, vada ricondotta tutt’al più a un *procedurale* e *formale* rispetto del diritto di uguaglianza che, d’altro canto, esso stesso e per primo, all’interno del *Grundgesetz* non conosce alcuna generale declinazione solidaristica e sostanziale [sul punto S. Haberl, *Antidiscriminazione e stato liberale di diritto. Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto tedesco dei contratti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, fasc. 1, p. 233-258].

5.2. - Appare dunque del tutto coerente con tali pre-assunzioni il fatto che la Corte si spenda unicamente (*sic et simpliciter*) nell’affermare che un certo provvedimento di *Stadionverbot* sia da qualificarsi come *illegittimo* – in sede di sindacato civilistico ordinario – nel solo caso di una sua emissione sulla scorta di condizioni (sostanziali e procedurali) che *non* siano uniformemente applicate per l’intera categoria dei potenziali destinatari (cfr. punti 41 e 45). Quanto invece all’aspetto della “bontà” costituzionale di tali requisiti, ci si limita a far notare che, trattandosi di provvedimenti che si fondano sul diritto privato (tutela della proprietà), sebbene spetti ai Club il compito di adoperarsi per cercare di avere una quanto più possibile completa cognizione degli eventi, da una parte, nulla si impone loro in termini di preventiva audizione dei tifosi coinvolti, dall’altra, è assolutamente sufficiente il mero e unico sospetto di condotta. E tutto questo perché, si ribadisce ancora una volta, non si tratta altro che di esercizio di una facoltà – interdittiva e inibitoria – di carattere squisitamente proprietario (*ex* §§ 862 co. 1 e 1004 co. 1) (cfr. punti 46-47); e se in ambito di diritto civile generale tali audizioni e garanzie non sono richieste, lo stesso dovrà accadere per lo *Stadionverbot*, considerato dunque come manifestazione del più ampio disposto di diritto comune.

5.3. - E poiché nella fattispecie in esame l’intero sistema logico-argomentativo confezionato dal BVerfG è stato pienamente rispettato, come del resto in precedenza già deciso dalla giurisdizione ordinaria, la Corte costituzionale rigetta integralmente il ricorso del cittadino(-tifoso), e conferma quindi le sentenze assunte in occasione dei giudizi civilistici di impugnazione (cfr. punti 49 e ss.).

6. - In chiusura di commento, non resta che far notare che attraverso la sentenza in esame, da una parte, la Corte federale sembrerebbe voler ribadire la portata *eccezionale* e *circoscritta* dell’impatto dei diritti fondamentali su rapporti di diritto privato, anche allorquando si atteggino da rapporti para-pubblicistici, come nel caso dello *Stadionverbot*. Dall’altra, dal punto di vista del Giudice costituzionale, si tratta di salvaguardare la portata *assolutistica* del diritto di proprietà, la cui funzionalizzazione al bene collettivo (art. 14, co. 2 GG), non ne scalfisce il contenuto, quanto semmai il solo ambito procedurale di applicazione (cfr. nuovamente punto 41).

Una soluzione, quella dettata dalla Corte che, sebbene appaia del tutto coerente con l’ordinamento tedesco, anche volendone considerare talune evoluzioni di carattere pseudo-solidaristico sviluppate grazie al concetto costituzionale di dignità, non fa altro

che confermare la natura sostanzialmente *agnostica* del *Grundgesetz* in merito alle tensioni tra dimensione strettamente economica e quella propriamente personalistica [sul sistema costituzionale tedesco dei diritti fondamentali, si veda A. Somma, *Dalla neutralità al rovesciamento del compromesso keynesiano. La costituzione economica tedesca tra ordoliberalismo e unificazione europea*, p. 187 ss., in L. Antonini (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, 2016].

La responsabilidad de Venezuela por discriminar y perseguir ejercicios legítimos de participación política en el caso Sosa y otras contra Venezuela

di Nicolás Carrillo-Santarelli

Title: The San Miguel Sosa et al. case: Venezuela's international responsibility for discriminating and violating the right to political participation

Keywords: Right to political participation; Non-discrimination; Right to Work.

1. – En su sentencia de febrero de 2018 en el caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado con base en su declaración de que se violaron derechos políticos y otros derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las peticionarias alegaron que les fueron terminados contratos con el Estado de forma contraria a sus derechos humanos, en tanto aquella terminación habría estado motivada por su apoyo a la celebración de un referendo revocatorio de Hugo Chávez (§ 1).

La Corte Interamericana, como se verá más abajo, estuvo de acuerdo con esta postura, entre otras razones al haberse identificado una lista elaborada por el Consejo Nacional Electoral en la que se identificaba a las personas que actuaron como las peticionarias (§ 131). Adicionalmente, se tuvo en cuenta que algunos funcionarios manifestaron a las peticionarias que la acción que las afectó se basó, efectivamente, en su acción política, percibida como desleal (§§ 137-139). Por estas y otras razones, la Corte consideró que el argumento presentado por el Estado demandado en el sentido de que la terminación contractual obedeció a intenciones de disminuir gastos y personal (§ 140) era falso y no correspondía al verdadero propósito para proceder de la manera en la que actuó Venezuela, siendo posible escudriñar cuál era la verdadera intención gracias a indicios, razón por la cual se presentó una desviación de poder (§ 121), motivo por el cual se presentó “una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar”.

En concreto, la Corte afirmó que el invocar razones de conveniencia sin aportar suficientes pruebas o explicaciones reforzaba “la verosimilitud de los indicios contrarios” (§ 149). Con respecto a la noción de desviación de poder, se manifestó en la sentencia que en el caso concreto se utilizó una facultad contractual “para encubrir la verdadera motivación o finalidad real, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente un derecho de carácter político constitucionalmente previsto, al firmar a favor de la convocatoria al referendo revocatorio presidencial” (§ 50).

2. – A la luz de las anteriores consideraciones, salta a la vista que un aspecto crucial se refería a cuestiones probatorias, siendo difícil para las peticionarias (y para la Comisión

como demandante, posteriormente) demostrar cuál fue la verdadera intención tras la conducta de los agentes venezolanos, razón por la cual los indicios y la valoración global de los elementos de prueba fueron decisivos, así como también lo fue la consideración de la Corte de que era posible rebatir la supuesta buena fe del Estado en cuanto al uso de facultades que tiene según las normas aplicables (§ 122), lógica que supone un apoyo a la carga dinámica de la prueba y al reconocimiento de quién está en capacidad de demostrar algo, aspecto importante en procesos que enfrentan a los Estados, con información a su cargo de la que con frecuencia no disponen los ciudadanos y otras personas sujetas a su jurisdicción (pudiendo ser aquella falta de acceso a la información un hecho ilícito en sí mismo en determinadas ocasiones).

Con respecto a estas consideraciones:

“[L]a Comisión [Interamericana de Derechos Humanos] alegó que “cuando una autoridad judicial se encuentra con un alegato de discriminación encubierta, la obligación de debida diligencia le impone investigar más allá de la motivación formalmente declarada y tomar en consideración todos los elementos indiciarios, circunstanciales y de otra índole”.

En este caso, si bien en el recurso de amparo la autoridad judicial hizo referencia al alegato de discriminación, solamente lo examinó de manera formal y sin la debida diligencia, e impuso un estándar demasiado alto al exigir a la presunta víctima demostrar “fehacientemente” el nexo causal entre el trato discriminatorio y la decisión tomada, lo cual implica además hacer recaer “de manera absoluta” la carga de la prueba sobre las presuntas víctimas, sin haber utilizado todos los medios legales a su disposición para obtener la verdad de lo ocurrido y no analizaron la complejidad de los hechos y el contexto”.

792

3. – Analizando las pruebas, y confirmando que es inadmisibles perseguir a personas por su posición o acciones políticas legítimas, lo cual además constituye discriminación y un obstáculo a las oportunidades de ejercer derechos de participación política, la Corte consideró que se violó el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce que

“[t]odos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

En la anterior disposición, la Corte resaltó la palabra “oportunidades”, que exige de los Estados generar mecanismos y condiciones que permitan gozar y ejercer de forma efectiva los derechos políticos sin discriminación (§ 111).

3.1. – Para la Corte, la terminación contractual debía analizarse a la luz del contexto de

“polarización política e intolerancia a la disidencia, el cual pudo propiciar formas de persecución o discriminación contra opositores políticos del gobierno de entonces o de quienes fueran percibidos como tales, así como contra ciudadanos y funcionarios públicos que firmaron la solicitud de referendo”.

Teniéndolo en cuenta, junto a las manifestaciones de distintos agentes del Estado y de una aparente coordinación entre el poder ejecutivo y órganos y agentes de otras ramas, incluyendo a la autoridad electoral, resultó diciente el hecho de que

“el Estado no [dio] una explicación circunstanciada y precisa acerca de los motivos de su decisión. En casos como el presente no basta la mera invocación de conveniencia o reorganización, sin aportar más explicaciones, pues la debilidad de precisiones en cuanto a las motivaciones refuerza la verosimilitud de los indicios contrarios [...] Por ello, la Corte concluye que la terminación de los contratos constituyó una forma de desviación de poder, utilizando dicha cláusula como velo de legalidad para encubrir la verdadera motivación o finalidad real, a saber: una represalia [...] por haber ejercido legítimamente un derecho de carácter político [...] al firmar a favor de la convocatoria al referendo revocatorio presidencial. Ello fue percibido por los funcionarios superiores como un acto de deslealtad política y como la manifestación de una opinión u orientación política opositora o disidente, que motivó un trato diferenciado hacia ellas, como en efecto fue el hecho de dar por terminada arbitrariamente la relación laboral” (§§ 148-150)

3.2. – Por otra parte, y retomando ideas que habían sido ofrecidas desde las opiniones consultivas 8 y 9 de la Corte Interamericana bastante afortunadas y necesarias en una región cuyas sociedades han enfrentado considerables problemas relativos a participación política, en la sentencia se identifica una relación “entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos”, la cual, como bien dice la Corte, también se encuentra en la Carta Democrática Interamericana, que es tenida en cuenta por el principal órgano judicial del sistema interamericano de derechos humanos (§ 114). En tanto se habla de normas vinculantes aplicables a los derechos y a la participación políticos, comparto la afirmación de la Corte de que el

“ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye [...] una obligación jurídica internacional y éstos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción [...] interna” (*ibidem*).

Esta aseveración desmiente las frecuentes acusaciones del régimen chavista en cabeza de Nicolás Maduro de que las críticas al modelo imperante en Venezuela, carente de verdadera separación de poderes y garantías para la oposición, y aquellas referentes al (mal) trato dado a los nacionales, constituye una injerencia prohibida por el derecho internacional. Al respecto, cabe decir que la no intervención, relacionada con la soberanía, alude a la prohibición de afectar la libertad decisoria sobre cuestiones en las que puedan tomarse decisiones soberanas lícitas, no existiendo una libertad tal en términos de respetar o no derechos humanos y libertades fundamentales, siendo tal respeto siempre obligatorio.

Más aún, los artículos 40, 41 y 48 de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional indican que terceros Estados no victimizados están facultados para invocar la responsabilidad internacional de un Estado que vulnere obligaciones *erga omnes*, entre las que se encuentran las referentes a los derechos humanos; y que incluso tienen el deber de no reconocer la licitud de situaciones obtenidas como consecuencia de la obligación grave del derecho imperativo, teniendo en tales eventos un deber adicional de procurar la cesación *pacífica* de la situación en cuestión. Sobre esto, es interesante observar que en las opiniones consultivas OC-18/03 y OC-24/17 se afirmó que la prohibición de discriminación, declarada como violada en el caso examinado, es imperativa.

Ciertamente, para la Corte la terminación contractual fue discriminatoria y afectó la libertad de expresión de las peticionarias, cuya manifestación de orden político fue coartada con la “intención encubierta de acallar y desincentivar la disidencia política”, en el sentido de que otras personas podrían abstenerse de actuar de modo similar a ellas por temor a sufrir un trato similar (§ 158).

Por las anteriores razones, sentencias como la analizada en esta nota son bienvenidas y necesarias, y también lo son acciones multilaterales como la adopción por parte de la Asamblea General de la OEA de una resolución “sobre la situación en Venezuela” el 20 de mayo de 2018, en la que se declara como ilegítimo un proceso electoral venezolano debido a la ausencia de garantías y al desconocimiento de estándares internacionales, se pide la aceptación de ayuda humanitaria y se cuestiona la falta de separación e independencia de poderes.

4. – En cuanto a las acciones judiciales internas, la Corte consideró que se generó un hecho ilícito adicional contrario a los artículos sobre debido proceso y protección judicial (8 y 25 de la Convención Americana) por la falta de protección a las peticionarias a pesar de los recursos interpuestos por ellas, la cual se basó en el rechazo de grabaciones y transcripciones de conversaciones con agentes estatales, que fueron consideradas como inadmisibles, “sin tomar en cuenta el interés público de la cuestión”, a pesar de constituir el “único medio de prueba directa”, habiendo sido además incluyente la aceptación por parte de las autoridades judiciales de aseveraciones del Estado que carecían de “sustento particularizado” (§ 195). En consecuencia, se vieron menoscabados “los derechos de acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo de las presuntas víctimas” (§ 196).

5. – Con base en el artículo 26 de la Convención Americana, también se evaluó la afectación del derecho al trabajo, a pesar de no haber sido invocado en la demanda de la Comisión, con base en el principio *iura novit curia*, toda vez que las peticionarias invocaron aquel derecho en los procesos internos e internacional y el Estado demandado se pronunció frente a su presunta violación, razón por la cual las partes tuvieron oportunidad para manifestarse frente a su presunta violación (§§ 216, 219). En cuanto al fondo de la controversia frente a aquel derecho, para la Corte se violó el derecho al trabajo toda vez que se presentó “una represalia [contra las peticionarias] [...] por haber ejercido legítimamente sus derechos de participación política y libertad de expresión” (§ 221), que supuso un despido arbitrario que perseguía “acallar y desincentivar la disidencia política, pues fue instrumentalizado” para tal efecto (§§ 221-222).

6. – Con posterioridad a la declaración de responsabilidad, y con base en la práctica y competencia de la Corte, ésta se pronunció sobre las pretensiones de reparaciones, ordenando a que se investigue y sancione a los responsables por los hechos ilícitos identificados en la sentencia (§ 232); a diseminar, como suele ordenarse, el contenido de la decisión (§ 233); y a reembolsar costos y gastos de litigio que hayan sido razonables (párr. 250).

Por otra parte, se consideró que no era apropiado ordenar el reintegro laboral, sin explicarse en concreto por qué (§§ 237, 242), pero se condenó al Estado demandado a indemnizar daños materiales relativos a expectativas razonables y legítimas “de continuar prestando [...] servicios en la administración pública”, con montos determinados con base en “criterios de razonabilidad” ante la falta de información precisa al respecto (§§ 237-238); y a compensar frente a daños inmateriales, tasados “en equidad” a la luz de los “sentimientos de angustia, situaciones de estigmatización y rechazo, así como cambios en sus relaciones intrafamiliares” de las peticionarias y del impacto de la conducta estatal condenada sobre la “salud emocional y física, así como las

dificultades económicas, sociales, familiares e interpersonales por no haber podido reactivar su vida profesional” (§ 240).

Adicionalmente, en la sentencia se consideró que, ante la falta de claridad sobre cuáles normas o prácticas debían “adoptar[se] a efectos de cumplir eventualmente una orden en este sentido”, la Corte no ordenaría la adopción de medidas legislativas o administrativas concretas (§ 246).

7. – Ante la grave crisis venezolana, reflejada en el éxodo masivo y en la información sobre los padecimientos de las personas sometidas a los abusos del Estado, la sentencia, que probablemente será ignorada por Maduro, revela a la opinión pública mundial, con un tecnicismo impecable, pruebas y argumentos sólidos, cuán inaceptable y trágica es la situación generada por el proceder estatal examinado, que padecen tantos disidentes y gran parte del pueblo. Ojalá pronto mejore su situación y se respeten y garanticen sus derechos.