

Studi sull'integrazione europea

numero 1 • 2017 | anno XII



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2017 | anno XII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2017 | anno XII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato di redazione

Ivan Ingravallo (coordinatore), **Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Angela Maria Romito, Roberto Virzo**

Revisione abstracts a cura di **Denise Milizia**

Comitato dei referees

Roberto Adam, Roberto Baratta, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro, Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Lina Panella, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia Serena Rossi, Girolamo Strozzi, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

Studi sull'integrazione europea è presente in Academia.edu, ACNP, DO.GI., ESSPER e Google Scholar.

Direzione e Redazione

c/o **Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – Tel. 080.5214220**

<http://www.cacucci.it> e-mail: studiinteuropea@cacucci.it

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2017 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Autorizzazione del Tribunale di Bari del 22/03/2006 n° 19
Direttore responsabile: **ENNIO TRIGGIANI**

Sommario



Paolo MENGOZZI Osservazioni su principi democratici e diritti fondamentali nell'Unione europea. Nel decennale della Rivista	7
ARTICOLI	
Franco GALLO Diritti socio-economici ed equilibri di bilancio	11
Sergio M. CARBONE Discriminazioni sulla base dell'età tra principi generali UE e criteri applicativi	23
Giandonato CAGGIANO L'applicazione della Convenzione europea dei diritti umani ai Rom tra principio di non-discriminazione e azioni positive a favore dei gruppi vulnerabili	33
Giuseppe PALMISANO La protezione dei diritti dei Rom nella prassi applicativa della carta sociale europea	47
Gianluca CONTALDI L'indipendenza della BCE alla luce del caso OMT	65
Ivan INGRAVALLO Equilibrio di genere e azioni positive nella riforma del Tribunale dell'Unione europea	83
NOTE E COMMENTI	
Cinzia DI PAOLO I diritti delle donne in materia di interruzione volontaria di gravidanza: la situazione in Italia nella prospettiva della Carta sociale europea	97

Annita Larissa SCIACOVELLI Il ricongiungimento familiare dei minori stranieri e il requisito della potenziale integrazione “riuscita” imposto dagli Stati membri al vaglio della Corte di giustizia	117
Giovanni ZACCARONI La struttura del giudizio sull’uguaglianza davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo	135
Marco BOLOGNESE Il giudicato a formazione progressiva e il diritto sovranazionale	159
Luca MINUTI Il mutuo riconoscimento delle sanzioni pecuniarie: banco di prova per lo sviluppo della cooperazione giudiziaria penale dell’Unione europea	169
Antonio GUSMAI Acqua e cibo: alcune irragionevoli “divergenze” di tutela nella prospettiva giuridica interna e sovranazionale	193
RECENSIONI	
Alfonso Luis CALVO CARAVACA, Angelo DAVÌ, Heinz-Peter MANSEL (eds.), <i>The EU Succession Regulation. A Commentary</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2016 (U. Villani)	217
Roberto MASTROIANNI, Oreste POLLICINO, Silvia ALLEGREZZA, Fabio PAPPALARDO, Orsola RAZZOLINI (a cura di), <i>Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea</i> , Milano, Giuffrè, 2017 (V. Di Comite)	221
Massimo PANEBIANCO, <i>Introduzione alla codicistica del Jus Gentium Europaeum. Codice Lünig-Leibniz-Dumont</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 (A. Di Stasi)	224
Lina PANELLA (a cura di), <i>Le sfide dell’Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 (R. Palladino)	226
Giuseppe DALLA TORRE, <i>L’“extraterritorialità” nel Trattato del Laterano</i> , Torino, Giappichelli, 2016 (R. Baratta)	229
Libri ricevuti	233
Indice degli autori	235

Summary



Paolo MENGOZZI
Democratic Principles and Fundamental Rights in the
European Union. Brief Remarks on the Occasion of the
Decennial of *Studi sull'integrazione europea* 7

ARTICLES

Franco GALLO
Socioeconomic Rights and Balanced Budget 11

Sergio M. CARBONE
Age Discrimination between General Principles and Ap-
plication Criteria 23

Giandonato CAGGIANO
The Application of the European Convention on Human
Rights to Roma: The Principle of Non-discrimination and
Positive Actions in Favor of Disadvantaged Minority Groups 33

Giuseppe PALMISANO
The protection of Roma Rights within the Implementa-
tion Framework of the European Social Charter 47

Gianluca CONTALDI
The Independence of the ECB in the Light of the *Gau-
weiler* Case 65

Ivan INGRAVALLO
Gender Balance and Positive Actions in the Reform of the
General Court 83

NOTES AND COMMENTS

Cinzia DI PAOLO
Women's Rights within the Italian Legal Order in Matters
of Voluntary Termination of Pregnancy 97

Annita Larissa SCIACOVELLI The New Requirements Imposed by EU Member States to the Reunification of Third-country Children for a Potential Successful Integration: A View from the EU Court of Justice	117
Giovanni ZACCARONI The Structure of the Equality Scrutiny in Front of the Eu- ropean Court of Human Rights	135
Marco BOLOGNESE The Progressive Formation of the <i>res judicata</i> and the International an EU Law	159
Luca MINUTI The Mutual Recognition of Financial Penalties: A Testing Ground for the Development of Cooperation in Criminal Matters within the European Union	169
Antonio GUSMAI Water and Food: Some Unreasonable ‘Differences’ of Safe- guard in the National and Supranational Legal Perspective	193
BOOK REVIEWS	
Alfonso Luis CALVO CARAVACA, Angelo DAVÌ, Heinz- Peter MANSEL (eds.), <i>The EU Succession Regulation. A Commentary</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2016 (U. Villani)	217
Roberto MASTROIANNI, Oreste POLLICINO, Silvia ALLE- GREZZA, Fabio PAPPALARDO, Orsola RAZZOLINI (a cura di), <i>Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea</i> , Milano, Giuffrè, 2017 (V. Di Comite)	221
Massimo PANEBIANCO, <i>Introduzione alla codicistica del Jus Gentium Europaeum. Codice Lünig-Leibniz-Dumont</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 (A. Di Stasi)	224
Lina PANELLA (a cura di), <i>Le sfide dell’Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 (R. Palladino)	226
Giuseppe DALLA TORRE, <i>L’“extraterritorialità” nel Trat- tato del Laterano</i> , Torino, Giappichelli, 2016 (R. Baratta)	229
Books received	233
List of contributors	235

Paolo Mengozzi*

Osservazioni su principi democratici e diritti fondamentali nell'Unione europea. Nel decennale della Rivista**

L'ampiamento delle competenze UE, l'istituzione dell'Unione economica e monetaria e dell'euro e l'accentuazione dell'incidenza sui singoli importata dalla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia hanno reso più acuto l'interrogativo sulla rispondenza dell'integrazione europea all'idea di democrazia.

Alcuni danno una risposta chiaramente affermativa a tale interrogativo, facendo riferimento alla peculiarità dell'UE come originale e inedita forma di pubblico potere sovranazionale, per la quale non può trovare applicazione una nozione generale di democrazia quale valore fermo ed assoluto.

In linea con questa premessa si può ritenere che, per costoro, costituiscano elementi adeguati a suffragare la propria risposta affermativa, oltre all'art. 2 TUE, la realizzazione concreta che è stata data alle disposizioni del titolo II dello stesso TUE, con l'istituzione della cittadinanza europea, la realizzazione di forme di cooperazione interparlamentare, la creazione di varie occasioni di partecipazione e democrazia dirette, l'adozione della Carta dei diritti fondamentali delle persone e l'ampia tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione posta in essere dai giudici di quest'ultima e degli Stati membri. A quest'ultimo riguardo non si è mancato di evidenziare che l'art. 19 TUE, prevedente un tale compito per entrambi quei giudici, costituisce un cardine per la democrazia.

A questa posizione si contrappone una diversa tesi, secondo cui non si potrà essere in presenza di un sistema politico europeo che possa considerarsi democratico fintanto che non si sarà in presenza di partiti e di sindacati autenticamente europei così come di un'"opinione" (e prima ancora di una sfera) "pubblica altrettanto europea", capaci di dare luogo ad una comunità politica caratterizzata dall'adempiimento di doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale. Ne possono certamente costituire riprova gli avvenimenti degli ultimi tempi, a partire

* Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea.

** Introduzione al Convegno del 24 e 25 novembre 2016 su "Principi democratici e diritti fondamentali nell'Unione Europea", organizzato dal Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Bari Aldo Moro.

dall'esito del *referendum* tenutosi nel Regno Unito sino all'innalzamento di muri da parte di alcuni Stati membri nei confronti di altri Stati membri e alla proposta della Presidenza slovacca di revocare la decisione dell'Unione di riallocazione in tutta l'area comunitaria dei profughi che sbarcano in Italia, Grecia e Spagna e di sostituirla con il riconoscimento a ciascuno Stato membro di una facoltà di determinare unilateralmente il numero delle persone da accogliere.

Ugo Villani, in suo recente scritto, al fine di indicare le caratteristiche dell'Unione europea, sottolinea che "i suoi poteri pubblici traggono origine dal fatto che i cittadini sono direttamente rappresentati, nel Consiglio europeo, dai rispettivi Capi di Stato e di Governo e, nel Consiglio, dai rispettivi governi a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini". E, poi, rileva che l'art. 11 TUE prevede la possibilità, per cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, di prendere l'iniziativa di invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta legislativa appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengano necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati.

Non si può ritenere che, evidenziando tali dati, Ugo Villani sia allineato con chi ha assunto la prima posizione e non con chi ha assunto la seconda. Egli, invero, indica questi dati "solo" per sostenere che "l'Unione è *improntata* al principio di democrazia" (enfasi aggiunta).

Il fecondo sodalizio con Ennio Triggiani e il generale atteggiamento dei membri della scuola di Bari, che ci hanno fatto dono di questi primi dieci anni di vita della rivista "Studi sull'integrazione europea", mostrano, infatti, il loro comune convincimento che il carattere democratico del processo di integrazione europea sia stato destinato ad arricchirsi nel tempo e possa essere progressivamente realizzato solo attraverso il più ampio coinvolgimento dei cittadini degli Stati membri.

È per questa ragione che Ennio e Ugo e la scuola di Bari, accanto all'importante impegno scientifico di cui è prova la rivista, con la pubblicazione sempre tempestiva del periodico "Sud in Europa", si sono fatti meritoriamente carico di informare capillarmente le comunità territoriali, e non solo della propria regione, dei temi che sono trattati e di quelli che devono essere trattati dalle istituzioni dell'Unione. È evidente che solo attraverso una tale opera si può contribuire alla realizzazione di partiti e sindacati autenticamente europei, capaci di dare luogo ad una società politica caratterizzata dall'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Accanto al perseguimento di un tale importante obiettivo altri fattori, però, sono stati già posti in essere o sono destinati ad esserlo per rendere più democratica l'integrazione europea. A questi ulteriori fattori sono dedicati gli interventi tematici programmati dagli organizzatori di questo convegno.



Articoli

Franco Gallo*

Diritti socio-economici ed equilibri di bilancio**

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. La tutela dei diritti fondamentali tra cosmopolitismo e policentrismo. – 3. Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e la tutela dei diritti sociali alla luce della normativa europea. – 4. La recente crisi economico-finanziaria e le incerte politiche dell'UE in materia di economia sociale di mercato. – 5. Alcune considerazioni finali.

1. Intendo affrontare il tema del rapporto tra diritti socio-economici ed equilibri di bilancio sotto due profili: quello, preliminare e generalissimo, di quale sia la strada migliore da seguire, in un contesto di economia globalizzata, per estendere la garanzia dei diritti fondamentali e, in particolare, dei diritti civili e sociali essenziali; quello, conseguente e più specifico, del bilanciamento che i singoli Stati sono chiamati ad effettuare, nelle sedi legislative più opportune e nel rispetto dei Trattati UE e delle norme convenzionali, tra l'esigenza di avere i conti in ordine e quella di garantire detti diritti.

2. Sotto il primo profilo, mi limito a esporre in estrema sintesi le ragioni che mi portano ad aderire all'opinione di chi ritiene difficilmente percorribile, in questa fase storica, la strada della costituzionalizzazione a livello mondiale di tali diritti in un'ottica soprattutto cosmopolitica e universalistica.

L'idea del superamento delle frontiere degli Stati e dell'Unione europea, finalizzato alla fruizione dei diritti fondamentali, potrebbe essere teoricamente ed astrattamente allettante specie dal punto di vista della cultura occidentale e in considerazione dell'indubbio carattere globale e digitale delle comunicazioni e della circolazione. Essa è stata, seppur parzialmente, realizzata dai Paesi dell'UE attraverso l'emanazione della Carta dei diritti di Nizza e, nonostante il parere contrario della Corte di giustizia europea¹, dovrà pur essere un giorno perfezionata attraverso

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

** Relazione svolta nel Convegno del 24 e 25 novembre 2016 su "Principi democratici e diritti fondamentali nell'Unione Europea", organizzato dal Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Bari Aldo Moro.

¹ Mi riferisco al parere 2/13 della Corte di giustizia del Lussemburgo reso in seduta plenaria il 18 dicembre 2014, in cui espressamente si dice che "l'adesione dell'UE alla CEDU può compromettere l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda, nonché l'autonomia del diritto dell'Unione" e che la persistenza della possibilità che l'Unione sottoponga alla Corte EDU una domanda avente ad oggetto un'asserita violazione della CEDU ad opera di uno Stato membro dell'Unione "pregiudica le prescrizioni dettate

l'adesione dell'UE alla CEDU. Applicata però – come alcuni ritengono – a livello planetario, non solo non mi sembra in concreto realizzabile nel breve e medio termine a causa del suo carattere universale, ma ha anche il difetto, nel merito, di sottovalutare le ragioni profonde che nel corso di un'evoluzione millenaria hanno portato gli uomini a proteggere la loro vita, i loro beni e le loro tradizioni organizzandosi in gruppi, etnici e nazionali, culturalmente, politicamente e militarmente differenziati.

Mai come oggi questi gruppi hanno rivendicato con tanta energia il loro diritto ad essere riconosciuti e legittimati a livello internazionale. Si pensi alla lotta del popolo palestinese o di quello curdo. Un radicale intervento di denazionalizzazione, anche se fosse ipoteticamente possibile, avrebbe perciò l'effetto indesiderato di comprimere – seppur in nome di valori universali e a tutela dei diritti fondamentali – le differenze del pianeta e di ridurre drasticamente la complessità delle già deboli strutture politiche intermedie.

A questa soluzione credo debba giocoforza preferirsi una visione policentrica e conflittuale delle relazioni internazionali, non ispirata a *revanches* nazionalistiche. L'obiettivo dovrebbe essere quello di garantire pur sempre la tutela diffusa dei diritti fondamentali, in particolare, di quelli civili e sociali essenziali senza cancellare, però, le tradizioni secolari dei popoli e valorizzando, nel contempo, il rapporto tra i principi giuridici e le diverse identità culturali, tra la pace e l'autonomia nazionale, tra la tutela delle libertà e la sovranità dello Stato di diritto. Come propone Danilo Zolo², si tratterebbe di realizzare, in alternativa al giusglobalismo, un "diritto sovranazionale minimo" che sia in grado di coordinare i soggetti della politica internazionale secondo una logica di sussidiarietà normativa rispetto alle competenze degli ordinamenti statali. La tutela internazionale dei diritti fondamentali sarebbe così perseguita concedendo una quantità limitata di potere propriamente sovranazionale ad organi centralizzati e promuovendo una "regionalizzazione policentrica" delle principali funzioni internazionali³.

Così dicendo, prendo posizione riguardo alla tesi secondo cui il moltiplicarsi di norme transfrontaliere e di sistemi completamente autonomi e privati avrebbe fatto emergere, in parallelo, un vero e proprio diritto globale, e cioè un diritto non più incapsulato nei sistemi giuridici nazionali e nel diritto internazionale, che si spinge oltre l'armonizzazione delle diverse leggi nazionali e diventa esso stesso il diritto di tutta l'economia globalizzata.

Non credo che un tale diritto esista o possa esistere. Sono, infatti, d'accordo con chi ritiene che tutto ciò che viene avvicinato al diritto globale è in realtà un luogo dove interagiscono svariati sistemi nazionali in competizione⁴. Il che significa che,

dal Trattato FUE". La Corte arriva, perciò, alla conclusione che "il progetto di accordo sull'adesione dell'UE alla CEDU non è compatibile con le disposizioni del diritto dell'UE".

² D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI (a cura di E. Vitale), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001, p. 49 ss.

³ Queste problematiche sono state affrontate dalla dottrina con riferimento soprattutto al tema cruciale della crisi della democrazia. Mi limito qui a rinviare ai saggi di M. R. FERRARESE, *Quanto globale è il costituzionalismo cosiddetto globale?*; M. FIORAVANTI, *Il costituzionalismo globale: un'ipotesi ricostruttiva*; e L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo e globalizzazione*, tutti ricompresi in E. PACIOTTI (a cura di), *Diritti umani e costituzionalismo globale*, Roma, 2011, pp. 159-169, 171-177 e 211-220.

⁴ M. SHAPIRO, *The Globalitation of Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1993, pp. 37-64; Y. DEZALAY, B. GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction*

seppur in condizioni di debolezza, il diritto internazionale, pubblico e privato, continua ad esistere come diritto costituito dalla concorrenza fra approcci nazionali, come luogo di concorrenza regolatoria, qualunque ne sia il tema.

Non nego che sotto la nozione di diritto globale c'è l'idea, ampiamente riconosciuta, di una cultura globale e che in questa fase storica occorra fare una distinzione fra diritto internazionale, che è sempre faticosamente prodotto dai governi nazionali, e le politiche generate da entità come il WTO e l'FMI, che invece spingono verso la globalizzazione. Ma ho l'impressione che la vera novità indotta da quest'ultima nel campo del diritto sia, piuttosto che la nascita di un diritto globale, il fatto che la concorrenza tra sistemi giuridici nazionali sta producendo, specie nel diritto commerciale, una graduale sostituzione del modello anglo-americano dell'impresa commerciale e della concorrenza a quello europeo continentale, definito come modello di artigianato giuridico.

Stiamo assistendo, in altri termini, ad una sorta di americanizzazione del sistema di giustizia privata, in forza della quale gli Stati continuano in qualche modo a collaborare all'espansione dell'economia globale, ma lo fanno – come ho appena detto – in un contesto dominato da deregolazione, privatizzazione e crescente autorità di attori non statali⁵. Come acutamente osserva Saskia Sassen⁶, essi non cessano di essere una sede istituzionale per l'attuazione dei nuovi regimi politici, ma si stanno evolvendo fino a divenire una sorta di ramo esecutivo di un ordinamento in cui proliferano le agenzie regolatorie. La conseguenza – che è anche un rischio per le democrazie rappresentative – è l'emersione di un ordine istituzionale che indubbiamente rafforza i vantaggi e le pretese di certi tipi di attori economici e politici e, nello stesso tempo, indebolisce quelli di altri, con effetti negativi sull'attuazione del principio di uguaglianza e sulla stessa democrazia liberale. Tutto ciò non produce, però, un diritto globale, anche se implica lo sviluppo di meccanismi di governo privato che intacca l'esclusività dell'autorità statale e lo stesso potere normativo del diritto internazionale.

Non è facile porre un freno a questo arretramento delle relazioni internazionali alla logica dell'economia. Ma, lo ribadisco, per raggiungere questo obiettivo non vedo altra via che non sia il graduale recupero, attraverso convenzioni internazionali e sovranazionali, del diritto e della garanzia dei diritti e, ovviamente, di una politica – che Jürgen Habermas⁷ chiama “deliberativa” – la quale prenda l'uno e l'altra sul serio. Si dovrebbe, in particolare, rivitalizzare le autorità statali e

of a Transnational Legal Order, Chicago, 1996; Id., *Global Prescriptions: The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Chicago, 2002; Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Milano, 1997.

⁵ Cfr. P. BORGOGNONE, *L'immagine sinistra della globalizzazione*, Frankfurt, 2016, parla addirittura di degenerazione della “classe media” occidentale, passata da una concezione weberiana di garanzia di stabilità democratica ad una concezione americanizzata propria delle *facebook generations*.

⁶ S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, Milano, 2008, pp. 342-349.

⁷ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma, 2013, Prefazione, *passim*. Dice bene il maestro tedesco che “da tempo la globalizzazione economica, perseguita secondo modelli di *deregulation* neo-liberale ha fatto saltare i confini di un capitalismo inglobato entro lo Stato”. È, perciò, “ora più che mai urgente ‘riregolare’ lo scatenamento dei mercati” attraverso una “auto-autorizzazione della politica nei confronti dell'economia, soprattutto, nei confronti del settore bancario internazionale”.

sovrnazionali, costruire nuove forme di esse che garantiscano maggiore giustizia e responsabilizzazione ed evitino il loro confinamento alla promozione della globalizzazione economica. Non si tratta tanto di limitarsi a prendere atto dell'attuale declino dell'importanza dello Stato ponendo al centro dell'analisi il diritto globale, quanto di esplorare una zona intermedia caratterizzata dalla possibilità di cambiare gli attuali schieramenti: una zona che potrà produrre risultati solo in funzione degli obiettivi politici che si intende raggiungere.

È evidente che il riferimento a tali obiettivi pone l'ulteriore, cruciale questione di cosa fare per invertire l'attuale *trend* negativo del dominio dell'economia sulla buona politica e, perciò, anche sul buon diritto. Per risolvere tale questione, infatti, ne dovrebbero essere affrontate altre, di difficilissima soluzione, che sono alla base dell'attuale crisi strutturale delle moderne democrazie e, quindi, della politica, e cioè: come tornare a coinvolgere i cittadini nelle vicende della democrazia e come recuperare un processo di legittimazione permanente, che è poi l'essenza dello stato di diritto e di quello sociale. Il lavoro sarà lungo e difficile. Bisognerà, prima, creare le condizioni affinché ogni cittadino possa farsi un'idea di ciò che succede e, poi, per questa via trasformare la democrazia deliberativa in democrazia autoriflessiva della cittadinanza, della sfera pubblica, di ciò che Habermas chiama "formazione dell'opinione e della volontà civica".

Per ora, non si vedono tracce di mutamenti in questo senso. Anzi, sembra accentuarsi il fenomeno di un capitalismo che sfugge ad ogni controllo politico e continua a produrre un sistema economico autoregolato, che obbedisce esclusivamente alla logica della propria valorizzazione in vista del profitto. Insomma, la prospettiva sembra essere quella, inversa, di trasformazione delle democrazie capitaliste in "democrazie di facciata", il cui sintomo più evidente è, appunto, l'aumento del tasso di astensione.

3. Sotto il più specifico profilo del bilanciamento tra i diritti sociali essenziali e il principio del pareggio di bilancio è necessario prendere in considerazione il complesso delle disposizioni, interne e comunitarie, cui lo Stato deve attenersi nell'effettuare tale bilanciamento. Queste disposizioni sono state introdotte con la legge costituzionale n. 1 del 2012, che ha integrato gli articoli 81, 97 e 119 della Costituzione, alle quali si devono aggiungere gli articoli 5 e 6 della citata legge n. 1 e la legge rinforzata n. 243 del 2012, attuativa del co. 6 dello stesso art. 81 (contenente "La disciplina delle norme fondamentali volte ad assicurare il suddetto equilibrio e la sostenibilità del debito delle pubbliche amministrazioni"). Questo complesso di norme, a sua volta, deve essere inquadrato nell'ambito delle fonti UE (in particolare, del Patto di stabilità e crescita, o PSC, di cui al regolamento (CE) n. 1466/1997) e degli atti convenzionali successivi conosciuti come *Fiscal compact*, *Six Pack* e altri ancora.

Prima del Patto, l'obiettivo principale che si era prefissa l'UE era quello della crescita trainata dai principi di concorrenza e diversità. Tale obiettivo era fissato solennemente nei Trattati UE (articoli 102A, 103, 104 Maastricht; 98, 99, 104 Amsterdam; 120, 121, 126 Lisbona) e il suo raggiungimento era affidato agli Stati membri, i quali dovevano realizzarlo avvalendosi ciascuno della propria politica economica e della capacità di indebitamento regolamentata dall'art. 104C TUE (poi

104 Amsterdam e 106 Lisbona). Con la stipula del Patto di stabilità e crescita la situazione è – come tutti sappiamo – cambiata, quanto meno in termini di *consecutio* temporale: raggiungere la parità di bilancio è divenuto un obbligo prioritario per tutti gli Stati membri che prevale, ma non annulla, quello più generale della crescita in regime di concorrenza.

Ricordo che Giuseppe Guarino ha denunciato in vari suoi scritti l’illegittimità di questo accavallarsi di norme comunitarie e convenzionali, sostenendo che i Trattati non potevano essere derogati nella loro applicazione da norme di grado inferiore nella gerarchia delle fonti, quali erano appunto quelle regolamentari contenute nel PSC e negli atti successivi che ho appena indicato. Secondo Guarino il PSC, assoggettando tutti gli Stati membri al medesimo obbligo di parità di bilancio, avrebbe abrogato il fondamentale principio di diversità, e cioè il principio che costituisce una condizione necessaria e ineliminabile per una leale concorrenza, ed avrebbe perciò privilegiato illegittimamente tutti quei Paesi che potevano contare su un pareggio strutturato in attivo rispetto a quelli, come l’Italia, che non ci potevano contare.

Devo dire che questa interpretazione, acuta come tutte quelle di G. Guarino, non mi sembra convincente nella sua iperbolicità. E ciò per ragioni non solo latamente politiche – accettandola, tutto il sistema imperniato sul pareggio di bilancio “salterebbe” per illegittimità del PSC –, ma anche per ragioni più strettamente giuridiche. Le espongo molto sinteticamente.

Mi sembra inverosimile che, nel sottoscrivere il *Fiscal compact* e nell’aderire agli altri atti in tema di equilibrio di bilancio, la volontà dei Paesi membri potesse essere nel senso, così eclatante, di sostituire d’*emblée* la nuova disciplina della parità di bilancio ad una, quella dei Trattati, che ha e continua ad avere di mira la crescita, è imperniata sul principio di concorrenza e non è affatto repulsiva di norme restrittive congiunturali – come, appunto, quelle sull’equilibrio di bilancio – dettate dalla necessità di far fronte ad un transitorio stato di emergenza. Mi sembra ragionevole ritenere che tale volontà fosse più semplicemente nel senso che il pareggio di bilancio è un ulteriore, importante obiettivo da raggiungere a medio termine, all’interno dell’ordinamento UE, attraverso lo strumento flessibile del coordinamento delle politiche economiche in tempo di crisi, coordinamento da realizzare con distinti atti comunitari e intergovernativi, inseriti in (e connessi con) i Trattati medesimi.

Ne consegue che la previsione di tale obiettivo, essendo frutto solo di un coordinamento consentito dai Trattati, non esclude di per sé quello della crescita e non può costituire una deroga permanente ai principi fondamentali comunitari di concorrenza, sussidiarietà e autonomia delle politiche economiche. Non può produrre, quindi, l’illegittimità, anzi, l’incompetenza assoluta di tutto il sistema regolamentare del PSC denunciata da Guarino⁸.

Il primo problema che la coesistenza dei due indicati ordini di norme ha posto sul piano del diritto interno è stato se l’obbligo di adeguamento del diritto nazionale (sia statale che degli enti territoriali) alla normativa europea in tema di pareggio di bilancio avrebbe potuto essere assolto con modalità diverse dalla revisione costituzionale adottata nel nostro Paese.

⁸ G. GUARINO, *Un saggio di “verità” sull’Europa e sull’Euro*, 21 ottobre 2013, reperibile *online*.

Come è noto, la risposta che la dottrina ha dato a tale domanda è stata decisamente affermativa. Ed altrimenti non poteva essere, non essendovi dubbio che la normativa europea di bilancio introdotta con il PSC e i richiamati atti convenzionali è di per sé già dotata della forza richiesta dai Trattati UE per avere efficacia diretta negli ordinamenti nazionali e, quindi, è già operante, fin da prima dell'intervenuta riforma costituzionale, nei confronti dello Stato e, in forza dei principi comunitari di effettività e sussidiarietà, nei confronti anche degli enti territoriali (articoli 4, par. 3, 5, 6 e 29 del TUE). La normativa europea di bilancio discende, infatti, da ben determinate fonti di diritto dell'Unione recepite in Italia con apposite leggi di esecuzione⁹, quali sono i Trattati, i regolamenti, le direttive, e da un accordo internazionale, appunto il *Fiscal compact*, esterno, anche se strettamente connesso a tale diritto. Essi prevedono, in particolare, un meccanismo sanzionatorio e autoapplicativo al cui rispetto è indifferente la costituzionalizzazione delle relative disposizioni. Alla stessa stregua, insomma, di ciò che avviene per le misure del limite del 3% del *deficit* di bilancio e per la riduzione dello *stock* di debito del 60% del PIL, misure tutte non inserite in Costituzione come vincoli.

Se, dunque, la riforma di diversi articoli della Costituzione in tema di bilancio, attuata nel 2012 con la richiamata legge costituzionale n. 1, ha avuto solo un effetto confermativo dell'operatività di norme UE preesistenti, è difficile vedere quali ulteriori garanzie possano derivare dall'inserimento esplicito in Costituzione della regola comunitaria dell'equilibrio di bilancio. Il che significa che le modifiche costituzionali introdotte hanno un'efficacia meramente interna e trovano spiegazione solo nell'intenzione della maggioranza politica dell'epoca di dare, sotto la spinta della crisi economico-finanziaria, particolare visibilità agli accordi comunitari in materia di bilancio e di rendere consapevole l'opinione pubblica della necessità di una gestione rigorosa del bilancio stesso a livello sia statale che degli altri enti territoriali.

Se però ci si muove, come ci si deve muovere, in questa ottica di diretta applicazione della normativa comunitaria, il rischio derivante dall'inserimento del principio del pareggio di bilancio nell'art. 81 Cost. potrebbe essere quello della costituzionalizzazione della perdita, a favore dell'UE, della sovranità finanziaria dello Stato italiano, intesa, ovviamente, solo come facoltà di riconoscere i propri debiti, le forme di pagamento e le eventuali estinzioni degli stessi. Nell'attuale grave crisi del processo di integrazione, questa perdita, seppur non riferita anche alla sovranità fiscale, potrebbe in effetti mettere il nostro Paese in condizioni di inferiorità rispetto agli altri Paesi UE dall'economia e (quindi) dai bilanci più floridi. Essa andrebbe, per di più, ad aggiungersi alla perdita della sovranità monetaria, già devoluta al sistema delle banche centrali e, per esso, alla BCE con il Trattato di Maastricht¹⁰.

Chiarita la diretta operatività nell'ordinamento statale e in quello degli enti sub-statali delle regole comunitarie in tema di pareggio di bilancio, si può ora affrontare il problema che costituisce il punto centrale di questa mia relazione, cioè il problema

⁹ Anche con riferimento alle norme UE in tema di bilancio valgono pertanto, a seconda dei casi, le garanzie generali della disapplicazione (da parte del giudice comune) o dell'incostituzionalità (da pronunciarsi, naturalmente, da parte della Corte costituzionale) delle norme interne con esse confliggenti.

¹⁰ Sul punto, vedi G. DI GASPARE, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in *Amministrazione in cammino*, 29 dicembre 2014, reperibile online.

se le nuove norme costituzionali, che tale principio hanno espressamente recepito, possano avere l'effetto di ridurre la tutela dei diritti sociali all'interno dei Paesi membri dell'Unione.

Questo problema è per certi versi simmetrico a quello posto da Guarino riguardo al rapporto fra le norme regolamentari sul pareggio di bilancio integrative dei Trattati e le norme generali sulla crescita e la concorrenza contenute nei Trattati stessi. La differenza è che in questo caso il problema riguarda il rapporto non tra due ordini di norme comunitarie (i Trattati e i regolamenti), ma tra il complesso delle norme UE e le norme interne costituzionali. Si tratta, cioè, di accertare su quali basi possa contemperarsi l'obiettivo comunitario, costituzionalizzato con l'art. 81, di avere conti pubblici in equilibrio con l'esigenza di garantire, a livello interno, i diritti sociali, come richiesto dalle Costituzioni nazionali. In questa valutazione si dovrebbe anche tener conto delle numerose disposizioni dei Trattati che hanno rilevanza sociale, come quelle in tema di economia sociale di mercato (art. 2, par. 3, TUE), di cui dirò più avanti, di identità costituzionali nazionali (art. 4, par. 2, TUE) e di protezione sociale (art. 9 TFUE).

Sul punto si è pronunciata per prima la Corte costituzionale portoghese con la coraggiosa decisione *Acórdão* n. 187 del 2013. Essa ha affermato la necessità di un bilanciamento tra principi del diritto dell'Unione e principi inderogabili della Costituzione interna ed ha sottolineato l'esigenza che le misure interne, per quanto necessarie, non possono prescindere dal rispetto dei principi costituzionali. Nel caso di specie erano in discussione i principi costituzionali di uguaglianza e proporzionalità per le differenze di trattamento che la legge impugnata aveva previsto a svantaggio dei dipendenti pubblici. Ed è stato proprio il mancato rispetto di tali principi che ha portato la Corte portoghese a dichiarare incostituzionale tale legge attuativa di un indirizzo comunitario.

La Corte costituzionale italiana ha affrontato più recentemente questa problematica con le due note sentenze n. 70 e n. 10 del 2015, rispettivamente, sulla perequazione pensionistica e sulla c.d. *Robin Hood Tax*. Tali pronunce, con una non esemplare coerenza, hanno fatto pendere la bilancia dei valori costituzionali, la prima, a favore della tutela piena dei diritti sociali e, perciò, del principio di uguaglianza; la seconda, a favore del principio del pareggio di bilancio limitativo delle spese sociali.

Di queste due sentenze ci interessa in questa sede quella sulla perequazione pensionistica, anche per il vivace dibattito che ha suscitato non solo in dottrina. Essa, ponendosi sulla stessa linea della sentenza portoghese, ha tracciato i limiti oltre i quali, in sede di bilanciamento, le pur rispettabili esigenze finanziarie non possono prevalere totalmente sui diritti sociali. Poggiandosi su due sue precedenti pronunce in materia (sentenze n. 316 del 2010 e n. 226 del 1993), ha affermato che "l'interesse dei pensionati, in particolar modo di quelli titolari di trattamenti previdenziali modesti, è teso alla conservazione del potere di acquisto delle somme percepite, da cui deriva in modo consequenziale il diritto a una prestazione previdenziale adeguata". Tale diritto, costituzionalmente fondato, risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie, anche se imposte dalle citate norme convenzionali e dei Trattati comunitari. Risultano, quindi, intaccati "i diritti fondamentali connessi al rapporto previdenziale, fondati su inequivocabili parametri costituzionali: la proporzionalità del trattamento di quiescenza, inteso quale retribuzione differita (art.

36, co. 1, Cost.) e l'adeguatezza (art. 38, co. 2, Cost.). Quest'ultimo è da intendersi quale espressione certa, anche se non esplicita, del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e al contempo attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3, co. 2, Cost.”.

Non so se i principi espressi da questa sentenza costituiranno in futuro un'utile e sicura *guideline* per il legislatore nazionale. Essa è stata criticata perché si sarebbe addentrata nel merito di quanta progressività sia accettabile e giusta, spingendosi al limite del suo ufficio istituzionale ed entrando nella sfera di discrezionalità di scelta che è propria della politica¹¹. Può darsi che nel caso specifico ci sia stata una qualche “invasione di campo” da parte della Corte, ma si deve pur sempre tenere conto, in via generale, che la tutela dei diritti civili e sociali essenziali – ad esempio, quelli previsti dall'art. 117, co. 2, lett. m), Cost. (i c.d. LEA, livelli essenziali di assistenza) – che potrebbero essere disattesi da stringenti regole di bilancio (come è avvenuto per quelli pensionistici azzerati dal richiamato meccanismo perequativo dichiarato incostituzionale) riguarda principi fondamentali del nostro ordinamento. E questi principi non sono facilmente e liberamente superabili né da altri della stessa Costituzione italiana come, appunto, quelli stabiliti dall'art. 81 Cost., né, al limite, da altre norme di provenienza UE, come quelle convenzionali del *Fiscal compact* e degli altri patti successivi.

È vero che la Corte costituzionale deve limitarsi a verificare se il bilanciamento, effettuato dal legislatore ordinario, tra l'esigenza dell'equilibrio finanziario e quella della protezione sociale risponda ai principi di ragionevolezza, proporzionalità, congruità e coerenza. Ma è anche vero che esiste una soglia minima di prestazioni sociali che, a certe condizioni – quelle, ad esempio, individuate dalla sentenza n. 70 –, non ammette compressioni del diritto della persona ad opera di altre norme costituzionali o sovranazionali.

In tali casi, l'applicazione del principio del pareggio di bilancio non può avere sempre un primato sui diritti fondamentali che garantiscono tale soglia, trasformandoli in diritti condizionati dalla disponibilità delle reali risorse. È, al contrario, l'attuazione di tali diritti che dovrebbe, in sede di bilanciamento, indirizzare l'obbligo del legislatore di distribuire le risorse disponibili in sede di legge di bilancio; fino al punto di ammettere, almeno in via teorica, in alcuni casi estremi la possibilità di opporre controlimiti¹² fondati sul principio di ragionevolezza e, addirittura, invocare

¹¹ Dice al riguardo N. C. SALERNO, *La Corte costituzionale sulla sospensione dell'indicizzazione delle pensioni*, 2 maggio 2015, in *Reforming.it*: “Le scelte distributive non si compiono in astratto ma maturano all'interno dello specifico quadro macro-finanziario di cui scontano i vincoli di disponibilità di risorse. Il legislatore ordinario è obbligato a compiere queste scelte nel mondo reale e a prendersi responsabilità politica delle azioni; la Corte costituzionale, quando travalica come in questa sentenza il confine delle sue competenze, è inevitabilmente esposta al rischio di affrontare le tematiche redistributive solo in astratto, perché sollecitata a esprimersi solo sulla tematica specifica sottoposta dal ricorrente, al di fuori di una cognizione complessiva del contesto, dei vincoli nazionali e internazionali, dei *trade-off*, anche di specifica natura distributiva, in cui matura la politica economica”.

¹² Così, cautamente e in termini generali, C. SALVI, *Principio sociale, diritto europeo e controlimiti. Il caso della proprietà privata*, Relazione al convegno *Proprietà e diritto europeo*, Reggio Calabria, 12-13 ottobre 2013, pp. 12-13 del dattiloscritto; vedi anche G. SILVESTRI, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, p. 64 ss.; nonché M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e diritto*, nn.

il rispetto dell'identità nazionale cui si riferisce l'art. 4, par. 2, TUE¹³. Ciò, tenendo comunque conto che nella stessa normativa europea sono previsti elementi di flessibilità che, almeno nelle intenzioni del legislatore comunitario, dovrebbero escludere la possibilità di collisione fra i due ordinamenti. Tali elementi sono, del resto, presenti, sia pure in termini molto restrittivi, anche nell'art. 81 Cost. e sono definiti nell'art. 5, lett. d), della citata legge costituzionale n. 1 del 2012 quali "eventi eccezionali" prodotti da "gravi recessioni economiche" e da "crisi finanziarie".

Dopo le indicate due sentenze la Corte costituzionale ha avuto un orientamento ondeggiante non sempre coerente con la richiamata sentenza n. 70. Infatti, se da una parte, in alcune sentenze ha solennemente affermato che il parametro costituzionale del livello essenziale delle prestazioni (di cui al citato art. 117, co. 2, lett. m), Cost.) deve essere inteso non come una diminuzione delle potenzialità espansive del precepto di uguaglianza sostanziale, ma come "presidio invalicabile del limite oltre il quale l'intervento legislativo non può comprimere l'erogazione delle prestazioni necessarie per il soddisfacimento dei diritti sociali" (sentenze n. 10 del 2016 e n. 188 del 2015); dall'altra, in coeve sentenze ha sottolineato che la tutela di tali diritti e l'attuazione dei servizi in cui la tutela si concreta va comunque realizzata con necessaria gradualità in proporzione alle risorse disponibili e alle contingenti situazioni economiche, valorizzando il principio "di istruttoria normativa" in relazione alla situazione storica (sentenze n. 26 del 2013 e n. 70 del 2015). Il che è come dire che l'esigenza finanziaria statale deve, in concreto, quasi sempre prevalere sulla tutela dei diritti sociali e civili essenziali.

4. Non mi sembra che le politiche comunitarie in materia di economia sociale di mercato, sviluppate in questi ultimi trent'anni, possano aiutare i legislatori e i giudici delle leggi dei Paesi dell'UE a muoversi nel senso di un più equo bilanciamento a favore dei diritti sociali essenziali. A parte il fatto che nel 2012 sono state tali politiche ad offrire lo spunto al legislatore italiano per costituzionalizzare il principio del pareggio di bilancio, mi pare indubbia la loro contraddittorietà nel tempo.

A volte, esse hanno dato l'impressione di voler abbandonare il dogma della concorrenza e ancorare l'economia ai principi fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti di Nizza. Ciò è stato fatto, peraltro, non procedendo sul binario di un adeguamento

4/1994 e 1/1995. Così sintetizza questa problematica con la sua nota schiettezza L. CARLASSARE, *Forme di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, p. 33 ss.; ID., *Priorità costituzionali e controllo della destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 4 giugno 2013: "La Costituzione non è cambiata. Le difficoltà economiche non ne cancellano norme, principi, valori. Restando questi immutati, la crisi può produrre un unico effetto importante: rendere più grave e rigoroso l'obbligo di un oculato impiego delle risorse e l'obbligo di destinarle innanzitutto ai bisogni primari, alla realizzazione delle priorità costituzionali, lasciando ad altri obiettivi ciò che eventualmente rimane. (...) La nostra Carta non è un testo oscuro e arduo da interpretare, soprattutto riguardo ai valori che la ispirano e agli obiettivi da realizzare; è di una chiarezza estrema non solo nell'indicarli, ma spesso anche nel definirne l'ordine di importanza, ricavabile pure dal modo in cui si rapportano reciprocamente e dal tipo di legami che li uniscono nel disegno complessivo. Esiste una straordinaria coerenza fra le norme costituzionali, ordinate tutte intorno a un valore centrale che le illumina di senso: la persona e la sua dignità".

¹³ Peraltro, come ha segnalato di recente F. DE WITTE, *EU Laws, Politics and the Social Question*, in *German Law Journal*, 2013, pp. 608 ss., la Corte di giustizia UE non sembra aver tenuto conto, finora, di questa norma.

dei sistemi sociali nazionali ad un modello comune, ma limitandosi ad un governo delle differenze proprie di tali sistemi e facendo ricorso, per superare l'ostacolo dell'unanimità, non al diritto "concluso", ma a fonti di carattere "non legislativo" come la *soft law*. A volte, le stesse politiche hanno imposto, sia pure per motivi solo congiunturali, forme di *governance* economico-finanziarie restrittive della spesa sociale, che poi sono quelle che – come ho appena detto – hanno spinto, seppur non obbligato, gli Stati con forte debito pubblico, come quello italiano, a costituzionalizzare il principio di equilibrio di bilancio.

Si è così tornati a collocare la creazione del modello sociale europeo in quella prospettiva funzionalista di ispirazione ordo-liberale da cui ci si augurava di essere usciti all'indomani del varo della strategia di Lisbona del 2000. I segnali provenienti dal *Fiscal compact*, dall'*Europlus* e dal *Six pack* hanno espresso certamente la volontà degli Stati membri di affrontare insieme le problematiche economiche e quelle sociali, queste ultime, in particolare, sul fronte dell'occupazione. Tuttavia, ciò è sempre avvenuto attraverso un "approccio integrato" delle rispettive politiche e mettendo al centro – come si è visto – l'obiettivo del pareggio di bilancio, piuttosto che garantendo un'effettiva, autonoma tutela dei diritti sociali e civili essenziali.

Il che ha avuto l'effetto, oltreché di condizionare pesantemente le politiche di bilancio dei singoli Stati, anche di accentuare la politicizzazione del processo di integrazione nel suo complesso, dando argomenti ai movimenti antieuropei e populistici per mettere in discussione il processo di integrazione e per porre con sempre più insistenza domande tipo: è opportuno che l'UE interferisca nelle decisioni su chi condivide cosa con chi e in che misura? Fino ad instillare il dubbio che essa stia indebolendo oltre ogni misura piuttosto che rafforzando lo Stato sociale. Si badi bene, sono proprio queste preoccupazioni ad essere alla base delle proteste di questi movimenti.

Dopo la stipula del *Fiscal compact* una delle poche testimonianze della volontà dell'UE di progredire nella realizzazione del modello sociale europeo nell'alveo del richiamato art. 3 del TUE dovrebbe restare, in via generale e astratta, la disposizione dell'art. 9 dello stesso Trattato che, nell'introdurre la c.d. clausola sociale orizzontale, impone alle istituzioni europee, così come agli Stati membri¹⁴, di attuare le proprie strategie economico-finanziarie tenendo conto delle esigenze occupazionali e sociali. Ma anche tale disposizione è rimasta, per così dire, sospesa. Potrebbe, comunque, acquistare valore solo qualora venisse accolta la proposta interpretativa, portata avanti da Ugo Villani, di inserirla tra i parametri di legittimità degli atti di fonte europea¹⁵. Cosa che finora non mi sembra sia avvenuta.

In via più generale va comunque rilevato che, delle cinquanta proposte contenute nel piano di azione diretto alla realizzazione del principio di economia sociale di mercato cui è dedicata l'agenda politica "Europa 2020", ben poche attengono alla sfera dei diritti sociali e, anche quando vi attengono, appare evidente la loro strumentalità rispetto ai valori mercatistici. Anche la soluzione delle stesse problema-

¹⁴ Il riferimento è ai casi in cui si operi in materie per cui è prevista una competenza concorrente (art. 4, par. 2, TFUE) o un compito di coordinamento e completamento dell'UE rispetto all'azione degli stati (art. 6 TFUE).

¹⁵ Come sostiene U. VILLANI, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, p. 47.

tiche occupazionali cui fa riferimento detto art. 9 viene fatta dipendere dalla “capacità dell’UE di produrre crescita economica mediante politiche macroeconomiche, industriali e di innovazione appropriate”, e non anche da uno sviluppo della nozione di modello sociale europeo acquisito dalle norme dei Trattati o da una convergenza delle politiche, anche fiscali, di redistribuzione.

La Corte di giustizia, da parte sua, sembra a prima vista andare teoricamente nella direzione di una rivalutazione dei diritti sociali, ma alla fine ripiega anch’essa, in concreto, sull’applicazione del principio di proporzionalità con riferimento ad ogni singolo caso¹⁶.

5. Se debbo trarre delle conclusioni *de iure condendo* da quanto finora esposto sul rapporto fra diritti socio-economici e principio del pareggio di bilancio e sulle politiche sociali realizzate dall’UE, esse non sono consolanti. Non avrei dubbi che il *Fiscal compact* e la conseguente costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio si sono rivelati un ostacolo all’azione dei singoli Paesi diretta a garantire o, comunque, a non ridurre tali diritti. Il rischio che potrebbe corrersi è che gli Stati uniti d’Europa, costruiti – come è avvenuto finora – solo sulla lenta convergenza delle strutture economiche e sulla base di stati di necessità ed urgenza, siano destinati ad implodere.

Ciò potrebbe essere evitato solo se si accogliesse l’invito, da più parti avanzato¹⁷, a ripartire da un confronto su quali debbano essere le linee di riforma del *Fiscal compact* idonee a rilanciare la crescita e, insieme, a garantire lo stato sociale.

L’occasione potrebbe essere offerta dall’art. 16 dello stesso *Fiscal compact*, dove è stabilito che entro cinque anni dall’entrata in vigore (1° gennaio 2013) le sue norme devono essere oggetto di un processo di inserimento nell’ordinamento comunitario. Gli Stati membri dell’UE dovrebbe avere il coraggio di utilizzare questa occasione per abrogare tutte le norme a valle del Trattato di Maastricht e prevedere l’esclusione dai vincoli di bilancio della maggior parte delle spese pubbliche di investimento; alla condizione che queste siano definite secondo regole comuni e siano sottoposte a rigorosi monitoraggi da parte di organismi della Commissione indipendenti dai Governi nazionali. Queste spese dovrebbero essere assistite da forme di copertura comunitaria a debito e da forme di garanzia, diretta e indiretta, del bilancio comunitario, alle quali dovrebbe accompagnarsi la creazione di un significativo spazio fiscale europeo e di una vera unione bancaria e del mercato dei capitali.

È evidente che i diversi punti di vista degli Stati si riproporrebbero anche in questa difficile fase ricostruttiva del tessuto economico-sociale dell’Unione. Eppure, un confronto politico e tecnico su tali temi cruciali è l’unico strumento che potrebbe consentire di uscire da una situazione di mera difesa dell’esistente e di rimettersi nel solco tracciato dai Trattati. Solo così operando può nutrirsi la speranza di ridare impulso al processo di integrazione.

¹⁶ Su questo punto rinvio all’analisi da me svolta in *Giustizia sociale e giustizia fiscale nell’Unione Europea fra integrazione e unificazione*, Napoli, 2015, pp. 18-28.

¹⁷ Vedi per tutti, P. DE IOANNA, *Tempo ed equilibrio: due dimensioni cruciali nella disciplina costituzionale del bilancio pubblico*, in *federalismi.it*, n. 13/2016.

Abstract

Socioeconomic Rights and Balanced Budget

The essay deals with the relationship between socioeconomic rights and balanced budget in two respects: what is the best way forward, in a context of a globalized economy, to extend the guarantee of fundamental rights and, in particular, of essential, civil and social rights; and the balance between the need to keep correct accounts and to guarantee the above rights, that EU member States are called to carry out in the most suitable legislative forum and in compliance with the treaties and conventional laws.

Sergio M. Carbone*

Discriminazioni sulla base dell'età tra principi generali UE e criteri applicativi**

SOMMARIO: 1. Divieto di discriminazione e reciproche positive integrazioni tra diritto internazionale, CEDU e TUE. – 2. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la direttiva quali fonti di cognizione di diritti a favore di imprese e individui. – 3. I vincoli e i limiti all'esercizio di diritti fondamentali: la funzione della Carta dei diritti fondamentali e della CEDU nell'applicazione degli atti UE. – 4. In particolare, le circostanze giustificative dei limiti di età nel trattamento dei lavoratori e nell'accesso alle attività economiche. La direttiva 2000/78. – 5. I modi e i criteri applicativi delle legittime ragioni giustificative dei diversi trattamenti in funzione dell'età. – 6. In particolare, alcune specifiche giustificazioni anche di carattere economico ai trattamenti differenziati in funzione dell'età e i limiti ai relativi controlli di legittimità.

1. I vari aspetti delle recenti evoluzioni giurisprudenziali relativi alla c.d. *age discrimination* consentono di valutarne gli effetti in una più ampia prospettiva che permette di meglio precisarne la portata, non solo con specifico riguardo ai trattamenti differenziati in funzione dell'età, ma anche in termini generali validi per ogni tipo di discriminazione.

Anzitutto, si deve osservare che, in generale, i problemi relativi a situazioni di illegittima discriminazione hanno ricevuto una particolare attenzione nei casi relativi alla disciplina del lavoro subordinato. È, infatti, con riferimento a tali rapporti che si è formata una giurisprudenza assai elaborata, ormai codificata in vere e proprie norme specificamente relative alle discriminazioni sessuali, alle discriminazioni relative al trattamento economico oltretutto all'orientamento sessuale.

Ed in tale direzione ci si è avvalsi anche dei risultati raggiunti in sede di applicazione ed elaborazione della normativa di diritto internazionale uniforme come, ad esempio, ancora di recente, è avvenuto a proposito della valutazione di alcune non giustificate discriminazioni nei confronti dei disabili (sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013, cause riunite C-335 e 337/11). Infatti, ai fini di tale valutazione e della definizione dell'ambito soggettivo entro il quale tale tutela deve operare ci si è avvalsi della nozione di "disabile" adottata in virtù dell'elaborazione normativa operata a livello internazionale in occasione della *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*.

* Emerito di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Genova.

** Relazione svolta nel Convegno del 24 e 25 novembre 2016 su "Principi democratici e diritti fondamentali nell'Unione Europea", organizzato dal Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

Non stupisce, quindi, che, proprio con riferimento alla valutazione delle situazioni che comportano una differenziazione di trattamento tale da rappresentare una violazione del divieto di discriminazione, la Corte di giustizia non ha avuto, a maggior ragione, esitazione ad avvalersi, in generale, dei contenuti normativi ricavabili dalla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo (CEDU) a causa del sempre più ampio riconoscimento del ruolo guida che essa ha assunto in ambito internazionale nella tutela dei diritti dell'uomo e dei rinvii ad essa previsti nel Trattato di Lisbona e nella Carta europea dei diritti fondamentali. Si è, infatti, da tempo osservato che, pur in mancanza dell'ancora non intervenuta adesione dell'UE a tale Convenzione, i suoi contenuti sono da considerare un parametro normativo dal quale non si può in ogni caso prescindere. Si fa, al riguardo, valere che le sue norme, comprensive degli esiti giurisprudenziali relativi alla loro applicazione, possono essere considerate produttive addirittura di effetti diretti nei rapporti interindividuali in ambito UE. Tanto da comportare la disapplicazione delle contrastanti norme nazionali indipendentemente dall'esistenza di uno specifico obbligo internazionale assunto al riguardo dalla UE nei confronti degli Stati contraenti della CEDU.

Infatti, ancora di recente, si è invocato, a conferma di quanto ora indicato, l'art. 6 TUE ed in particolare il suo par. 3, sulla base del quale i diritti fondamentali "garantiti dalla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" riconosciuti nel suo ambito di applicazione. In tal senso quindi essi devono ritenersi, come già accennato, produttivi anche di effetti diretti nei rapporti interindividuali e nei rapporti verticali tra Stati ed individui all'interno dell'ordinamento UE a prescindere dalla sua formale adesione alla CEDU. Si prende, quindi, definitivamente atto che i diritti previsti nella CEDU non rilevano più soltanto come "source of inspiration for the discovery of general principles of EU law", come a suo tempo indicato in occasione della famosa sentenza *Nold* (del 14 maggio 1974, causa 4/73).

Ma non soltanto. In realtà, la CEDU assume un definitivo "*binding status*" all'interno del sistema normativo dell'UE anche con riguardo ai Protocolli ad essa relativi, quanto meno nei limiti in cui essi sono in vigore nell'ambito territoriale degli Stati che hanno provveduto alla loro ratifica. Si deve infatti ritenere che la tutela della CEDU possa essere estesa secondo le norme dei Protocolli ora indicati a discrezione degli Stati membri, purché non avvenga in contrasto con le norme dell'UE ed in particolare senza pregiudizio dell'unità, del primato e dell'effettività del diritto dell'Unione, come di recente precisato dalla Corte di giustizia nel caso *Julian Hernández e a.* (sentenza del 10 luglio 2014, causa C-198/13).

Né si può osservare in senso contrario che gli effetti ora indicati dalla CEDU potevano essere giustificati solamente secondo il Trattato di Maastricht in quanto espressamente previsti in virtù uno specifico vincolo al rispetto della CEDU mentre secondo il Trattato di Lisbona identico vincolo non è espressamente previsto, essendo stata preferita la diversa formulazione dell'art. 6, par. 3. Peraltro, come è stato di recente osservato, non si può certo ricavare da tale mutata formulazione del Trattato di Lisbona la volontà di ridimensionare i vincoli nei riguardi dei contenuti normativi della CEDU e di operare un oggettivo regresso nella tutela dei diritti individuali rispetto al passato.

2. Da quanto esposto, pertanto, risulta la possibilità di integrare gli effetti diretti di alcuni principi propri dell'ordinamento comunitario attraverso l'impiego delle norme della Convenzione EDU e della relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Si precisano in tal modo i contenuti e l'estensione dei relativi diritti individuali rendendoli concretamente operativi ed azionabili nell'ordinamento dell'UE.

Analoghi effetti integrativi si realizzano anche in virtù dei principi relativi a situazioni giuridiche soggettive previste in direttive nonostante che ad esse non sia stata ancora data compiuta attuazione. In realtà, ciò che rileva a questo riguardo è l'intervenuta emersione in ambito UE, in virtù della sola adozione di "direttive", di un principio generale di diritto che prevede la protezione di specifiche situazioni giuridiche individuali secondo criteri che consentono di farle valere innanzi alle autorità comunitarie e nazionali.

Identici effetti, inoltre, potranno essere riconosciuti anche nei casi in cui la loro rilevazione è possibile attraverso la codificazione che ne è stata operata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infatti, l'art. 51 della stessa Carta deve essere interpretato riconoscendo ad esso una portata che non può essere intesa come rivolta ai soli Stati ed in particolare con una portata volta a limitare o condizionare l'applicabilità diretta di principi generali pur formulati con criteri idonei a creare e costituire diritti individuali nell'ambito del diritto dell'Unione europea. In ogni caso, ai principi contenuti nella Carta e nella CEDU, al di là della idoneità della loro formulazione a produrre effetti diretti nei rapporti interindividuali, devono comunque essere riconosciuti stimoli interpretativi rivolti a rinforzare e chiarire la portata delle norme e dei principi comunitari agevolando il riconoscimento dei loro effetti diretti a favore degli individui e delle imprese nell'ambito di operatività del diritto UE.

Sulla scorta di quanto ora indicato è possibile offrire una valutazione costruttiva e coerente dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria anche con riguardo agli sviluppi recenti di cui al caso *Mangold* (sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04) sino al caso *Kücükdeveci* (sentenza del 19 gennaio 2010, causa C-555/07) con specifico riferimento agli effetti orizzontali diretti riconosciuti ai principi comunitari alla cui rilevazione ha fornito un contributo determinante la direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. In virtù di tale progressiva elaborazione, infatti, si individuano specificamente e si attuano nel dettaglio, anche con effetti nei rapporti interpretati, le modalità operative dei criteri relativi al principio di non discriminazione sulla base dell'età di cui si afferma la presenza nell'ordinamento.

In realtà, in virtù dell'accennata giurisprudenza, più che sancire gli effetti diretti della direttiva 2000/78 si è semplicemente utilizzato tale direttiva quale fonte di cognizione e di emersione di un principio generale già esistente in diritto comunitario in quanto le specifiche circostanze relative alla pratica applicativa dei suoi contenuti ed i principi già emersi in ambito UE oltretutto le tradizioni comuni degli Stati membri giustificano tale presenza e l'accennata funzione ricognitiva della direttiva in esame.

Tanto che al fine di rafforzare tale effetto ricognitivo si è anche invocato l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e l'art. 13 dell'allora vigente Trattato CE, oltre a quanto previsto dall'art. 14 della CEDU, tutti rivolti a vietare

qualsiasi discriminazione anche sulla base dell'età. D'altro canto, che tale divieto dovesse risultare esistente in ambito comunitario nella sua qualità di componente essenziale dei suoi principi costituzionali era già stato espressamente affermato anche dall'Avvocato generale Bot (nelle sue conclusioni del 7 luglio 2009, causa C-555/07, *Küçükdeveci*). Pertanto, ogni riferimento, nei casi innanzi indicati ed in generale nella giurisprudenza della Corte UE, ai contenuti della direttiva 2000/78 è da intendersi come operato proprio in funzione del riconoscimento del rilevante valore ricognitivo della presenza del principio ivi contenuto tra quelli che caratterizzano il funzionamento del sistema comunitario; la citata direttiva si limita, infatti, a riscontrarne l'esistenza ed a precisarne portata e modalità applicative.

3. Naturalmente, la rilevazione dell'esistenza e della diretta applicabilità dei principi innanzi indicati, accertabili anche attraverso il valore ricognitivo che di essi sia stato eventualmente operato da specifiche direttive, non esclude che in occasione della loro applicazione possano essere fatti valere dei vincoli alla loro operatività e/o possano essere apposte al loro godimento specifiche limitazioni. Rilevano al riguardo, anzitutto, le condizioni ed i limiti che possono essere fatti valere in virtù dell'art. 6, par. 1, co. 3 TUE e dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali UE, oltretutto della disciplina prevista dalla CEDU. In particolare, infatti, a quest'ultimo proposito, le limitazioni che possono legittimamente essere apportate non devono andare oltre quelle autorizzate dalla CEDU secondo il coordinamento di tali disposizioni con quelle della citata Carta dei diritti fondamentali dell'UE in virtù del suo art. 52. Si è inteso, in tal modo, assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'UE.

In ogni caso, quindi, le limitazioni ai diritti e alle libertà devono essere giustificate in funzione di interessi generali o dell'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, pur se la relativa valutazione potrà avvenire tenendo conto dei criteri propri di ogni diritto nazionale con le eventuali specificazioni eventualmente adottate da parte dei vari Stati. Tali limiti e relative modalità di applicazione, comunque, non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti che li giustificano. Infatti, i margini di discrezionalità che gli Stati godono al riguardo non devono avere l'effetto di frustrare la reale uniforme efficacia dei principi comunitari.

Ne risulta così un sistema che consente un'adeguata tutela dei diritti previsti dai principi di diritto comunitario con limitazioni al riguardo sufficientemente precise in modo da garantirne piena efficacia ed effetti diretti nei confronti di individui e imprese con conseguente disapplicazione, ove del caso, di ogni normativa nazionale contraria o comunque di quegli effetti di tale normativa considerati eccessivi nella determinazione dei limiti al godimento dei diritti tutelati.

In particolare, come è stato di recente rilevato da parte della Corte di giustizia (sentenza del 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Rasmussen*) l'attuazione dei principi e dei diritti riconosciuti dal diritto comunitario costituisce un dovere che si impone a tutte le autorità degli Stati membri comprese quelle giurisdizionali. A tal fine, quindi, si dovrà, anzitutto, interpretare il diritto interno per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo di tali principi in funzione di garantirne gli effetti e il risultato di cui all'art. 288, terzo comma TFUE allorché ricompresi in una direttiva. Ed in tale senso, pertanto, si dovrà giungere sino a modificare anche gli esiti

di una giurisprudenza consolidata. Peraltro, qualora tale interpretazione conduca a un risultato in virtù del quale risulta necessaria una interpretazione *contra legem* del diritto interno, i giudici nazionali hanno l'obbligo di assicurare comunque gli effetti diretti e la relativa tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento garantendone la piena efficacia disapplicando, ove necessario, ogni disposizione della normativa nazionale contraria a tale principio.

Naturalmente, tale valutazione della legittimità e dell'operatività dei limiti previsti dalle legislazioni nazionali al godimento degli accennati principi e dei diritti accolti in ambito comunitario sarà tanto più agevole in quanto essi siano espressamente riconosciuti come tali in occasione della ricognizione dei loro effetti in specifici atti normativi dell'UE. Peraltro, tale portata deve essere valutata a prescindere dall'astratta idoneità dello specifico atto a produrre sia effetti diretti nei confronti degli individui, sia effetti orizzontali nei rapporti interindividuali; se ne dovrà, piuttosto, valutare la portata in funzione della loro idoneità ad operare la ricognizione della presenza di alcuni principi comunitari a proposito dei quali tali atti operano semplicemente quale fonte di cognizione. In tal caso, sarà, quindi, nella limitata prospettiva ora indicata che dovranno essere valutate anche le circostanze in virtù delle quali eventuali trattamenti differenziati e derogatori di tali principi possono ritenersi legittimi; ad esempio, allorché sono espressamente previsti e riconosciuti come tali nell'ambito di una specifica direttiva come avviene nella direttiva 2000/78 rivolta a precisare i contenuti del principio di non discriminazione sulla base dell'età ed i relativi limiti che possono condizionarne l'operatività.

4. Si deve, pertanto, ritenere che l'enunciazione delle circostanze indicate nella direttiva 2000/78 abbia portata ricognitiva delle situazioni in presenza delle quali l'età può essere legittimamente considerata un limite all'accesso o alla prosecuzione di un'attività lavorativa senza effetti ingiustificatamente discriminatori. Tra esse, quindi, rientrano sicuramente i casi in cui tale differenziazione si fonda su "obiettivi legittimi di politica dell'occupazione, del mercato del lavoro e della formazione professionale", secondo quanto precisato nel 25° 'considerando' e nell'art. 6 della citata direttiva 2000/78 oppure allorché la differenza di trattamento basata sull'età costituisce, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento del rapporto di lavoro.

A quest'ultimo proposito, infatti, la giurisprudenza comunitaria non ha avuto esitazione a precisare che le caratteristiche legate all'età giustificano un trattamento differenziato allorché risultano funzionali all'esecuzione dell'attività lavorativa e pertanto costituiscono un elemento imprescindibile per lo svolgimento dell'integrità del ciclo produttivo affidato ad una specifica tipologia di lavoratori. È appunto in quest'ottica che, ai fini di verificarne la legittimità, dovrà essere valutata la disparità di trattamento al riguardo adottata, ad esempio, in funzione dell'età. Tanto che, ancora di recente si è giustificata l'esclusione dei candidati di età superiore a 35 anni da un concorso per l'assunzione di agenti di polizia in quanto si è riconosciuto che in tale caso una caratteristica collegata all'età, quale il fatto di essere in possesso di capacità fisiche particolari costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa (sentenza del 15 novembre 2016, causa C-258/15, *Academia Vasca de Policia y Emergencias*).

Risulta, quindi, che l'esigenza di assicurare il carattere operativo e il buon funzionamento di tutte le fasi di cui si compone il servizio nell'ambito del quale trova esecuzione un rapporto lavorativo costituisce circostanza che legittima discriminazioni fondate sull'età allorché essa è requisito significativo, o comunque assai rilevante, per la migliore e più sicura esecuzione di una delle indicate fasi esecutive relative al servizio nell'ambito del quale si svolge l'attività lavorativa. Pertanto, l'apposizione di adeguati limiti di età per accedere a determinati rapporti di lavoro risulta legittima proprio in quanto rivolta ad assicurare che i lavoratori impiegati siano in grado di svolgere tutti i compiti, compresi quelli più gravosi dal punto di vista fisico, per un periodo relativamente esteso della loro carriera (da ultimo la sentenza del 13 novembre 2014, causa C-416/13, *Vital Pérez*).

In particolare, sempre in virtù delle indicazioni e delle precisazioni contenute nella direttiva 2000/78 (all'art. 6, par. 1) e della giurisprudenza comunitaria, risulta anche che la fissazione di un'età massima per l'accesso ad una determinata attività e per l'assunzione al riguardo di alcuni lavoratori con conseguente disparità di trattamento rispetto a quelli che tale età hanno superato deve considerarsi legittima se giustificata sia dalle particolari condizioni di formazione professionale oppure dalla necessità di garantire lo svolgimento di un ragionevole periodo di lavoro attivo prima del pensionamento nell'interesse dello stesso lavoratore e dell'equilibrio finanziario del relativo fondo pensionistico.

Si tratta allora di stabilire come operano le accennate giustificazioni di trattamento differenziato in funzione dell'età anche se, come risulta da quanto innanzi precisato, esse sono in grande misura dipendenti da scelte e normative relative a condizioni lavorative che spesso sono riconducibili alla specifica competenza dei singoli Stati il cui esercizio non deve comunque comportare la frustrazione dell'uniforme operatività del principio in esame. Ed è significativo al riguardo che già il 15° 'considerando' della direttiva 2000/78 sembra riconoscere che l'identificazione e la valutazione degli specifici fatti e circostanze sulla scorta dei quali riscontrare l'esistenza di una legittima discriminazione (diretta o indiretta) in base all'età consentita dal diritto comunitario devono essere compiute in grande misura dalle autorità giudiziarie o dalle altre autorità competenti tenendo anche conto delle norme e delle prassi nazionali volta a volta rilevanti ai fini della soluzione di uno specifico caso; e a maggior ragione tale attribuzione alle autorità nazionali risulta maggiormente giustificata se le cause delle discriminazioni fondate sull'età riguardano aspetti lavorativi estranei alla loro esclusiva attribuzione al diritto UE.

5. Peraltro, la sola presenza nell'ambito di una disposizione legislativa o amministrativa nazionale, oppure di un accordo collettivo nazionale, della menzione di una legittima causa giustificativa del trattamento discriminatorio in funzione dell'età, coerente con le indicazioni comunitarie non è di per sé sufficiente. In realtà, al fine di giustificare il perseguimento di un legittimo obiettivo che consenta alle circostanze al riguardo indicate di costituire una legittima deroga all'applicazione del principio in esame, non risulta essenziale che siano espresse e abbiano una specifica menzione normativa. Si tratta, piuttosto, di legittimarne l'operatività in virtù di quanto meno sommarie motivazioni tecniche e/o economiche che giustificino tale deroga e la sua misura. Per converso, tale presenza e la legittimità dell'obiettivo perseguito

attraverso una discriminazione consentita può non essere esplicita, ma anche semplicemente dedotta dal contesto generale del provvedimento. Peraltro, di tali argomenti tecnici sembra ragionevole che non sia consentito effettuare un preciso e puntuale controllo di merito. Essi, pertanto, devono essere considerati “*prima facie evidence*” della ragionevolezza della misura adottata rispetto all’obiettivo perseguito.

Naturalmente, l’eventuale irragionevolezza di tali misure potrà essere fatta valere, ma l’onere della prova sarà a carico di chi intenda giovarsene, tenendo presente che ai fini di dimostrare tale irragionevolezza sarà necessaria la prova della presenza di errori manifesti come è stato richiesto in generale a proposito di tutte le misure di diversificazione di trattamento di situazioni analoghe da parte della Corte EDU (ad esempio, in occasione della sentenza del 10 giugno 2010, *Schwizgebel c. Suisse*). Tanto più se si tratta di discriminazioni giustificate in funzione del perseguimento di obiettivi che riguardano l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la difesa o altri interessi fondamentali degli Stati relativamente ai quali ampi residui spazi sono riservati, in virtù delle stesse disposizioni del Trattato UE, a favore di scelte discrezionali affidate all’esercizio della loro sovranità.

In ogni caso, la ragionevolezza della misura di differenziazione di trattamento in funzione dell’età comporta comunque l’esigenza di un’adeguata giustificazione idonea, che deve consentire di escludere qualsiasi sospetto di arbitrarietà nella scelta operata da parte del legislatore o delle altre sedi istituzionali nelle quali siano stati decisi trattamenti differenziati sulla base dell’età.

Naturalmente, questi limiti e i relativi controlli in merito alla ragionevolezza di tale scelta secondo quanto innanzi indicato non devono avere l’effetto di frustrare una corretta applicazione del principio di non discriminazione ed una adeguata valutazione, se pur nel senso e nei limiti innanzi indicati, delle circostanze in presenza delle quali viene richiesta la sua operatività. Pertanto, a quest’ultimo fine ci si dovrà avvalere, ove possibile, anche di specifici *standard of proof* rivolti a semplificare la prova dell’accennata ragionevolezza e proporzionalità della misura di differenziazione di trattamento adottata rispetto al legittimo obiettivo perseguito (come, ad esempio, è stato particolarmente enfatizzato in occasione della sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2009, causa C-388/07, *Age Concern England*).

Peraltro, spesso, le accennate misure giustificative di limitazioni dell’accesso a, e relative al termine di, determinate attività sulla base dell’età fanno parte e/o producono effetti significativi sulle, e dipendono da scelte relative alle, politiche sociali e/o di promozione dell’occupazione oltreché di distribuzione intergenerazionale del lavoro. Esse, quindi, in gran misura, rientrano nell’ambito delle competenze riservate alle scelte discrezionali degli Stati o delle parti sociali interessate in merito (ad esempio, secondo gli ampi criteri discrezionali precisati nella sentenza del 21 luglio 2011, cause riunite C-159 e 160/10, *Fuchs e Köler*).

Agli esiti cui pervengono tali enti, pertanto, sarà consentito operare i relativi controlli di legittimità secondo parametri e modalità che non devono portare sino a ripercorrere l’intero procedimento istruttorio adottato in sede legislativa o amministrativa per giustificare la misura di differenziazione sulla base dell’età in concreto prevista. È così sufficiente che sia possibile constatare la presenza di “*particular risk of an aging work force*” in uno specifico settore oppure che l’assunzione oltre una determinata età comporta il rischio che un numero eccessivo di lavoratori non

possano essere assegnati a compiti impegnativi dal punto di vista fisico per una durata temporale eccessivamente lunga del loro periodo lavorativo (secondo i criteri di cui alla sentenza del 12 gennaio 2010, causa C-229/08, *Wolf*).

6. Da quanto esposto risulta la specificità delle caratteristiche applicative del principio di non discriminazione rapportato all'età a proposito dei limiti e delle deroghe che possono al riguardo essere fatte valere. Anzitutto, si conferma che tale principio non è caratterizzato dall'assolutezza della sua applicazione contrariamente a quanto si verifica a proposito degli altri divieti di discriminazioni fondate sul sesso, sulla razza, sulla religione, sugli orientamenti sessuali, sulle caratteristiche genetiche, sugli orientamenti politici e sull'appartenenza ad una minoranza nazionale.

Infatti, pur essendo altrettanto indiscutibile l'esigenza di una protezione (in ambito UE, e più in generale nella stessa CEDU) che consenta di evitare differenziazioni di trattamento in funzione dell'età, tale protezione non assume carattere assoluto. Si è visto, infatti, che specifici limiti possono essere legittimamente previsti e tale giustificazione può essere fatta valere anche sulla base dell'esigenza di evitare disfunzioni di carattere economico. Ne costituiscono un esempio significativo le situazioni nelle quali l'apposizione di uno specifico vincolo temporale all'accesso e/o al pensionamento rispetto ad una determinata attività è funzionale al mantenimento dell'equilibrio finanziario del regime previdenziale di una determinata categoria di lavoratori.

Si tratta, infatti, di realizzare il legittimo obiettivo di limitare l'aumento del numero dei pensionati garantendone una presenza in misura proporzionata rispetto a quello dei lavoratori attivi al fine di preservare un equilibrato funzionamento attuale e prospettico di uno specifico sistema previdenziale che non penalizzi i giovani e ne favorisca l'integrazione nel mercato del lavoro.

In questo senso, pertanto, come risulta da quanto esposto nei precedenti paragrafi, si conferma che, in funzione dell'età, possono essere tollerate discriminazioni anche al fine di perseguire obiettivi di carattere sociale ed occupazionale oltreché obiettivi di mantenimento di equilibri finanziari propri di alcuni specifici regimi previdenziali. Si tratta, quindi, di un regime specifico e differenziato che si distingue nei confronti degli altri divieti di trattamenti discriminatori proprio per il carattere assoluto di questi ultimi diversamente da quanto si verifica, per quanto innanzi indicato, a proposito della possibilità di prevedere limiti e divieti all'accesso e alla durata di una attività lavorativa in funzione dell'età.

E a conferma di quanto ora indicato sono appunto orientati i principi ricavabili dalla direttiva 2000/78, che espressamente autorizza a prevedere trattamenti differenziati in funzione dell'età in presenza di specifiche e legittime scelte politiche che incidono sul mercato del lavoro e della formazione professionale; ad esempio, allorché si tratta di garantire l'integrazione dei rapporti intergenerazionali con equilibrata ripartizione dei costi e dei benefici di un regime previdenziale. Si giustifica, pertanto, che per garantire il relativo equilibrio finanziario si prevedano vincoli di età all'accesso e al pensionamento di una determinata attività lavorativa purché la relativa misura non risulti irragionevolmente posta.

E altrettanto vale a proposito di misure relative alla politica del lavoro rivolte a favorire un ricambio generazionale che il mercato di per sé non garantisce essendo, in certi casi, caratterizzato da una sproporzionata presenza di lavoratori in età avanzata.

Ne costituisce significativo esempio la recente formulazione del 56° ‘considerando’ della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 maggio 2013, che istituisce un quadro normativo per l’accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti, COM(2013)296 def., in fase di avanzata approvazione che, proprio in funzione delle circostanze e delle condizioni del mercato innanzi indicate, afferma espressamente l’importanza di incentivare misure rivolte a porre dei limiti di età all’accesso ai servizi portuali per la riconosciuta esigenza di “aumentarne l’attività per i giovani lavoratori” ed incentivarne la relativa presenza.

Tale prospettiva, dipendendo da scelte di carattere economico o sociale riservate in tutto o in parte agli Stati giustifica anche, come anticipato nei precedenti paragrafi, che i controlli sulla legittimità delle deroghe al divieto di discriminazione sulla base dell’età siano operati secondo criteri diversi rispetto agli altri divieti. E tale differenziazione si estende in particolare a proposito dei profili relativi all’onere della prova in quanto anche a questo riguardo il criterio dell’età impone un trattamento specifico alle sue caratteristiche del tutto peculiari. Si riscontra, così, che le ragioni e gli obiettivi che possono giustificare un trattamento differenziato sulla base dell’età possono essere più difficilmente contestati.

Quanto ora indicato, naturalmente, non esclude che possa essere contestata ed adeguatamente provata la non effettiva funzionalità dei criteri adottati (o la misura del loro impiego) rispetto al perseguimento degli obiettivi invocati per giustificare trattamenti differenziati sulla base dell’età sia per l’accesso sia per la durata di una determinata attività. Relativamente ad essi risulta, infatti, possibile, come già indicato, un controllo in termini di proporzionalità e di effettiva adeguatezza al fine di verificarne la ragionevolezza. Tale controllo, peraltro, non dovrebbe comportare un completo riesame giudiziale del merito di tutti gli aspetti al riguardo rilevanti. Il controllo, quindi, dovrebbe essere limitato a verificare che il criterio dell’età possa legittimamente essere in concreto adottato per l’accesso e/o per determinare la durata di una determinata attività e che al riguardo le modalità del suo impiego non risultino errate: si deve trattare, in altri termini, di criteri che, ad esempio, non risultino eccessivi rispetto al pur legittimo obiettivo perseguito.

Peraltro, tale controllo dovrà comunque rispettare le scelte discrezionali di competenza degli Stati e non dovrà interferire con l’esercizio della discrezionalità tecnica di cui sono investiti gli organi statali preposti al perseguimento di obiettivi che giustificano un trattamento differenziato sulla base dell’età. I relativi controlli, quindi, dovranno essere caratterizzati nel senso di escludere un impiego irrazionalmente discriminatorio.

Indicazioni bibliografiche essenziali

La bibliografia relativa al tema di cui alla presente relazione è sostanzialmente infinita. Mi limito, pertanto, all’indicazione dei contributi che ho specificamente utilizzato in questa occasione.

E. DUBOUT, *L'article 13 du Traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, 2006; V. LUBELLO, *Discriminazione basata sull'età e deroghe ammesse per obiettivi di politica del lavoro, mercato del lavoro e formazione professionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 1928 ss.; C. FAVILLI, S. GIUBBONI, *Divieto di discriminazione dell'età ed efficacia diretta orizzontale dei principi generali dell'ordinamento*

europée, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2010, p. 442 ss.; C. O' CINNEIDE, *Age Discrimination and the European Court of Justice: EU Equality Law Comes of Age*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2010, p. 253 ss.; G. BIAGIONI, *La discriminazione in base all'età. In margine al caso Küçükdeveci*, in I. CASTANGIA, G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2011, p. 257 ss.; E. BRIBOSIA, T. BOMBOIS, *Interdiction de la discrimination en raison de l'âge: du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations...*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 41 ss.; G. DI FEDERICO, *Le discriminazioni in base all'età nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia: da Mangold a Georgiev e oltre*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 585 ss.; M. FALSONE, *Le deroghe al divieto di discriminazione per età: un pericoloso passe-partout?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, p. 928 ss.; S. SCARPONI, *Discriminazione per età, ricambio generazionale, discriminazione di genere nei recenti orientamenti della Corte di giustizia UE*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2011, p. 543 ss.; D. SCHIEK, *Age Discrimination before the ECJ - Conceptual and Theoretical Issues*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 771 ss.; P. BAILLY, J. P. HERNOULD, *Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne*, in *Droit Social*, 2012, p. 223 ss.; Y. LEROY, *La limite d'âge des pilotes de ligne: un dispositif discriminatoire*, 20ème conférence internationale organisée par l'université des Emirats arabes unis, *Conference papers*, part 3, 2012, p. 143 ss.; L. PECH, *Between Judicial Minimalism and Avoidance: The Court of Justice's Sidestepping of Fundamental Constitutional Issues in Römer and Dominguez*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1841 ss.; M. BENLOLO-CARABOT, *Le principe fondamental de non-discrimination*, in J. M. THOUVENIN, A. TREBILCOCK (dirs.), *Droit international social*, 2, 2013, p. 871 ss.; E. BRIBOSIA, I. RORIVE, *Droit de l'égalité et de la non-discrimination*, in *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2013, p. 297 ss.; V. PAPA, *The Dark Side of Fundamental Rights Adjudication? The Court, The Charter and the Asymmetric Interpretation of Fundamental Rights in the Ams Case and Beyond*, in *Social Justice Conference*, paper n. 46, 2014, p. 15 ss.; M. RUBENSTEIN, *Recent and Current Employment Discrimination Cases in the Court of Justice of the European Union*, in *The Equal Rights Review*, 2015, p. 57 ss.

Abstract

Age Discrimination between General Principles and Application Criteria

Cases of age discrimination have been brought before the EU Court of Justice (EUCJ) especially with regard to employment relationships.

As it arises from such jurisprudence, said cases have been usually decided relying upon international law, and in particular on the European Convention of Human Rights and its protocols, as well as on Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

On this premise, this paper aims at analyzing the abovementioned case law focusing on some of the most recent decisions rendered by the EUCJ with a view to verifying (i) which are the reasons behind the justifications envisaged by Directive 2000/78/EC for derogating from the prohibition of age discrimination, (ii) which are the circumstances triggering the lawful application of such justifications and (iii) how these justifications operate in practice and in which kind of jobs they are most likely to become relevant.

Giandonato Caggiano*

L'applicazione della Convenzione europea dei diritti umani ai Rom tra principio di non-discriminazione e azioni positive a favore dei gruppi vulnerabili

SOMMARIO: 1. La tutela delle minoranze. – 2. Il caso *Bukley v. United Kingdom* tra Commissione europea e Corte europea dei diritti umani. – 3. La non-discriminazione dei Rom quale paradigma per i gruppi vulnerabili. – 4. La necessità di predisporre soluzioni alternative nel caso di sgombri forzati. – 5. La formazione di un *consensus* europeo e la Convenzione europea sulle minoranze nazionali. – 6. L'obbligo di smascherare le motivazioni etnico-razziali dei comportamenti violenti. – 7. Il valore del matrimonio celebrato secondo i riti tradizionali. – 8. La giurisprudenza in materia di istruzione. – 9. La giurisprudenza sulla sterilizzazione forzata delle donne rom. – 10. Il diritto di associazione delle minoranze e il divieto di associazioni razziste. – 11. Conclusioni.

1. I Rom costituiscono l'unica minoranza dislocata in quasi tutti gli Stati europei la cui tutela, paradossalmente, non appare agevole secondo i principi sui diritti delle minoranze¹.

Eppure è ancora attuale l'elaborazione sistematica di Francesco Capotorti in uno studio svolto per le Nazioni Unite nel 1977² che definiva minoranza un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, i cui membri posseggono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche e mostrano, almeno implicitamente, un senso di solidarietà inteso a preservare la loro cultura³.

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre.

¹ Per un'analisi generale nella prospettiva dell'Unione, della CEDU e della Carta sociale europea, v. G. CAGGIANO, *L'integrazione dei Rom e il rispetto del loro "tradizionale stile di vita"*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici dell'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 459 ss.

² F. CAPOTORTI, *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/ Rev.1, 1979, par. 568. V. anche HRC, CCPR General Comment No. 23, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, *Article 27 (Rights of Minorities)*, 8 aprile 1994.

³ R. LA ROSA, *Evoluzione e prospettive della protezione delle minoranze nel diritto internazionale e nel diritto europeo*, Milano, 2006.

La difficoltà maggiore di inquadramento giuridico consiste nella diffusione dei Rom in piccoli gruppi negli Stati contraenti CEDU. Infatti, per tale caratteristica, la condizione giuridica dei Rom non è assimilabile a quella di una minoranza territoriale la cui tutela può essere garantita, ad esempio, anche soltanto tramite l'utilizzo della lingua nelle scuole o nei tribunali o forme di rappresentanza nelle istituzioni. Sulla necessità d'istituzioni di governo delle minoranze si era espressa, ad es., la Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Minority School in Albania*⁴.

Sul piano metodologico, lo sviluppo della tutela dei Rom appare un modello di riferimento per le altre minoranze culturali. La valorizzazione della diversità culturale e della promozione di azioni positive nel percorso giurisprudenziale dei diritti dei Rom può diventare utile paradigma interpretativo, in analoghe situazioni di conflitto tra valori della maggioranza della popolazione e i diritti dei gruppi minoritari.

Nelle società multiculturali, è evidente che occorre intendere il concetto di minoranza in relazione all'integrazione come esteso alle "minoranze etniche" che, anche a causa dei fenomeni migratori, tendono a svilupparsi come gruppi vulnerabili rispetto alla cultura maggioritaria. In molti casi, l'"eticità" rappresenta un sinonimo eufemistico di razza e la discriminazione razziale si manifesta in un trattamento differenziato senza obbiettiva giustificazione⁵: "Racial violence is a particular affront to human dignity and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism and racist violence, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment"⁶.

2. Circa venti anni fa, la storica decisione dalla Commissione europea dei diritti umani nel caso *Bukley v. United Kingdom*⁷ affermava, con sette voti favorevoli e cinque contrari, che le autorità britanniche avevano violato il diritto alla vita familiare della ricorrente rom⁸, non predisponendo misure *ad hoc* e impedendole di vivere nel suo caravan in un terreno acquistato per consentire ai figli di crescere nello "stile di vita tradizionale".

Nella sua opinione dissenziente, Benedetto Conforti⁹, pur non contestando tale concetto, riteneva non potesse costituire il fondamento di un diritto al domicilio *ex art. 8 CEDU* così da giustificare la violazione del principio di legalità nel settore della pianificazione urbanistica e dell'ambiente.

⁴ Parere del 6 aprile 1935.

⁵ Sentenza della Corte EDU del 13 dicembre 2005, *Timishev v. Russia*, par. 55: "Ethnicity and race are related and overlapping concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies according to morphological features such as skin colour or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds".

⁶ Sentenza della Corte EDU del 6 luglio 2005, *Nachova and others v. Bulgaria*, par. 145.

⁷ V. Commissione EDU, rapporto dell'11 gennaio 1995, *Buckley v. United Kingdom*. Secondo la Commissione europea dei diritti dell'uomo, le misure nazionali non erano necessarie in una società democratica (par. 2 dell'art. 8 della CEDU): v. par. 85.

⁸ Nella prima fase della giurisprudenza, la Corte europea dei diritti umani utilizza il termine esonimo "gipsy/zingaro", considerato ormai di significato peggiorativo e utilizzato solo per indicare il movimento razzista (antigipsismo).

⁹ Opinione dissidente di B. Conforti alla quale aderiscono A. S. Gözübüyük, A. Weitzel e I. Békés.

La decisione della Commissione fu poi ridimensionata dalla Corte europea dei diritti umani secondo la quale le autorità britanniche avevano preso decisioni amministrative rimaste nei limiti del margine di apprezzamento concesso a uno Stato contraente CEDU¹⁰.

La Corte europea affermava che la posizione vulnerabile dei Rom richiedeva una specifica considerazione ma, al contempo, riconosceva agli Stati contraenti un ampio margine di discrezionalità nell'adozione di misure esecutive¹¹. Nel caso di specie, le autorità nazionali avrebbero adeguatamente bilanciato gli interessi contrapposti, fornendo motivi pertinenti e sufficienti di giustificazione delle misure adottate nell'ambito della pianificazione del territorio e della protezione dell'ambiente, nonché per il miglioramento della sicurezza stradale e della salute pubblica¹².

In senso contrario l'opinione del giudice Pettiti che invitava a non fermarsi al mero rispetto formale del principio di legalità che sottoporrebbe ad una serie di "lacci e laccioli" una condizione umana meritevole di specifica protezione per la lunga storia di discriminazione e persecuzione: "During the Second World War States concealed the genocide suffered by Gypsies. After the Second World War, this direct or indirect concealment continued (even with regard to compensation). Throughout Europe, and in member States of the Council of Europe, the Gypsy minority has been subject to discrimination, and rejection and exclusion measures have been taken against them. There has been a refusal to recognize Gypsy culture and the Gypsy way of life. In Eastern Europe the return to the democracy has not helped them"¹³.

Ad esempio, tra gli immigrati o i diritti individuali dei rifugiati. Quando si procede all'accertamento di eventuali violazioni convenzionali, occorre però distinguere bene la natura dei diritti coinvolti. Ad esempio, secondo la sentenza *Conka v. Belgium*¹⁴, il divieto di espulsione collettiva non consente di trattare collettivamente un gruppo se i diritti in questione sono di tipo individuale; pertanto, la situazione rom degli slovacchi appartenenti ad un gruppo doveva essere accertata a livello individuale ai fini della concessione dell'asilo. La celebre sentenza *M. S. S. v. Belgium and Greece*¹⁵ statuiva che non è possibile lasciare per strada i membri dello specifico gruppo vulnerabile dei rifugiati in violazione del divieto di trattamenti disumani.

3. La prima fase della giurisprudenza della Corte europea (1995-2004) tendeva ad esaltare la specificità dello "stile di vita", identificato però in modo riduttivo con il nomadismo per la simbolica potenzialità di viaggio, attestata dalla vita nelle case-mobili e caravan¹⁶.

¹⁰ Sentenza della Corte EDU del 25 settembre 1996, *Buckley v. United Kingdom*, par. 84: "the Court is satisfied that the reasons relied on by the responsible planning authorities were relevant and sufficient, for the purposes of Article 8 (art. 8), to justify the resultant interference with the exercise by the applicant of her right to respect for her home. In particular, the means employed to achieve the legitimate aims pursued cannot be regarded as disproportionate. In sum, the Court does not find that in the present case the national authorities exceeded their margin of appreciation".

¹¹ *Ivi*, paragrafi 76, 80-84.

¹² *Ivi*, par. 75 in fine e par. 76.

¹³ Opinione dissenziente del giudice Pettiti, sentenza *Buckley*, p. 27 (frase iniziale).

¹⁴ Sentenza della Corte EDU del 5 febbraio 2002.

¹⁵ Sentenza della Corte EDU (Grande camera) del 21 gennaio 2011.

¹⁶ Sentenza della Corte EDU (Grande camera) del 18 gennaio 2001, *Chapman v. United Kingdom*, par. 96.

L'impostazione solo in termini di radicamento nella tradizione, al fine della definizione dei bisogni specifici degli appartenenti a una minoranza culturale, rischiava però di creare stereotipi sull'identità (che è per definizione "in divenire"), senza considerare il contesto sociale (di esclusione).

A seguire, la Corte europea ha sviluppato un'analisi più coerente con la dimensione collettiva dei diritti che consente di superare i limiti insiti nella tutela internazionale delle minoranze¹⁷. Occorre però osservare che il meccanismo dei ricorsi individuali non appare, per definizione, adeguato a proteggere l'identità culturale di gruppi e minoranze, che meglio può essere affrontato da meccanismi di supervisione collettiva, come nel caso della Carta sociale europea¹⁸.

Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale sulle specificità legate all'appartenenza culturale minoritaria tiene conto, da un lato, del carattere identitario della condizione giuridica dei Rom; dall'altro, introduce la necessaria flessibilità nello scrutinio di proporzionalità delle misure nazionali. L'identità è fortemente influenzata dalla situazione economica in cui si sviluppa una comunità anche sulla base dei rapporti sociali in un campo-sosta o all'interno di un quartiere-ghetto.

Il percorso giurisprudenziale della Corte era già "scandito" nell'opinione del giudice Pettiti, sopra richiamata, che fissava con chiarezza i passaggi argomentativi sulla lotta alla discriminazione dei gruppi minoritari: in primo luogo, nella *ratio* della CEDU rientra l'imposizione dell'obbligo positivo agli Stati-contraenti di garantire i diritti fondamentali senza alcuna discriminazione; in secondo luogo, la base giuridica per l'accertamento di eventuali violazioni si ritrova nel combinato disposto dell'art. 14 (non-discriminazione) e dei singoli articoli convenzionali¹⁹; infine, la priorità della vita familiare si impone sulla protezione del paesaggio o altri diritti (assiologicamente) minori in un'equilibrata gerarchia dei diritti convenzionali.

¹⁷ In dottrina, v. J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme: L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006; ID., *Minority Rights in a Time of Multiculturalism – The Evolving Scope of the Framework Convention on the Protection of National Minorities*, in *Journal Human Rights Law Review*, 2010, p. 99 ss.; H. O'NIONS, *Minority Rights Protection in International Law: The Roma of Europe*, Oxford, 2007; D. FARGET, *Defining Roma Identity in the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Minority and Group Rights*, 2012, p. 30 ss.; M. MÖSCHEL, *Is the European Court of Human Rights' Case Law on Anti-Roma Violence 'Beyond Reasonable Doubt'?*, in *Human Rights Law Review*, 2012, p. 479 ss.; A. REMICHE, *Yordanova and Others v. Bulgaria: The Influence of the Social Right to Adequate Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One's Home*, *ivi*, p. 787 ss.; M. E. BOICU, *Advancing Equality also for the Roma? The M. and Others v. Italy and Bulgaria Ruling of the European Court of Human Rights*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 177 ss.; C. CAHN, *Roma and Racial Discrimination: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in D. BIGO, S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Foreigners, Refugees or Minorities? Rethinking People in the Context of Border Controls and Visas*, Farnham, 2013, p. 55 ss.; M. NINO, *Corte europea dei diritti umani, divieto di discriminazione e diritto all'istruzione della minoranza Rom*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 499 ss.; L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 1056 ss.; L. SAKAI, *La diversité culturelle est-elle à l'abri de la protection internationale des droits de l'homme?*, in *Revue québécoise de droit international*, 2013, p. 101 ss.; T. AHMED, *The Many Vulnerabilities of the Roma and the European Legal Framework*, in F. IPPOLITO, S. SANCHEZ (eds.), *Protecting Vulnerable Groups*, Oxford, 2015, p. 142 ss.

¹⁸ V. il contributo di G. PALMISANO nel presente fascicolo.

¹⁹ La portata accessoria dell'art. 14 CEDU non presuppone l'accertamento dell'avvenuta violazione di altra disposizione della CEDU, purché la fattispecie ricada nell'ambito di applicazione o sia collegata all'esercizio del diritto sostanziale considerato.

4. Secondo la Corte europea, le misure nazionali riguardanti i campi-sosta e i relativi sgomberi possono influire sul diritto a conservare la propria identità e sul rispetto della vita privata e familiare.

È però con la sentenza *Chapman*²⁰ che la Corte europea incomincia a valorizzare l'orientamento delle specificità culturali nella protezione dei diritti delle minoranze, riconoscendo che il "tradizionale stile di vita" incideva sulla ricorrente nella "ability to maintain her identity as a Gypsy and to lead her private and family life in accordance with that tradition"²¹. In particolare, lo stile di vita della minoranza impone agli Stati contraenti un obbligo di adottare misure positive per la tutela del diritto alla vita privata e familiare (in applicazione dell'art. 8 CEDU).

Nella sentenza *Connors v. the United Kingdom*²², la Corte esplicita che la tutela del loro tradizionale stile di vita non può essere considerata dannosa per gli interessi generali e i diritti altrui: "The vulnerable position of gypsies as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases (...). To this extent, there is thus a positive obligation imposed on the Contracting States by virtue of Article 8 to facilitate the gypsy way of life"²³. Inoltre, la legittimità di un provvedimento di sgombero presuppone un reale contraddittorio con gli interessati e la previsione della convalida da parte dell'autorità giudiziaria, oltre che la disponibilità di ricorsi giurisdizionali effettivi²⁴.

Un altro tassello importante della tutela della minoranza rom riguarda il diritto di appartenenza. Nella sentenza *Ciubotaru v. Moldova*²⁵, la Corte accerta una violazione nel rifiuto da parte delle autorità moldave di registrare l'identità etnica dichiarata dal richiedente, ancorché basata su riscontri oggettivi. Due sono i passaggi più significativi: 1) nella nozione di autonomia personale di cui all'art. 8 CEDU rientra "(...) the right to establish details of their identity as individual human beings"²⁶; 2) in forza dell'obbligo positivo incombente sullo Stato convenuto: "the State's failure consists in the inability for the applicant to have examined his claim to belong to a certain ethnic group in the light of the objectively verifiable evidence adduced in support of that claim"²⁷.

È però nella sentenza *Yordanova v. Bulgaria* che la Corte europea si esprime più chiaramente sui presupposti e i caratteri della "vita comunitaria"²⁸. Chiamata a pronunciarsi sull'impatto sul diritto all'abitazione nell'ambito della tutela della vita privata e familiare respinge, in sede di scrutinio di proporzionalità, i richiami dello Stato-contraente alla vita tradizionale rom (peraltro collegati ad una serie di "luoghi

²⁰ Simili sono le sentenze emanate nello stesso giorno nei confronti del Regno Unito: *Beard, Coster, Lee, e Smith*.

²¹ Sentenza *Chapman* (GC), par. 73.

²² Sentenza della Corte EDU del 27 maggio 2004.

²³ *Ivi*, par. 84.

²⁴ La Corte ha ritenuto che la procedura sommaria di espulsione in questione non fosse stata accompagnata dalle prescritte garanzie procedurali, ossia l'obbligo di giustificare debitamente la grave ingerenza subita dagli interessati.

²⁵ Sentenza della Corte EDU del 27 aprile 2010.

²⁶ *Ivi*, par. 49.

²⁷ *Ivi*, par. 59.

²⁸ Sentenza della Corte EDU del 24 aprile 2012, *Yordanova and others v. Bulgaria*, par. 121.

comuni”)²⁹. L’applicazione del principio di proporzionalità richiede che “where a whole community and a long period are concerned” le situazioni ricevano una specifica considerazione. La condivisione prolungata degli stessi spazi in un quartiere, anche se occupato abusivamente, ha infatti comportato la creazione di legami sociali da cui deriva la “resistenza” a un trasferimento lontano da quello spazio sociale comune³⁰. La stabilità e la sicurezza di tali rapporti comunitari rappresentano pertanto l’argomento decisivo nella valutazione della proporzionalità delle misure adottate dalle autorità nazionali. La Corte respinge inoltre la tesi secondo cui l’elaborazione di piani e programmi per l’inclusione sociale dei Rom realizzerebbe una discriminazione ai danni della popolazione maggioritaria: “social groups, regardless of the ethnic origin of their members, may need assistance in order to be able effectively to enjoy the same rights as the majority population. As the Court has stated in the context of Article 14 of the Convention, that provision not only does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct ‘factual inequalities’ between them but, moreover, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of Article 14”³¹. In generale, “underprivileged status of the applicants’ group must be a weighty factor” nel determinare tempi, modalità e alternative al trasferimento forzato, ove necessario³². La situazione di tensione sociale ed etnica fra i gruppi aveva aggiunto animosità alla contrapposizione ma non era giudicata determinante nella decisione delle autorità nazionali di avviare gli sgombri³³.

Nella prima fase della giurisprudenza, l’obbligo positivo degli Stati-contraenti non si spinge sino al punto da imporre agli Stati contraenti di garantire sistemazioni alternative in caso di sgombrato forzato perché se non esiste il riconoscimento di un diritto alla casa per tutti, l’adozione di misure nazionali al riguardo è di natura politica e non sottoponibile a controllo giurisdizionale. Questa posizione è stata di recente modificata nella sentenza *Winterstein and others v. France*³⁴ secondo la quale i gruppi rom dovrebbero essere oggetto di sgombri solo in circostanze eccezionali e in cambio di una sistemazione alternativa.

5. Una tappa importante della giurisprudenza è quella sul riconoscimento di un *consensus* europeo sulla tutela dei diritti dei Rom in quanto gruppo minoritario. Com’è noto, tale argomento spesso alla base di una prima valutazioni della Corte europea riduce il margine di apprezzamento degli Stati contraenti.

Nella sentenza *Chapman*, la Corte europea riconosceva nell’adozione della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali (FCNM): “an emerging international consensus amongst the Contracting States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and lifestyle (...), not only for the purpose of safeguarding

²⁹ Esempificato dall’abbandono della spazzatura in strada, dalla convivenza all’interno delle abitazioni con numerosi animali, dall’abitudine a stendere il bucato dalle finestre che affacciano sulla pubblica via o su spazi comuni, dai furti e dal comportamento aggressivo e disordinato, dalla tendenza all’uso e all’abuso di alcol e droghe (*ivi*, par. 93).

³⁰ Rilevanti sarebbero state le ripercussioni che avrebbe prodotto “on the applicants’ lifestyle and social and family ties” (*ivi*, par. 105).

³¹ *Ivi*, par. 129.

³² *Ivi*, par. 133.

³³ *Ivi*, par. 142.

³⁴ Sentenza della Corte EDU del 17 ottobre 2013, paragrafi 159-166.

the interests of the minorities themselves but to preserve a cultural diversity of value to the whole community”³⁵; ma, al contempo, evidenziava come le norme-quadro convenzionali lasciassero ampia discrezionalità agli Stati contraenti nella loro concreta attuazione³⁶. Secondo l’opinione di sette giudici dissenzienti, tale *consensus* europeo non aveva invece quel carattere di vaghezza e indeterminatezza che la maggioranza della Corte europea aveva affermato: “This consensus includes a recognition that the protection of the rights of minorities, such as gypsies, requires not only that Contracting States refrain from policies or practices which discriminate against them but that also, where necessary, they should take positive steps to improve their situation through, for example, legislation or specific programmes”³⁷. Pochi anni dopo, tale tesi si afferma nella sentenza *Connors* in cui la Corte afferma che il margine di apprezzamento degli Stati contraenti è progressivamente venuto meno per l’emergere di un *consensus* europeo.

L’ampliamento del *consensus* europeo sulla tutela dei Rom trova però un chiaro limite nella opposizione di molti Stati europei. In primo luogo, il Protocollo n. 12 della CEDU ha esteso l’applicabilità del divieto di discriminazione a tutti i diritti garantiti a livello nazionale, ivi compresi quelli sociali, ma ha ancora ricevuto un numero ridotto di ratifiche³⁸. In secondo luogo, la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali sul riconoscimento del diritto collettivo di identità culturale potrebbe svolgere un ruolo complementare, ma è basato sul fragile sistema di supervisione che dipende largamente dalla volontà di attuazione (*compliance*) degli Stati contraenti. Vale però la pena di segnalare che l’Advisory Committee continua a monitorarne l’attuazione “a tutto campo” a prescindere cioè dalle riserve formulate al riguardo da alcuni Stati contraenti³⁹.

6. Di grande rilievo sistematico è il consolidamento giurisprudenziale dell’obbligo positivo di “take all reasonable steps to unmask any racist motive and to establish whether or not ethnic hatred or prejudice might have played a role”⁴⁰. La violenza razziale è un’offesa particolarmente grave alla dignità umana che richiede una vigilanza speciale finalizzata “reinforcing democracy’s vision of a society in

³⁵ Sentenza *Chapman* (GC), par. 96

³⁶ *Ibidem*: “although the fact of belonging to a minority with a traditional lifestyle different from that of the majority does not confer an immunity from general laws intended to safeguard the assets of the community as a whole, such as the environment, it may have an incidence on the manner in which such laws are to be implemented”.

³⁷ Opinione dissenziente dei giudici Pastor, Ridruejo, Bonello, Tulkens, Straznicka, Lorenzen, Fischbach e Casadevall, par. 3. V. anche l’affermazione: “We are accordingly not persuaded that the planning framework was able to give anything more than marginal or token weight to the applicant’s interests or to the associated public interest in preserving cultural diversity through protection of traditional ethnic lifestyles” (par 4).

³⁸ Protocollo n. 12 del 4 novembre 2000. Molti degli Stati del Consiglio d’Europa (Francia, Germania, Italia, Regno Unito) non lo hanno ratificato, neppure gli Stati con la più ampia percentuale di popolazione rom (Bulgaria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria e Romania).

³⁹ Per l’Italia, v. da ultimo, v. Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, GVT/COM/IV(2016)002, Comments of the Government of Italy on the Fourth Opinion of the Advisory Committee on the Implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities by Italy (received on 12 July 2016).

⁴⁰ Si tratta di una formula ripetuta in tutte le sentenze in materia.

which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment”⁴¹. Lo specifico obbligo si giustifica dal momento che: “treating racially induced violence and brutality on an equal footing with cases that have no racist overtones would be to turn a blind eye to the specific nature of acts that are particularly destructive of fundamental rights”⁴².

L’obbligo positivo degli Stati contraenti riguarda indagini di polizia o giudiziarie sui comportamenti violenti commessi da privati o appartenenti alle forze dell’ordine. L’obbligo degli Stati contraenti riguarda la realizzazione di indagini tramite misure ragionevoli nelle circostanze del caso (obbligo di mezzi e non di risultato). Le difficoltà insite nel criterio di valutazione “oltre ogni ragionevole dubbio” è bilanciato dal “trasferimento dell’onere della prova” sullo Stato convenuto che abbia particolare conoscenze al riguardo perché il crimine è stato perpetrato dalle forze dell’ordine o è avvenuto in luoghi posti sotto il suo controllo (come le carceri)⁴³. La posizione della Corte europea risente della circostanza che le violazioni dei profili procedurali (*procedural limb*) degli articoli 2 e 3 CEDU appaiono più facili da dimostrare rispetto a quelle di tipo sostanziale (*substantial limb*). Tuttavia, appare anche evidente che il riconoscimento delle violazioni procedurali è più accettabile dallo Stato convenuto per il minor livello di gravità dell’accusa.

Al centro del percorso giurisprudenziale si collocano le due sentenze nel caso *Nachova*. La I sezione della Corte europea riconosceva la violazione del divieto di discriminazione razziale, affermando un’inversione generale dell’onere della prova in capo alle autorità dello Stato convenuto che dovrebbero dimostrare l’assenza della motivazione razziale a fondamento del loro comportamento illegittimo o lacunoso. La Grande camera affermava invece che lo standard della prova “beyond reasonable doubt” per determinare se uno Stato ha violato la Convenzione europea è distinto dagli standard utilizzati nei sistemi giuridici nazionali⁴⁴. Nel procedimento davanti alla Corte europea, “there are no procedural barriers to the admissibility of evidence or pre-determined formulae for its assessment (...) the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof, are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegations made, and the Convention right at stake”⁴⁵. Tuttavia, la Grande camera ha rifiutato di invertire l’onere della prova, nel caso di specie, in cui pure era stato affermato che l’atto violento era motivato dal pregiudizio razziale. A differenza della I sezione, essa ha ritenuto che il fallimento delle autorità di svolgere un’indagine efficace non giustificasse l’inversione dell’onere della prova sul governo convenuto.

⁴¹ Sentenza della Corte EDU (Grande camera) del 6 luglio 2005, *Nachova and others v. Bulgaria*, par. 145. I passaggi rilevanti della prima sentenza della sezione sono riportati al par. 160 della sentenza della Grande camera.

⁴² Sentenza della Corte EDU del 31 maggio 2007, *Šečić v. Croatia*, par. 67.

⁴³ Sulla rigida posizione della Corte che le accuse di violenze razziste vadano provate “oltre ogni ragionevole dubbio” si era espresso per primo il giudice Bonello nella sua opinione dissenziente alla sentenza della Corte EDU del 13 giugno 2002, *Anguelova v. Bulgaria*.

⁴⁴ Incombe alla parte convenuta (inversione dell’onere della prova solo nei procedimenti di diritto civile). Le direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE consentono di mantenere o adottare misure specifiche per evitare o compensare gli svantaggi correlati ai motivi di discriminazione (azioni positive), ma non ne impongono un obbligo agli Stati membri.

⁴⁵ Sentenza *Nachova* (GC), par. 147.

Quest'ultimo ricade sulle autorità nazionali, che devono fornire una spiegazione soddisfacente al riguardo, solo quando lo svolgimento degli eventi criminali rientra nella loro conoscenza esclusiva. L'opinione dissenziente di sei giudici riteneva invece che il comportamento del governo preso nel suo insieme rappresentasse una violazione dell'art. 14 CEDU.

La capacità dello Stato di individuare i comportamenti discriminatori per un'indagine efficace sulla brutalità della polizia contro le minoranze etniche dipende anche da politiche istituzionali sulla raccolta-dati sugli agenti coinvolti e sulle precedenti lamentele per trattamento discriminatorio per eliminare il rischio di "anti-ziganismo" istituzionale.

Nella sentenza *Bekos and Koutropoulos v. Greece*⁴⁶, la Corte ha anche indicato i requisiti di carattere procedurale da rispettare nello svolgimento di indagini su violenze poste in essere dagli agenti di polizia quando si sospetta che siano motivati da pregiudizi razziali o etnici. Le autorità nazionali hanno un obbligo di raccogliere le prove e perseguire ogni possibile strumento di accertamento, per consentire decisioni motivate, imparziali ed oggettive.

Altrettanto, occorrono autorità indipendenti per la verifica medico-legale di violenze subite nelle carceri, come affermato nella sentenza *Veres v. Romania*⁴⁷.

In successive sentenze, la Corte europea procede separatamente all'accertamento delle violazioni degli articoli 2 e 3 CEDU e, successivamente, a quella dell'art. 14 in combinato disposto con le due norme convenzionali. La sentenza *Balázs v. Hungary*⁴⁸ evidenzia le responsabilità dello Stato convenuto per le indagini, anche se per le violazioni dell'art. 3 CEDU resta la preferenza per la rilevazione dei profili processuali, secondo la formula già più volte ripetuta nella precedente giurisprudenza: "Admittedly, proving racial motivation will often be extremely difficult in practice. The respondent State's obligation to investigate possible racist overtones to a violent act is an obligation to use best endeavours and not absolute. The authorities must do what is reasonable in the circumstances to collect and secure the evidence, explore all practical means of discovering the truth and deliver fully reasoned, impartial and objective decisions, without omitting suspicious facts that may be indicative of a racially induced violence"⁴⁹.

7. L'importanza dell'appartenenza ad una comunità rom emerge definitivamente nella sentenza *Muñoz Díaz v. Spain*⁵⁰, in cui la Corte europea accerta una violazione nel rifiuto di pagare la pensione di reversibilità sulla base del matrimonio celebrato secondo i riti specifici della comunità (art. 14, in combinato disposto con l'art. 1 del Protocollo n. 1). La Corte ricorda come riti e tradizioni di quella comunità non fossero mai stati considerati in Spagna contrari all'ordine pubblico: "For the Court, it is necessary to emphasise the importance of the beliefs that the applicant derives from belonging to the Roma community – a community which has its own values

⁴⁶ Sentenza della Corte EDU del 13 dicembre 2005.

⁴⁷ Sentenza della Corte EDU del 24 marzo 2015.

⁴⁸ Sentenza della Corte EDU del 20 ottobre 2015. Al momento in cui si scrive è ancora pendente la decisione della Grande camera.

⁴⁹ *Ivi*, par. 52.

⁵⁰ Sentenza della Corte EDU dell'8 dicembre 2009.

that are well established and deeply rooted in Spanish society”⁵¹. Pertanto: “The Court takes the view that the force of the collective beliefs of a community that is well defined culturally cannot be ignored”⁵².

Nella sentenza *M. and others v. Italy and Bulgaria*⁵³, la questione delle caratteristiche del matrimonio rom si incrocia con quella dell’obbligo di indagini in un caso violento e piuttosto misterioso che riguardava la riduzione in stato di grave soggezione di una minore rom. La peculiarità del matrimonio rom consistente nel pagamento di una somma di denaro al padre della sposa è stata considerata rilevante al fine di escludere la tratta degli esseri umani e la riduzione in schiavitù (art. 4 CEDU) ma la Corte condivide le preoccupazioni in merito alla condizione preoccupante delle donne rom nel contesto dei matrimoni forzati e precoci. Tuttavia, “[I] a Corte ribadisce che il matrimonio possiede connotazioni sociali e culturali ben radicate, che possono differire molto da una società all’altra (...) si può ragionevolmente accettare che tale pagamento rappresenti un regalo da una famiglia all’altra, una tradizione comune a molte culture differenti nella società odierna” (par. 161).

Anche ammettendo che nel caso di specie si trattasse di matrimonio organizzato secondo la tradizione rom, gli Stati sono tenuti ad adottare misure di protezione nei confronti di gravi violazioni dell’integrità della persona anche da parte del marito o del *partner*⁵⁴. Le autorità italiane erano tenute ad indagare a fondo sulla vicenda, “in quanto un possibile ‘matrimonio rom’ non poteva essere utilizzato come motivazione per non indagare sulle circostanze”. È importante sottolineare, in ogni caso, che il comportamento delle autorità italiane non integra, secondo la Corte, un’ipotesi di violazione del divieto di discriminazioni etnico-razziali *ex art. 14 CEDU*: le lacune delle indagini sulle denunce dei ricorrenti non erano dovute a comportamenti discriminatori e razzisti⁵⁵.

8. La giurisprudenza della Corte affronta, tra l’altro, la difficoltà di accertamento di discriminazione indiretta nell’istruzione e nel trattamento di persone con disabilità. Una politica o una singola misura nazionale possono assumere carattere discriminatorio, nonostante non siano specificamente indirizzate a uno specifico gruppo, quando siano definite in modo tale da produrre effetti negativi prevalenti nei suoi confronti. La Corte procede anche all’accertamento dell’obbligo di intervenire tramite misure preferenziali (discriminazioni positive), esaminando se esiste una giustificazione obiettiva e ragionevole della condotta e bilanciando così, caso per caso, gli interessi in gioco.

La giurisprudenza è costante nello statuire che la posizione vulnerabile dei Rom necessita di una particolare attenzione nel settore dell’istruzione. La sentenza *D. H. and others v. Czech Republic*⁵⁶ è sicuramente la più conosciuta: ribaltando

⁵¹ *Ivi*, par. 56.

⁵² *Ivi*, par. 59.

⁵³ Sentenza della Corte EDU del 31 luglio 2012.

⁵⁴ *Ivi*, par. 105.

⁵⁵ *Ivi*, par. 178.

⁵⁶ Sentenza della Corte EDU del 5 febbraio 2015, par. 184. In materia di segregazione nelle scuole, v. anche: le sentenze della Corte EDU del 6 giugno 2008, *Sampanis and others v. Greece*, relativa alla scolarizzazione in classi speciali situate in un edificio secondario a causa della loro origine rom, con accertamento di violazioni dell’art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l’art. 2 del Protocollo n. 1 (diritto all’istruzione); del 30 maggio 2013, *Lavida and others v. Greece*, sentenza sull’educazione dei bambini rom, obbligati a frequentare un scuola primaria composta da soli alunni

una sentenza della sezione, la Grande camera rilevava che la pratica di valutare un gran numero di bambini rom come disabili e la loro conseguente concentrazione nelle scuole speciali rappresentavano una forma di discriminazione indiretta. L'applicazione di una disposizione di legge, malgrado la sua formulazione generale e astratta, incideva in modo sproporzionato nei confronti dei membri di un particolare gruppo razziale o etnico. Infatti, la Corte ha osservato che le norme in materia di collocamento in scuole speciali non facevano riferimento all'origine etnica degli alunni, ma perseguivano il legittimo obiettivo di adattare il sistema educativo ai bisogni, alle attitudini e alle (dis)abilità dei bambini. Tuttavia, il numero di bambini rom nelle scuole speciali era sproporzionato, in quanto costituiva la maggioranza degli alunni.

Nella sentenza *Oršuš and others v. Croatia*, riguardante particolari misure di segregazione scolastica adottate in Croazia nei confronti dei minori rom⁵⁷, la Grande camera ha giudicato tali disposizioni sproporzionate e discriminatorie, anche se in astratto ammissibili. I ricorrenti sostenevano che alcune classi comprendevano un numero sproporzionato di studenti rom, rappresentando una discriminazione indiretta fondata sull'origine etnica. La Corte ha riscontrato che le sole statistiche non consentivano di presumere una discriminazione ma ammette pertanto la possibilità di motivare una denuncia al riguardo senza fare ricorso a dati statistici. Secondo la Corte, l'uso di statistiche che accertino una sproporzione nella composizione di bambini rom in una classe di studenti può costituire un elemento di prova di tale discriminazione, senza però esserne un necessario prerequisite. Ciò dipenderà dalle circostanze del caso di specie. In modo particolare, la prova delle prassi o delle convinzioni degli appartenenti a una stessa categoria protetta sembra essere sufficiente. Di conseguenza, l'onere della prova veniva spostato in capo alle autorità pubbliche, che tuttavia non riuscivano a dimostrare che l'impatto delle misure educative fosse il risultato di fattori obiettivi estranei all'origine etnica. La Corte ha affermato che l'effetto discriminatorio di una legislazione, senza giustificazioni obiettive e ragionevoli, rende superflua la prova di un intento discriminatorio.

Per la prima volta, la Corte ha accertato una violazione del divieto di discriminazione, che può riguardare pratiche a carattere sistemico, affermando l'obbligo dello Stato di disporre misure generali ed individuali per rimuovere gli effetti del comportamento discriminatorio nell'ordinamento interno (art. 46 CEDU).

La Corte ha ritenuto che la diagnosi errata sulle capacità dei bambini rom e la loro conseguente segregazione è pari a una discriminazione indiretta. Tuttavia, il giudice ha introdotto il concetto di misure positive in riferimento alla lunga storia di discriminazione nel campo dell'istruzione per affrontare le discriminazioni passate e attuali.

Secondo la sentenza *Horváth and Kiss v. Hungary*: "as a result of their turbulent history and constant uprooting the Roma have become a specific type of disadvantaged and vulnerable minority"⁵⁸. Nel caso di specie, la Corte europea sanciva una violazione in relazione alla collocazione di scuole per portatori di handicap mentali,

rom, in cui la Corte ha rilevato che la natura continua di questa situazione e il rifiuto dello Stato di adottare misure anti-segregazione comportavano una discriminazione implicita ed una violazione del diritto di istruzione.

⁵⁷ Sentenza della Corte EDU (Grande camera) del 13 marzo 2010, relativa alle classi riservate a minori rom nella scuola primaria, ritenuta priva di giustificazione e senza garanzie di adeguata considerazione degli specifici bisogni dei membri di un gruppo svantaggiato e vulnerabile.

⁵⁸ Sentenza della Corte EDU del 29 gennaio 2013, par. 102.

con accertamento di violazioni dell'art. 2 del Protocollo n. 1 (diritto all'istruzione), in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

9. Sul diritto alla salute e la sterilizzazione forzata di donne rom, la Corte si è espressa in numerosi casi. Nella sentenza *K. H. v. Slovakia*⁵⁹, relativa all'impossibilità di ottenere le fotocopie delle cartelle cliniche dagli ospedali dove si sospettava potessero essere state sterilizzate a loro insaputa dopo il parto, ha constatato che, sebbene le ricorrenti non fossero state del tutto escluse dal diritto di proporre un'azione civile, l'applicazione rigorosa della normativa nazionale aveva imposto una sproporzionata limitazione alla loro capacità di presentare un ricorso.

Nella sentenza *V. C. v. Slovakia*⁶⁰, la richiedente di origine etnica rom è stata sterilizzata in un ospedale pubblico senza il suo consenso pieno e informato, giustificato da motivazione di rischio per la salute in caso di nuovo parto. Tale intervento avrebbe portato all'ostracismo della comunità rom e alla separazione a causa della sua sterilità. Anche se non v'era la prova che il personale medico interessato avesse intenzione di infliggere maltrattamenti, aveva agito con negligenza grave rispetto al diritto all'autonomia e alla scelta come un paziente. La sterilizzazione rappresentava violazione dell'art. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti), dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) per la mancanza di garanzie giuridiche relative alla sua salute riproduttiva, particolarmente rilevante nella comunità rom.

La Slovacchia è stata condannata varie volte a causa delle azioni di sterilizzazione forzata⁶¹ e condannata per la violazione degli articoli 3 e 8 CEDU. Quanto all'inosservanza dell'art. 14 CEDU risulta difficile provare l'intento discriminatorio che spinge i medici della sanità pubblica a sottoporre donne rom di ogni età a operazioni di sterilizzazione senza consenso.

Nell'opinione dissenziente, il giudice Mijovic afferma però come il verificarsi di diversi casi simili in Slovacchia rinforzi la convinzione che le sterilizzazioni non siano atti accidentali, ma un'attitudine nei confronti della minoranza rom.

10. Un altro aspetto importante è quello della libertà di associazione (art. 11) sia nella prospettiva del diritto dei membri di una minoranza ad associarsi sia nel limite opposto della dissoluzione di associazioni basate sullo sviluppo di manifestazioni razziste.

L'importanza della libertà di associazione delle persone appartenenti a minoranze nazionali ed etniche è sottolineata nella sentenza *Gorzelik v. Poland*⁶²: "For pluralism is also built on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion. It is only natural that, where a civil society functions in a healthy manner, the participation of citizens in the democratic process is to a large extent achieved

⁵⁹ Sentenza della Corte EDU del 28 aprile 2009.

⁶⁰ Sentenza della Corte EDU dell'8 novembre 2011.

⁶¹ L'orientamento è confermato nelle sentenze della Corte EDU del 12 giugno 2012, *N. B. v. Slovakia*; del 13 novembre 2012, *I. G., M. K. and R. H. v. Slovakia*.

⁶² Sentenza della Corte EDU (Grande camera) del 17 febbraio 2004.

through belonging to associations in which they may integrate with each other and pursue common objectives collectively”⁶³.

Nella sentenza *Vona v. Hungary*⁶⁴ la Corte osserva che il “movimento” il cui scioglimento è contestato ha svolto attività raduni e manifestazioni di formazioni paramilitari nei villaggi con popolazioni rom con intimidazioni razziste. Lo Stato ha il diritto di tutelare il diritto dei membri dei gruppi *target* individuati su base razziale e intimiditi a causa della loro appartenenza a un gruppo etnico. Ove accompagnata da comportamenti come quelli in oggetto, la Corte europea ritiene che il livello di protezione generalmente accordata alla libertà di espressione può essere ridotto alla luce di importanti interessi di ordine pubblico⁶⁵.

L’organizzazione di una serie di manifestazioni paramilitari può essere considerata come l’attuazione di una politica di segregazione razziale⁶⁶.

Nell’opinione concordante, il giudice Pinto De Albuquerque afferma che “State tolerance of speech, expression or activities of any natural persons, assemblies, groups, organisations, associations or political parties with the purpose of disseminating racism, xenophobia or ethnic intolerance represents a breach of the State Party’s obligation”.

11. In generale conviene ricordare che la logica complessiva della giurisprudenza sui diritti dei Rom presuppone il bilanciamento nello scrutinio, caso per caso, del margine di apprezzamento dello Stato contraente. Pur raggruppabili in principi e orientamenti, le decisioni della Corte europea hanno sempre un’impronta casistica nella valutazione delle circostanze di fatto e della disponibilità delle prove. La scelta dell’approccio interpretativo dipende così in parte dall’evoluzione della tutela dei diritti fondamentali, ma anche da una serie di fattori, quali il livello di criticità del contesto nazionale, la priorità del settore d’intervento in oggetto, la tipologia di misure e la presenza di standard europei comuni nella prassi applicativa.

Nonostante la positiva evoluzione della giurisprudenza in materia, continua ad essere difficile modificare le pratiche discriminatorie nella realtà di alcuni Stati che pure hanno visto l’accertamento di violazioni CEDU. Infatti, proprio la sorveglianza sull’attuazione delle sentenze resta uno dei compiti più difficili della tutela europea dei diritti umani.

Nella relazione sull’attuazione delle sentenze (2015) si legge: “The Committee of Ministers is increasingly confronted with difficulties related to ‘pockets of resistance’ linked to deeply rooted prejudices of a social nature (for example toward Roma or certain minorities)”.

Alcune delle sentenze continuano dopo anni (in alcuni casi dopo un decennio), ad essere seguite nella loro applicazione tramite un’interlocazione costante tra il Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, che formula richieste di informazioni e osservazioni, e lo Stato contraente che sottomette piani e analisi per il superamento delle criticità rilevate dalla Corte europea. Tramite questo sistema di controllo delle misure generali, derivanti dalle sentenze rivolte allo Stato-contraente, si attua un risultato di progressivo avanzamento della condizione dei Rom, in

⁶³ *Ivi*, par. 92.

⁶⁴ Sentenza della Corte EDU del 9 luglio 2013.

⁶⁵ *Ivi*, par. 66.

⁶⁶ *Ivi*, par. 69.

parallelo con il controllo sull'attuazione dello strumento delle strategie *ad hoc* nell'Unione europea.

In linea con la prassi sulla esecuzione delle sentenze della CEDU, infatti la Corte ha previsto misure generali per porre rimedio ai comportamenti errati stabiliti nel caso, oltre alle misure individuali. Il governo convenuto è tenuto a rispondere alle preoccupazioni sollevate dal giudice entro un determinato periodo di tempo o, in mancanza, di sviluppare un piano d'azione dettagliato sulle misure da adottare. Ad esempio, la Corte europea ha stabilito un tale obbligo nel caso *Moldovan* n. 2 (2005), dove al governo è stato chiesto di attuare un piano a favore di una comunità locale e la Corte ha stabilito le caratteristiche principali del piano.

Così, a seguito della sentenza *Orsus*, il governo croato ha elaborato un piano d'azione che mirava ad abolire classi separate per i bambini rom, integrandole in istruzione tradizionale, e il monitoraggio dei risultati concreti; introdurre classi complementari e programmi specifici per aumentare la competenza linguistica dei bambini rom; e creare misure per affrontare il problema della scarsa frequenza scolastica e l'alto tasso di abbandono dei bambini rom, con il coinvolgimento attivo dei servizi sociali. Il piano d'azione richiesto dal Comitato dei ministri è oggetto di un *reporting* periodico da parte del governo, con il coinvolgimento delle organizzazioni della società civile.

Abstract

The Application of the European Convention on Human Rights to Roma: The Principle of Non-discrimination and Positive Actions in Favor of Disadvantaged Minority Groups

The article analyses the obligations of the contracting States deriving from the European Convention of Human Rights for the protection of cultural diversity and against racism towards Roma, taking into account the most significant case law of the European Court of Human Rights. More specifically, it critically explores the ECHR principles of prohibition of discrimination as well as the right to respect for private and family life, the prohibition of torture, the right to education, amongst others. In fact, discrimination of Roma represents a paradigm for vulnerable groups, and a consensus on the protection of national minorities is slowly but surely rising in Europe.

Giuseppe Palmisano*

La protezione dei diritti dei Rom nella prassi applicativa della Carta sociale europea

SOMMARIO: 1. La Carta sociale europea come contesto giuridico per il riconoscimento e la protezione dei diritti dei Rom. – 2. Le criticità nel rispetto dei diritti dei Rom alla luce dei rapporti presentati dagli Stati al Comitato europeo dei diritti sociali. – 3. La protezione dei diritti dei Rom mediante la procedura dei reclami collettivi: il diritto ad un’abitazione di livello sufficiente. – 4. La rilevanza del principio di non discriminazione e l’obbligo di proteggere i Rom dall’emarginazione sociale. – 5. La questione dello sgombero dei campi Rom. – 6. La condanna delle espulsioni collettive e della propaganda razzista. – 7. Il diritto alla protezione della salute. – 8. Riflessioni conclusive.

1. Sul piano della protezione dei diritti dell’uomo, il sistema della Carta sociale europea costituisce senza dubbio uno degli strumenti più adatti a rispondere in maniera efficace alle peculiari esigenze di tutela delle comunità rom e delle persone appartenenti a tali comunità. Uno strumento da prendere in attenta considerazione e da valorizzare nelle sue potenzialità più di quanto non lo sia stato sino ad oggi.

Va infatti tenuto presente che la Carta sociale è lo strumento giuridico europeo più ampio e completo di protezione dei diritti sociali. Le disposizioni contenute nei 31 articoli sostanziali della Carta c.d. riveduta¹ coprono un vasto spettro di diritti

* Ordinario di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Camerino.

¹ È opportuno ricordare che la Carta sociale europea, firmata a Torino il 17 ottobre 1961, ha conosciuto un importante processo di riforma a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso. Tale processo – le cui tappe fondamentali sono state i tre Protocolli del 1988, 1991 e 1995 – è scaturito nell’adozione della Carta sociale “riveduta” (il 3 maggio 1996) che ha aggiunto alcuni significativi diritti a quelli già presenti nella Carta originaria.

Non tutti gli Stati parti della Carta del 1961 hanno, ad oggi, ratificato la Carta riveduta. Attualmente, 34 Stati europei sono parti della Carta riveduta, e 9 sono ancora parti della Carta del 1961.

A ciò va aggiunto che il sistema della Carta è caratterizzato da una sorta di *menu à la carte*. Gli Stati parti non sono cioè tenuti ad accettare tutte le disposizioni sostanziali (che stabiliscono i diritti da rispettare), ma sono liberi di accettarne un numero limitato, purché però accettino gran parte delle disposizioni ritenute più importanti, nonché – complessivamente – un numero consistente (superiore alla metà) del totale delle disposizioni. Precisamente, secondo l’art. A della Parte III della Carta riveduta: “ciascuna delle Parti s’impegna (...) b) a considerarsi vincolata da almeno sei dei nove articoli seguenti della parte II della Carta: articoli 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 e 20; c) a considerarsi vincolata, a sua scelta, da un numero supplementare di articoli o di paragrafi numerati della parte II della Carta, a condizione che il numero totale degli articoli e dei paragrafi numerati che la obbligano non sia inferiore a sedici articoli o a sessantatré paragrafi numerati”.

individuali e collettivi, che abbracciano moltissimi campi. Non solo vengono riconosciuti e garantiti i principali diritti sociali “tradizionali” – quali il diritto al lavoro e i vari diritti dei lavoratori (ivi compresi il diritto alla contrattazione collettiva, il diritto di formare sindacati, di partecipare ad attività e organizzazioni sindacali, il diritto di sciopero), e il diritto alla sicurezza sociale nelle sue varie ramificazioni (ad es. pensioni, assistenza medico-sanitaria, sussidi di disoccupazione, sussidi familiari) – ma vengono anche posti nei confronti degli Stati parti precisi impegni di protezione in tutti i settori di maggiore rilevanza sociale: dal diritto all’abitazione al diritto alla salute e alla tutela dell’ambiente; dalla protezione contro la povertà e l’esclusione sociale ai diritti delle persone con disabilità; dalla protezione della famiglia a quella delle persone anziane; dal diritto alle pari opportunità alla protezione della maternità; fino alla protezione e all’educazione dei bambini e degli adolescenti². La Carta, inoltre, contiene una formulazione molto ampia del principio di non discriminazione, secondo la quale i diritti sociali devono essere garantiti senza alcuna discriminazione “basata in particolare sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o ogni altra opinione, l’ascendenza nazionale o l’origine sociale, la salute, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, la nascita o ogni altra situazione” (art. E)³.

Dal punto di vista degli individui protetti nei loro diritti può dunque dirsi che la Carta sociale europea sia lo strumento normativo internazionale che, a tutt’oggi, più si preoccupa della persona nella sua vita quotidiana, prendendosi cura dei bisogni e delle esigenze sociali basilari di ogni essere umano. Parallelamente, dal punto di vista dell’impegno che pone in capo agli Stati parti, può affermarsi che la Carta è lo strumento giuridico europeo che più di ogni altro li spinge a predisporre e far funzionare un avanzato sistema pubblico di *welfare*.

A ciò va aggiunto che la Carta non si presenta soltanto come un *bill of rights*, come un mero catalogo di diritti che gli Stati affermano di voler rispettare, o dei quali s’impegnano a promuovere il godimento. Essa predispose altresì un articolato meccanismo di monitoraggio e garanzia degli impegni assunti dagli Stati, il quale – pur non sfuggendo ai limiti tipici di quasi tutti i meccanismi internazionali di controllo e garanzia – riesce ad avere un certo impatto sul modo di essere degli ordinamenti e delle prassi statali (e, quindi, sull’effettiva fruizione dei diritti da parte delle persone e dei gruppi protetti dalla Carta).

² Sulla Carta sociale europea esiste una bibliografia piuttosto ampia. Si vedano, ad es., J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, S. LECLERC (dirs.), *La Charte Sociale Européenne (Actes des Premières Rencontres Européennes de Caen organisées à Caen, le 17 mars 2000)*, Bruxelles, 2001; J. DARCY, D. HARRIS, *The European Social Charter*, New York, 2001, II ed.; A.M. ŚWIĄTKOWSKI, *The Charter of Social Rights of the Council of Europe*, The Hague, 2007; O. DE SCHUTTER (ed.), *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe*, Bruxelles, 2010; C. BENELOCINE, *La Charte Sociale Européenne*, Strasbourg (Editions du Conseil de l’Europe), 2011; M. D’AMICO, G. GUIGLIA (eds.), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*, Napoli, 2014.

La documentazione ufficiale relativa alla Carta sociale, nonché gli atti del Comitato europeo dei diritti sociali (conclusioni, decisioni di reclami collettivi e altro) sono consultabili sulle pagine *web* del Consiglio d’Europa dedicate alla Carta sociale: www.coe.int. Il testo completo delle conclusioni e delle decisioni è altresì consultabile sulla banca dati *online* della Carta sociale: hudoc.esc.coe.int.

³ Come ha precisato il Comitato europeo dei diritti sociali, si tratta di una lista di motivi di discriminazione da non considerarsi come esaustiva (Complaint n. 13/2002, *Association internationale Autisme-Europe v. France*, decisione sul merito del 4 novembre 2003, par. 51).

Tale meccanismo, che è inserito nel quadro istituzionale del Consiglio d'Europa e s'incentra sul ruolo svolto rispettivamente dal Comitato europeo dei diritti sociali (organo di esperti indipendenti) e dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, prevede due distinte procedure di supervisione. Una è la procedura di valutazione periodica – da parte del Comitato dei diritti sociali – dei rapporti presentati dagli Stati sull'attuazione della Carta nel loro ordinamento e nella loro prassi interna⁴, e l'altra è la procedura c.d. dei “reclami collettivi”, che può riguardare soltanto gli Stati che l'abbiano espressamente accettata. In base a questa procedura, organizzazioni sindacali internazionali o nazionali, e organizzazioni non governative dotate di *status* consultivo presso il Consiglio d'Europa, possono presentare reclami al Comitato europeo dei diritti sociali, affinché questo accerti il mancato rispetto della Carta da parte di uno Stato con riferimento a situazioni specifiche e – poi – il Comitato dei Ministri indirizzi allo Stato stesso, se del caso, raccomandazioni volte ad ottenere la conformità alle disposizioni violate⁵.

Nel contesto del sistema di norme e procedure brevemente ricordato, la protezione dei diritti, della dignità e delle esigenze peculiari dei Rom ha trovato uno spazio ampio ed importante, trovando occasioni significative di applicazione e offrendo una varietà di aspetti e di prospettive meritevoli di essere evidenziate⁶.

Ciò è agevole da comprendere se si considerano la situazione e le condizioni in cui versano di fatto le comunità rom in molte parti d'Europa, assolutamente non soddisfacenti dal punto di vista dei rischi per il godimento di molti diritti sociali. Basti pensare che in alcuni Stati europei il tasso di povertà in seno alla popolazione rom è più alto da quattro a dieci volte rispetto a quello delle popolazioni non-rom, e che percentuali molto alte di Rom (40% e oltre) vivono al di sotto della soglia di povertà definita dalla Banca mondiale. I tassi di occupazione dei Rom sono generalmente molto bassi; viceversa il tasso di disoccupazione è in genere estremamente elevato, arrivando persino a raggiungere, nell'ambito di alcune comunità, il 100%. Anche il livello d'istruzione è tutt'altro che soddisfacente: percentuali elevate di bambini abbandonano la scuola prima della fine del ciclo di studi primario, e percentuali molto basse di popolazione rom raggiungono i livelli superiori d'istruzione. Inoltre, in alcuni Paesi, i bambini rom scolarizzati subiscono non di rado una segregazione di fatto, venendo collocati in istituti specializzati destinati essenzialmente ai bambini con difficoltà di apprendimento. Gli alloggi in cui si trovano a vivere i Rom e le condizioni abitative sono generalmente molto poco adeguati, sprovvisti di infrastrutture essenziali o risultanti in una sorta di ghetti geograficamente separati

⁴ Tale procedura, prevista sin dalla versione originaria della Carta sociale del 1961, è stata sensibilmente migliorata e resa più efficace grazie al Protocollo addizionale di Torino del 21 ottobre 1991.

⁵ La procedura di reclami collettivi è stata inserita nel sistema della Carta sociale dal Protocollo addizionale del 9 novembre 1995. Attualmente solo 15 Stati (dei 43 partecipanti al sistema della Carta sociale) hanno accettato tale procedura. Si tratta precisamente di: Francia, Grecia, Portogallo, Italia, Belgio, Bulgaria, Irlanda, Finlandia, Olanda, Svezia, Croazia, Norvegia, Slovenia, Cipro, Repubblica Ceca. Di questi, la sola Finlandia ha per ora accettato la possibilità che siano presentati reclami anche da organizzazioni non governative nazionali rappresentative e competenti nel settore oggetto del reclamo.

⁶ Sul tema v. O. DE SCHUTTER, *La contribution de la Charte sociale européenne à l'intégration des Roms d'Europe*, in *L'Europe des Libertés*, n. 23, 2005, <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr>; L. FARKAS, *En bonne voie vers l'égalité: la recherche par les Roms d'une protection judiciaire contre la discrimination devant les juridictions européennes*, in *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2006, n. 3, p. 21 ss.

dal resto della popolazione. Per i Rom l'accesso alle cure sanitarie è generalmente difficile e insufficiente, in ragione vuoi delle loro precarie condizioni economiche, vuoi della precarietà del loro *status* sotto il profilo amministrativo (ossia dell'impossibilità o della difficoltà di ottenere i documenti amministrativi richiesti per poter beneficiare dell'assistenza medica e sociale), vuoi – non di rado – della diffidenza e dei pregiudizi nei loro confronti da parte del personale sanitario.

È perciò del tutto comprensibile che la situazione dei Rom abbia finito per essere presa spesso in considerazione dal Comitato europeo dei diritti sociali nell'ambito del controllo del rispetto da parte degli Stati di numerose disposizioni della Carta sociale.

2. Per quanto riguarda la procedura di valutazione dei rapporti presentati dagli Stati, la situazione dei Rom è emersa spesso in senso problematico sotto il profilo – ad esempio – del diritto della famiglia alla protezione sociale, giuridica ed economica (art. 16)⁷. In quest'ambito il Comitato ha riscontrato situazioni di non conformità a causa soprattutto di tre diversi tipi di problemi: – l'insufficiente protezione giuridica delle famiglie rom derivante dal fatto che lo *status* giuridico dei Rom non viene stabilito o accertato dalle autorità pubbliche in modo chiaro e sicuro (assenza o non rilascio di documenti d'identità o di certificati di nascita)⁸; – la discriminazione di fatto nell'accesso ai servizi sociali, alle prestazioni e ai sussidi familiari, nonché l'inadeguatezza delle condizioni abitative dei Rom⁹; – le procedure d'identificazione e censimento dei Rom non accompagnate da sufficienti garanzie per il rispetto della vita privata e contro i maltrattamenti, ma caratterizzate invece da abusi nell'ingerenza nella vita privata e familiare¹⁰.

Altro aspetto problematico riscontrato dal Comitato dei diritti sociali riguarda il diritto dei bambini e degli adolescenti ad una tutela sociale, giuridica ed economica. Secondo l'art. 17 della Carta sociale riveduta, gli Stati europei, al fine di “assicurare ai bambini e agli adolescenti l'effettivo esercizio del diritto di crescere in un ambiente favorevole allo sviluppo della loro personalità e delle loro attitudini fisiche e mentali”, devono impegnarsi a prendere tutte le misure necessarie e appropriate per garantire loro sia “le cure, l'assistenza, l'istruzione e la formazione di cui necessitano, in particolare prevedendo la creazione o il mantenimento di istituzioni o di servizi adeguati e sufficienti a tal fine” (par. 1, lett. a)), sia “un insegnamento primario e secondario gratuito, favorendo una regolare frequentazione scolastica” (par. 2). Il Comitato ha dovuto più volte rilevare la non conformità con queste disposizioni della situazione presente in alcuni Stati a causa dell'esistenza di scuole “separate” per i bambini rom. In questi casi il Comitato ha tenuto a precisare che se è ammissibile che le politiche educative nei confronti dei bambini rom si accompagnino a

⁷ Secondo l'art. 16: “Per realizzare le condizioni di vita indispensabili al pieno sviluppo della famiglia, cellula fondamentale della società, le Parti s'impegnano a promuovere la tutela economica, giuridica e sociale della vita di famiglia, in particolare per mezzo di prestazioni sociali e familiari, di disposizioni fiscali e d'incentivazione alla costruzione di abitazioni adatte ai fabbisogni delle famiglie, di aiuto alle coppie di giovani sposi, o di ogni altra misura appropriata”.

⁸ Ad es., Conclusions XVIII-1, Greece, Article 16.

⁹ Ad es., Conclusions XX-4, Czech Republic, Article 16; Conclusions 2015, Romania, Article 16; Conclusions 2015, Slovak Republic, Article 16; Conclusions 2015, Hungary, Article 16.

¹⁰ Ad es., Conclusions 2011, Italy, Article 16.

“strutture flessibili” (per riflettere la diversità del gruppo di appartenenza e tener conto dello stile di vita itinerante o semi-itinerante di certi gruppi di popolazione), tuttavia i bambini rom – in quanto tali – non dovrebbero mai essere obbligatoriamente scolarizzati in istituti separati¹¹.

Ma i problemi più frequenti e gravi vengono senza dubbio riscontrati dal Comitato sotto il profilo del rispetto del diritto all’abitazione, sancito dall’art. 31 della Carta riveduta. Tale articolo prevede che gli Stati s’impegnino a prendere misure destinate a: favorire l’accesso ad un’abitazione di livello sufficiente (par. 1), prevenire e ridurre lo *status* di “senza tetto” in vista di eliminarlo gradualmente (par. 2), rendere il costo dell’abitazione accessibile alle persone che non dispongono di risorse sufficienti (par. 3).

Con riferimento alla popolazione rom, i motivi più frequenti per i quali la situazione negli Stati viene considerata contraria agli obblighi della Carta in tema di diritto all’abitazione sono i seguenti: – il fatto che vengano tollerate dalle autorità statali condizioni di vita precarie e estremamente povere nei campi e nelle aree di sosta e accoglienza disponibili per i Rom; – l’insufficiente realizzazione di campi di sosta e accoglienza; – gli sgomberi dai campi effettuati senza rispettare la dignità delle persone coinvolte, e senza rendere disponibili soluzioni alternative di sistemazione; – l’assenza di vie di ricorso, o di assistenza legale, al fine di agire per ottenere riparazione in via giurisdizionale a seguito di uno sgombero; – l’insufficiente offerta di abitazioni a condizioni accessibili per le persone dotate di risorse economiche limitate¹².

In parte come conseguenza necessaria delle situazioni di non conformità rilevate a proposito del diritto all’abitazione, la questione dei diritti e del trattamento dei Rom emerge anche nel contesto del controllo dell’art. 19 della Carta sociale, ossia del rispetto del diritto dei lavoratori migranti alla protezione e all’assistenza. In particolare, dal momento che tale disposizione prevede che gli Stati parti s’impegnino a garantire ai lavoratori migranti presenti legalmente sul loro territorio un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai loro connazionali per quanto riguarda – tra l’altro – l’abitazione (par. 4, lettera c)), il Comitato ha dovuto talvolta riscontrare una violazione della norma in questione (e non solo dell’art. 31 sul diritto all’abitazione) a causa della segregazione e delle condizioni di vita precarie e inadeguate presenti nei campi destinati all’accoglienza dei Rom¹³. Inoltre, nel valutare il rispetto del par. 8 dell’art. 19 (secondo il quale gli Stati parti sono impegnati a garantire ai lavoratori che risiedono regolarmente sul loro territorio che potranno essere espulsi solo se minacciano la sicurezza dello Stato o contravvengono all’ordine pubblico o al buoncostume), il Comitato ha rilevato situazioni di non conformità con la Carta sociale in quegli Stati in cui si realizzano espulsioni collettive di fatto di lavoratori migranti appartenenti alle comunità Rom¹⁴.

È infine importante sottolineare che l’art. 19 sancisce, al par. 1, l’impegno degli Stati parti “ad adottare ogni misura utile contro la propaganda ingannevole sull’e-

¹¹ Ad es., Conclusions 2003, Bulgaria, Article 17, par. 2; Conclusions 2015, Moldova, Article 17, par. 2.

¹² Ad es., Conclusions 2011, Slovenia, Article 31, par. 1; Conclusions 2011, France, Article 31, par. 1; Conclusions 2007, Italy, Article 31, par. 1; Conclusions 2015, Slovenia, Article 31, par. 2; Conclusions 2011, Turkey, Article 31, par. 2; Conclusions 2011, Italy, Article 31, par. 2; Conclusions 2007, Italy, Article 31, par. 3.

¹³ Ad es., Conclusions 2011, France, Article 19, par. 4.

¹⁴ Ad es., Conclusions 2011, France, Article 19, par. 8; Conclusions 2011, Italy, Article 19, par. 8.

migrazione e l'immigrazione” e che il Comitato non ha mancato di stigmatizzare come contrarie alla Carta le situazioni in cui si riscontra una propaganda razzista ingannevole contro la presenza di immigrati Rom, tollerata dall'autorità pubbliche o addirittura proveniente da tali autorità¹⁵.

3. Se grazie alle conclusioni adottate nella procedura dei rapporti il Comitato dei diritti sociali è in grado di identificare le situazioni di vulnerabilità e di violazione dei diritti sociali dei Rom presenti in modo più generalizzato e diffuso all'interno degli Stati europei, è però con le decisioni di reclami collettivi presentati da organizzazioni non governative europee che esso ha dato il contributo più significativo a favore della protezione effettiva dei diritti dei Rom in Europa. È in questa sua funzione di accertamento quasi-giurisdizionale che il Comitato ha infatti potuto sia chiarire contenuti e implicazioni di un certo numero di obblighi degli Stati nella loro applicazione alla situazione specifica dei Rom, sia sollecitare e monitorare interventi e misure concrete da parte degli Stati coinvolti, destinate a realizzare l'attuazione dei diritti delle comunità Rom di volta in volta pregiudicate dalle violazioni accertate, sia richiamare efficacemente l'attenzione delle istituzioni del Consiglio d'Europa e dell'opinione pubblica europea sull'esistenza e la gravità di tali violazioni¹⁶.

A conferma delle criticità che si sono viste emergere nella procedura di valutazione dei rapporti statali, le questioni che più hanno costituito oggetto di reclami collettivi, e sulle quali si sono avute più pronunce di violazione da parte del Comitato, hanno sin qui riguardato il diritto dei Rom all'abitazione, inteso vuoi quale diritto garantito espressamente ad ogni persona dall'art. 31 della Carta sociale riveduta, vuoi quale parte fondamentale del diritto della famiglia alla protezione sociale, giuridica ed economica, sancito all'art. 16 della Carta (tanto nella sua versione riveduta che in quella originaria del 1961).

Del diritto all'abitazione, il primo aspetto venuto in considerazione nell'ambito della procedura dei reclami collettivi, e sicuramente uno di quelli ad oggi più spesso sottoposti all'attenzione del Comitato, concerne il rispetto da parte degli Stati dell'obbligo di favorire l'accesso ad un'abitazione di livello sufficiente, previsto dall'art. 31, par. 1, della Carta riveduta e ricompreso anche, con riferimento alla protezione della famiglia, nell'art. 16 di entrambe le Carte¹⁷.

¹⁵ Ad es., Conclusions 2011, Italy, Article 19, par. 1.

¹⁶ Merita di essere notato il fatto che, dall'inizio del funzionamento della procedura dei reclami collettivi all'inizio del 2016, sono stati circa una ventina i reclami presentati, contro una varietà di Stati, aventi ad oggetto la violazione dei diritti dei Rom. Si tratta di un numero consistente e di una percentuale importante se considerata in rapporto, da una parte, al non elevato numero totale dei reclami ad oggi presentati (poco più di 110) e, dall'altra, alla grande varietà di situazioni, diritti, gruppi e beneficiari che possono costituire – e in effetti costituiscono – oggetto di reclamo ai sensi della Carta sociale. Ciò rivela, evidentemente, per un verso la capacità di *advocacy* delle organizzazioni non governative europee dedite alla causa dei Rom, nonché la loro convinzione e fiducia che il sistema della Carta sociale sia una via adatta per far emergere e tentare di rimediare le violazioni dei diritti dei Rom, e per altro verso – purtroppo – la facilità e la frequenza con cui si verificano in Europa tali violazioni.

¹⁷ Come ha spiegato il Comitato in una sua decisione, “Article 16 in its very wording (...) provides for the right to housing of families as an element of the right of the family to social, legal and economic protection. (...) [I]n order to satisfy Article 16 states must promote the provision of an adequate supply of housing for families, take the needs of families into account in housing policies and ensure that existing housing be of an adequate standard and include essential services (such as heating and electricity). The Committee has stated that adequate housing refers not only to a dwelling which must not be

Proprio la violazione di questa seconda disposizione è stata contestata alla Grecia nel primo reclamo riguardante i Rom, presentato nel 2003 dalla organizzazione non governativa *European Roma Right Center (ERRC)*¹⁸. In particolare, ERRC sosteneva che la Grecia violasse il diritto delle famiglie rom di accedere ad alloggi di livello sufficiente in quanto “at least 100,000 Roma are living in settlements in substandard housing; settlements with inadequate infrastructure and limited or no access to basic amenities (such as water or electricity) and public services, which are often in unsafe or unsanitary locations and which are some distance from the urban plan”. Inoltre le autorità greche non avrebbero provveduto ad individuare e predisporre un numero adeguato di siti per le esigenze di accampamento dei Rom¹⁹.

Il Comitato ha dato ragione alla parte reclamante, accertando la violazione di questo aspetto del diritto delle famiglie rom all’abitazione. La motivazione su cui si è basato il Comitato è stata la seguente: “Greece has failed to take sufficient measures to improve the living conditions of the Roma and (...) the measures taken have not yet achieved what is required by the Charter, notably by reason of the insufficient means for constraining local authorities or sanctioning them. It finds on the evidence submitted that a significant number of Roma are living in conditions that fail to meet minimum standards and therefore the situation is in breach of the obligation to promote the right of families to adequate housing laid down in Article 16. In light of the excessive numbers of Roma living in substandard housing conditions, even taking into account that Article 16 imposes obligations of conduct and not always of results and noting the overarching aim of the Charter is to achieve social inclusion, the Committee holds that the situation is in violation of Article 16 of the Charter”²⁰.

Inoltre, “the conditions for temporary encampment as well as the conditions regarding the amenities are extremely strict and (...) in the absence of the diligence on the part of the local authorities on one hand to select appropriate sites and on the other the reluctance to carry out the necessary works to provide the appropriate infrastructure, Roma have an insufficient supply of appropriate camping sites”²¹.

Successivamente, il Comitato avuto modo di sviluppare il proprio approccio interpretativo relativamente alle implicazioni per i Rom del diritto di accesso ad un’abitazione di livello sufficiente.

sub-standard and must have essential amenities, but also to a dwelling of suitable size considering the composition of the family in residence. (...) The Committee considers that, as many other provisions of the Charter, Articles 16 and 31, though different in personal and material scope, partially overlap with respect to several aspects of the right to housing. In this respect, the notions of adequate housing and forced eviction are identical under Articles 16 and 31” (Complaint n. 31/2005, *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria*, decisione sul merito del 18 ottobre 2006).

¹⁸ Complaint n. 15/2003, *European Roma Right Center (ERRC) v. Greece*, decisione sul merito dell’8 dicembre 2004. Che l’organizzazione reclamante abbia fatto riferimento all’art. 16 e non al 31 si spiega per il fatto che a quel tempo la Grecia non era ancora parte alla Carta sociale riveduta, ma soltanto alla Carta sociale del 1961, la quale non prevede una disposizione dedicata espressamente, come l’art. 31 della Carta riveduta, al diritto all’abitazione. La Grecia ha ratificato la Carta sociale riveduta nel gennaio del 2016.

¹⁹ V. paragrafi 31 e 44 della decisione.

²⁰ V. paragrafi 42-43 della decisione.

²¹ Par. 45 della decisione.

Ad esempio, nel secondo reclamo collettivo riguardante i Rom, presentato nel 2004 contro l'Italia, e basato sull'art. 31, par. 1, della Carta sociale riveduta²², il Comitato oltre a ribadire l'obbligo per lo Stato di prendere "adequate steps to ensure that Roma are offered housing of a sufficient quantity and quality to meet their particular needs", e di assicurare "that local authorities are fulfilling their responsibilities in this area", ha chiarito cosa debba intendersi per "adequate housing", e precisamente: "a dwelling which is structurally secure; safe from a sanitary and health point, i.e. it possesses all basic amenities, such as water, heating, waste disposal, sanitation facilities, electricity; not overcrowded and with secure tenure supported by law (...). The temporary supply of shelter cannot be considered as adequate and individuals should be provided with adequate housing within a reasonable period"²³.

4. Nella decisione da ultimo richiamata, il Comitato ha inoltre applicato in modo significativo alla situazione dei Rom il principio di non discriminazione, affermato dall'art. E della Carta sociale riveduta, rilevando con riferimento al comportamento dell'Italia che "by persisting with the practice of placing Roma in camps the Government has failed to take due and positive account of all relevant differences, or adequate steps to ensure their access to rights and collective benefits that must be open to all" (par. 36). Proprio per questo motivo il Comitato ha concluso per la violazione da parte dell'Italia dell'art. 31 e insieme dell'art. E della Carta.

La necessità per lo Stato di garantire attraverso azioni positive e differenziate il rispetto del principio di non discriminazione, nella realizzazione del diritto dei Rom di accedere ad un'abitazione di livello sufficiente, è stata precisata con nettezza dal Comitato nel reclamo n. 31/2005, presentato contro la Bulgaria²⁴. Nella decisione, il Comitato ha chiarito che "in the case of Roma families, the simple guarantee of equal treatment as the means of protection against any discrimination does not suffice. (...) Article E imposes an obligation of taking into due consideration the relevant differences and acting accordingly. This means that for the integration of an ethnic minority as Roma into mainstream society measures of positive action are needed"²⁵.

E, seguendo questo approccio, ha ritenuto contrario al principio di non discriminazione il fatto che la legislazione bulgara sulla regolarizzazione edilizia non avesse tenuto conto della specificità della situazione dei Rom, non consentendo la regolarizzazione delle abitazioni costruite su siti nei quali i Rom abitavano, bensì

²² Complaint n. 27/2004, *European Roma Right Center (ERRC) v. Italy*, decisione sul merito del 7 dicembre 2005.

²³ Par. 35 della decisione.

²⁴ Decisione *European Roma Right Center (ERRC) v. Bulgaria*.

²⁵ Par. 42 della decisione. Più in generale, secondo il Comitato, "the wording of Article E is almost identical to the wording of Article 14 of the European Convention on Human Rights. As the European Court of Human Rights has repeatedly stressed in interpreting Article 14 and most recently in the *Thlimmenos c. Grèce* [GC], no 34369/97, CEDH 2000-IV, § 44), the principle of equality that is reflected therein means treating equals equally and unequals unequally. In particular it is said in the above mentioned case: 'The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different'. In other words, human difference in a democratic society should not only be viewed positively but should be responded to with discernment in order to ensure real and effective equality" (decisione *International Association Autism-Europe v. France*). V. anche, nello stesso senso, decisione *European Roma Right Center (ERRC) v. Italy*, par. 36.

illegalmente, ma da molti anni in maniera tollerata *de facto* dalle autorità bulgare, e usufruendo di servi pubblici (come l'elettricità) forniti e fatturati da tali autorità²⁶.

Sulla stessa linea si pone la decisione del reclamo n. 61/2010 presentato contro il Portogallo²⁷. In questo caso il Comitato ha evidenziato la necessità per lo Stato di tener conto della diversità culturale delle famiglie rom nella realizzazione delle politiche di *housing* sociale²⁸: non tenerne conto configurerebbe infatti una violazione del principio di non discriminazione e, nel caso di specie, avrebbe anche contribuito a realizzare una situazione di segregazione per le famiglie rom interessate.

Proprio il rischio di segregazione costituisce un ulteriore punto importante dell'approccio del Comitato nell'applicare alla situazione dei Rom il diritto ad un'abitazione di livello sufficiente. Esso infatti, in alcune delle più recenti decisioni riguardanti i Rom – come quella ora richiamata nel reclamo contro il Portogallo, o quella del reclamo n. 67/2011 contro la Francia²⁹ – ha tenuto ad integrare espressamente, nel caso dei Rom, le condizioni richieste affinché un'abitazione possa considerarsi di tale livello, facendo riferimento ad aspetti che sono evidentemente necessari per favorire l'integrazione e la socializzazione dei Rom e, quindi, per evitare la loro segregazione. Così nella decisione del reclamo contro il Portogallo, il Comitato ha affermato: “Pursuant to Article 31§1, adequate housing must be in a location which allows access to public services, employment, health-care services, schools and other social facilities. States should be vigilant when implementing housing policies so as to prevent spatial or social segregation of ethnic minorities or immigrants”³⁰.

La protezione dall'emarginazione sociale (e dalla povertà) costituisce peraltro, ai sensi della Carta sociale, non solo un valore e un principio informatore del sistema, ma anche un preciso impegno giuridico, sancito dall'art. 30 della Carta riveduta³¹. Questo spiega perché in alcuni casi concernenti i Rom, in cui sono state riscontrate violazioni del diritto all'abitazione del tipo di quelle poc'anzi illustrate, nonché violazioni di altri diritti, il Comitato abbia altresì concluso – quasi come risultato pressoché inevitabile della somma di tali violazioni – per il mancato rispetto da parte dello Stato anche dell'art. 30 sull'obbligo di protezione dall'emarginazione sociale.

²⁶ Paragrafi 55-56 della decisione. Anche sul punto del riconoscimento *de facto* della situazione delle comunità Rom, il Comitato si è richiamato espressamente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, e in particolare alla sentenza nel caso *Oneryildiz* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turkey*, paragrafi 105 e 127-128).

²⁷ Complaint n. 61/2010, *European Roma Right Center (ERRC) v. Portugal*, decisione sul merito del 30 giugno 2011.

²⁸ “The Committee considers that social housing offered to Roma should be, as far as possible, culturally suited to them. Re-housing of Roma families in apartment blocks has often prevented family and casual gatherings, given that their means of existence as a community and bonds of solidarity are broken. Moreover, they are also faced with hostile attitudes of neighbours in apartment blocks. Therefore, the Committee considers that attention should be paid to these problems in policy planning” (par. 49).

²⁹ Complaint n. 67/2011, *Médecins du Monde – International v. France*, decisione sul merito dell'11 settembre 2012, par. 61.

³⁰ Par. 41 della decisione.

³¹ Secondo tale articolo: “Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale, le Parti s'impegnano: a) a prendere misure nell'ambito di un approccio globale e coordinato per promuovere l'effettivo accesso in particolare al lavoro, all'abitazione, alla formazione professionale, all'insegnamento, alla cultura, all'assistenza sociale medica delle persone che si trovano o rischiano di trovarsi in situazioni di emarginazione sociale o di povertà, e delle loro famiglie; b) a riesaminare queste misure in vista del loro adattamento, se del caso”.

Ciò è avvenuto ad esempio nella decisione del reclamo n. 67/2011 contro la Francia³². Qui il Comitato, dopo aver ricordato che “living in a situation of social exclusion undermines human dignity” e che “Article 30 requires states parties to adopt an overall and coordinated approach, which should consist of an analytical framework, a set of priorities and measures to prevent and remove obstacles to access to social fundamental rights”, ha affermato: “it clearly results from its conclusions under Article 31 that the housing policy in favour of the migrant Roma lawfully residing or regularly working in France is insufficient. It accordingly finds that France has failed to adopt a coordinated approach to promoting effective access to housing for these persons who live or risk living in a situation of social exclusion. It also notices that the Government has failed to take specific measures in this field towards the migrant Roma population when it should have. Treating the migrant Roma in the same manner as the rest of the population when they are in a different situation constitutes discrimination. Consequently, the Committee holds that there is a violation of Article E taken in conjunction with Article 30”³³.

5. Oltre al mancato accesso ad un’abitazione di livello sufficiente ed adeguato, l’altro aspetto preso particolarmente di mira nei reclami concernenti la violazione del diritto dei Rom all’abitazione riguarda lo sgombero forzato, l’evacuazione, dei campi Rom (o comunque delle zone e degli alloggi in cui siano insediate le comunità Rom).

Anche questo problema è stato inizialmente affrontato dal Comitato nell’ambito di reclami riguardanti l’art. 16 della Carta, sul diritto della famiglia ad una protezione sociale, giuridica ed economica.

Ad esempio, nel già richiamato primo reclamo contro la Grecia (reclamo n. 15/2003), la ONG reclamante contestava il fatto che le autorità greche avessero evacuato gruppi di Rom da campi in cui vivevano da un tempo considerevole, senza provvedere ad alcuna sistemazione alternativa (o sistemandoli in alloggi provvisori del tutto inadeguati), perseguendo inoltre giudiziariamente molti di loro per aver abitato in siti non in regola dal punto di vista degli standard e dei regolamenti sanitari. In aggiunta, essa rilevava come la legislazione greca non prevedesse garanzie procedurali adeguate per tutelare i Rom colpiti dai provvedimenti di sgombero³⁴.

Il Comitato, pur riconoscendo che “illegal occupation of a site or dwelling may justify the eviction of the illegal occupants”, individuava tuttavia tre criteri che avrebbero dovuto essere soddisfatti per realizzare legittimamente (ai sensi della Carta) l’evacuazione dei Rom dai campi o abitazioni in cui vivano: “– the criteria of illegal occupation must not be unduly wide, – the eviction should take place in

³² Decisione *Médecins du Monde – International v. France*.

³³ Paragrafi 105-108 della decisione. Similmente già nella decisione del reclamo contro il Portogallo, il Comitato aveva osservato “that the inability and unwillingness of central authorities to correctly oversee/coordinate the implementation of housing programmes at the local level taking into consideration the specific situation of Roma, for instance by taking action against those municipalities where housing projects have led to the isolation or segregation of Roma, demonstrates the lack of an ‘overall and coordinated approach’ in this area, amounting to a violation of Article E taken in conjunction with Article 30” (decisione *European Roma Right Center (ERRC) v. Portugal*, par. 71).

³⁴ Complaint n. 15/2003, *European Roma Right Center (ERRC) v. Greece*, decisione sul merito dell’8 dicembre 2004, par. 48.

accordance with the applicable rules of procedure, – and these should be sufficiently protective of the rights of the persons concerned”³⁵. Nel caso di specie, il Comitato ha ritenuto che tali criteri non fossero soddisfatti ed ha pertanto ritenuto che la Grecia avesse violato il diritto all’abitazione delle famiglie Rom.

L’approccio in questione è stato successivamente sviluppato dal Comitato soprattutto nella prospettiva dell’applicazione dell’art. 31, par. 2, della Carta sociale riveduta, che obbliga gli Stati a prendere le misure necessarie per prevenire e ridurre lo *status* di “senza tetto”, in vista di eliminarlo gradualmente.

Così nella decisione del reclamo 27/2004 contro l’Italia, il Comitato ha precisato che per comportarsi conformemente a tale disposizione, “States Parties must make sure that evictions are justified and are carried out in conditions that respect the dignity of the persons concerned, and that alternative accommodation is available. The law must also establish eviction procedures, specifying when they may not be carried out (for example, at night or during winter), provide legal remedies and offer legal aid to those who need it to seek redress from the courts. Compensation for illegal evictions must also be provided”³⁶.

E dal momento che l’Italia non aveva dimostrato di aver rispettato tali condizioni, né era stata capace di smentire di aver sottoposto i Rom ad indebite violenze durante lo sgombero dei campi, il Comitato ha concluso anche in questo caso per la violazione del diritto dei Rom all’abitazione.

Il peggiorarsi della situazione riscontrata per l’appunto nella decisione di tale reclamo (a seguito dell’adozione e dell’attuazione “di un quadro normativo, tanto di origine statale che locale, frutto di un’azione politica che, anche dal punto di vista terminologico, coinvolge elementi discriminatori in un contesto essenzialmente propagandistico”³⁷) ha condotto – qualche anno dopo – il Comitato ad adottare,

³⁵ Par. 51 della decisione.

³⁶ Decisione *European Roma Right Center (ERRC) v. Italy*, par. 41. Nella decisione del reclamo 67/2011 contro la Francia, il Comitato è stato ancora più preciso nell’indicazione dei requisiti da rispettare nello sgombero dei campi Rom. Secondo il Comitato, “legal protection for persons threatened with eviction must be prescribed by law and include: – an obligation to consult the affected parties in order to find alternative solutions to eviction; – an obligation to fix a reasonable notice period before eviction; – a prohibition to carry out evictions at night or during winter; – access to legal remedies; – access to legal aid; – compensation in case of illegal evictions” (decisione *Médecins du Monde - International v. France*, par. 75). Su questa decisione v. N. BERNARD, *La lancinante question de l’expulsion des Roms (et autres considerations)*, in *Revue trimestrielle des Droits de l’homme*, 2013, p. 909 ss.

³⁷ G. GUIGLIA, *Il diritto all’abitazione nella Carta sociale europea: a proposito di una recente condanna dell’Italia da parte del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, <http://www.rivistaaic.it/>, p. 8. “Si tratta – come ricorda sempre Guiglia (*ivi*, nota 37) – delle misure comunemente identificate con la formula ‘Emergenza Rom’ o ‘Emergenza nomadi’ e riguardanti specificamente i ‘Patti per la sicurezza’, stipulati nel corso degli ultimi anni tra lo Stato e le autorità politiche delle più importanti città italiane al fine di ampliare i poteri dei rispettivi Prefetti per fare fronte alla situazione di emergenza derivante dalla presenza delle comunità Rom nelle aree urbane, nonché, più in generale, dei presupposti normativi che hanno consentito l’adozione di tali Patti: DL 23 maggio 2008, n. 92, concernente ‘Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica’, convertito con modificazioni nella legge 24 luglio 2008, n. 125; DPCM 21 maggio 2008, recante ‘Dichiarazione dello stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio delle regioni Campania, Lazio e Lombardia’; OPCM n. 3676, n. 3677 e n. 3678 del 30 maggio 2008, concernenti ‘Disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare lo stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio, rispettivamente, della regione Lazio, della regione Lombardia e della regione

sempre contro l'Italia, la decisione più severa da esso mai presa nei confronti di uno Stato oggetto di un reclamo collettivo.

Nel caso in questione³⁸, il Comitato non si è infatti limitato a riscontrare la violazione dell'art. 31, par. 2, della Carta riveduta, e congiuntamente dell'art. E sul divieto di discriminazione, ma ha altresì qualificato il comportamento dell'Italia come una "violazione aggravata" della Carta, meritevole di un'attenzione urgente da parte di tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

A dimostrazione dell'elevato disvalore giuridico attribuito dal Comitato a questo genere di violazione del diritto all'abitazione dei Rom, gruppo giustamente considerato dal Comitato come socialmente molto vulnerabile, vale la pena riportare per esteso il passo rilevante della decisione: "The Committee (...) finds that evictions of Roma and Sinti continue to be carried out in Italy without respecting the dignity of the persons concerned and without alternative accommodation being made available. Moreover the respondent Government has not provided credible evidence to refute the claims that Roma have suffered unjustified violence during such evictions and that raids in Roma and Sinti settlements, including by the police, have not systematically been denounced and those responsible for destroying the personal belongings of the inhabitants of the settlements have not always been investigated and, if identified, condemned for their acts.

As, on the one hand, the measures in question directly target these vulnerable groups and, on the other, no adequate steps are taken to take due and positive account of the differences of the population concerned, the situation amounts to stigmatisation which constitutes discriminatory treatment.

From this last perspective, the Committee considers that, the lack of protection and investigation measures in cases of generalized violence against Roma and Sinti sites, in which the alleged perpetrators are officials, implies for the authorities an aggravated responsibility (...).

The Committee considers that an aggravated violation is constituted when the following criteria are met: – on the one hand, measures violating human rights specifically targeting and affecting vulnerable groups are taken; – on the other, public authorities not only are passive and do not take appropriate action against the perpetrators of these violations, but they also contribute to such violence.

In view of the information available in the case file, the Committee holds that these criteria are met in the instant case, and finds an aggravated violation of the Revised Charter. To reach such a finding, the Committee also takes into consideration the fact that it had already found violations in *ERRC v. Italy*, Complaint No. 27/2004, decision on the merits of 7 December 2005. Moreover, the situation has not been brought into conformity but it has worsened as highlighted by several international monitoring bodies.

Furthermore, the measures in question reveal a lack of respect of the essential values set forth by the European Social Charter (among others, human dignity and non-discrimination) whose nature and intensity goes beyond ordinary breaches of the

Campania'; Linee guida per l'attuazione delle menzionate OPCM del 30 maggio 2008, nn. 3676, 3677 e 3678, riguardanti insediamenti di comunità nomadi nelle regioni Campania, Lazio e Lombardia".

³⁸ Complaint n. 58/2009, *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, decisione sul merito del 25 giugno 2010.

Charter. Moreover, these aggravated violations do not only affect individuals as victims or the relationship between these individuals and the respondent state: they challenge the community interest and the fundamental common standards shared by Council of Europe Member States (human rights, democracy and the rule of law). Consequently, the situation requires urgent attention from all Council of Europe Member States”³⁹.

6. Passando dalla questione del diritto all’abitazione a quella del trattamento dei Rom in quanto stranieri (o, meglio, cittadini di altri Stati parti della Carta sociale che risiedono legalmente o lavorano regolarmente sul territorio dello Stato⁴⁰), la contestazione più rilevante portata di fronte al Comitato dei diritti sociali ha riguardato senza dubbio il diritto dei Rom a non essere espulsi se non nel caso in cui essi minaccino la sicurezza dello Stato, o contravvengano all’ordine pubblico o al buon costume (diritto sancito dal par. 8 dell’art. 19, articolo dedicato ai vari aspetti del diritto dei lavoratori migranti e delle loro famiglie alla protezione e all’assistenza).

In particolare, nelle decisioni di alcuni reclami presentati negli anni 2009-2010, tre dei quali contro la Francia e uno contro l’Italia⁴¹, il Comitato ha avuto modo di condannare come contrari all’art. 19, par. 8, episodi o prassi configuranti *de facto* un’espulsione collettiva dal territorio statale di cittadini di un altro Stato parte della Carta sociale (in genere Romania o Bulgaria).

Nel fare ciò il Comitato si è dichiaratamente allineato alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, e precisamente al principio affermato nella sentenza del caso *Conka* relativamente al punto della violazione dell’art. 4 del Protocollo n. 4 della Convenzione.

In quella sentenza la Corte ha affermato: “collective expulsion, within the meaning of Article 4 of Protocol No. 4, is to be understood as any measure compelling aliens,

³⁹ Paragrafi 73-77 della decisione. Una decisione simile e analogamente severa è stata in seguito adottata dal Comitato anche nei confronti della Francia, sempre per casi di evacuazione di campi di Rom e violazione del diritto all’abitazione (art. 31, par. 2, della Carta riveduta), nel reclamo n. 63/2010. In questo caso il Comitato, oltre a qualificare come “violazione aggravata” le evacuazioni collettive di Rom compiute dalle autorità francesi (sia in quanto “incompatible with human dignity and specifically aimed at vulnerable groups”, sia in considerazione dell’ “active role of the public authorities in framing and implementing this discriminatory approach to security”), e ad affermare che “the situation (...) requires urgent attention from all the Council of Europe member states”, ha altresì aggiunto – facendo un uso coraggioso di concetti tipici del diritto della responsabilità internazionale degli Stati: “[t]urning more specifically to the respondent Government, the finding of aggravated violations implies not only the adoption of adequate measures of reparation but also the obligation to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition and to ensure that such violations cease and do not recur” (Complaint n. 63/2010, *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. France*, decisione sul merito del 28 giugno 2011, paragrafi 53-54).

⁴⁰ A questo proposito è necessario ricordare che – a differenza di quel che vale per la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, alla cui applicazione ogni Stato parte è tenuto nei confronti di qualsiasi persona sottoposta alla sua giurisdizione (art. 1 della Convenzione), cittadino o straniero che sia, e a prescindere dallo Stato di cui questi abbia la nazionalità – gli Stati parti della Carta sociale si sono obbligati ad applicare la Carta agli stranieri “solo nella misura in cui si tratti di cittadini di altre Parti che risiedono legalmente o lavorino regolarmente sul territorio della Parte interessata” (paragrafo 1 dell’Annesso alla Carta sociale riveduta). Sui limiti e le criticità della portata della Carta per quanto concerne le persone protette, nonché sugli sforzi compiuti dal Comitato dei diritti sociali per superarli, sia consentito rinviare a G. PALMISANO, *Overcoming the Limits of the European Social Charter in Terms of Persons Protected: The Case of Third State Nationals and Irregular Migrants*, in M. D’AMICO, G. GUIGLIA (eds.), *op. cit.*, pp. 171-192.

⁴¹ Si tratta precisamente dei reclami n. 58/2009, n. 63/2010, n. 64/2010, n. 67/2010.

as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group. That does not mean, however, that where the latter condition is satisfied the background to the execution of the expulsion orders plays no further role in determining whether there has been compliance with Article 4 of Protocol No. 4. (...) In those circumstances and in view of the large number of persons of the same origin who suffered the same fate as the applicants, the Court considers that the procedure followed does not enable it to eliminate all doubt that the expulsion might have been collective”⁴².

Applicando il medesimo approccio interpretativo all’art. 19, par. 8, della Carta sociale, il Comitato ha considerato come violazione del diritto dei Rom a non essere espulsi collettivamente le espulsioni effettuate, ad esempio, dalle autorità italiane nel contesto del c.d. “piano strategico emergenza rom”. Secondo il Comitato: “even if according to the Italian legislation on aliens any expulsion might be taken only on an individual basis and no collective expulsion might be allowed, the Committee finds that the practices permitted by the contested ‘security measures’ are evidenced by the fact that the so-called ‘emergenza rom’ offers a collective basis to proceed in identical abstract terms to these collective expulsions. Furthermore, the doubt that the expulsion is collective is reinforced in the present complaint because it is to be placed in the framework of the ‘piano strategico emergenza rom’ and in the context of the above violations of the Revised Charter already found by the Committee. [...] In the instant case the Committee considers that the contested ‘security measures’ represent a discriminatory legal framework which targets Roma and Sinti, especially by putting them in a difficult situation of non-access to identification documents in order to legalise their residence status and, therefore, allowing even the expulsion of Italian and other EU citizens (for example, Roma from Romania, Czech Republic, Bulgaria or Slovakia)”⁴³.

Analogamente, il Comitato ha considerato come violazione dell’art. 19, par. 8, della Carta il gran numero di espulsioni di Rom effettuate dalle autorità francesi nell’estate del 2010. In questo caso il Comitato ha innanzitutto evidenziato la connessione stretta ed automatica verificatasi tra lo sgombero dei campi rom e l’espulsione dal territorio francese, immediatamente successiva, di un gran numero di famiglie rom di origine rumena e bulgara, deducendo da ciò “that returning Roma of Romanian and Bulgarian origin to their countries of origin was based on discriminatory provisions that directly targeted Roma individuals and families”. In secondo luogo, ha rilevato criticamente il fatto che le decine di ordini di abbandonare il territorio francese fossero emessi sulla base di formulari identici e stereotipati, senza alcuna considerazione della situazione individuale e della durata della presenza in Francia della persona interessata. In terzo luogo, il Comitato ha notato come non fosse affatto dimostrata l’esigenza di procedere alle espulsioni come misura necessaria per mantenere l’ordine pubblico e salvaguardare la sicurezza nazionale (le autorità francesi non si erano neppure premurate di accertare la presenza regolare o irregolare sul territorio nazionale delle persone rom destinatarie dei provvedimenti di espulsione), traendo da ciò

⁴² Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgium*, paragrafi 59 e 61.

⁴³ Complaint n. 58/2009, *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, decisione sul merito del 25 giugno 2010, paragrafi 157-158.

conferma che “these expulsions were based on considerations relating to prevention and ethnic origin”. Infine ha respinto l’argomentazione avanzata dalla Francia che si sarebbe trattato di rimpatri “volontari”, affermando che si sarebbe piuttosto trattato di rimpatri forzati, in quanto sarebbero avvenuti sotto costrizione di un’evacuazione forzata, minaccia verosimile di espulsione dal territorio statale, e dietro concessione di un aiuto finanziario (300€ per adulto e 100€ per bambino) a persone di estrema povertà e precarietà per le quali “the absence of economic freedom poses a threat to the effective enjoyment of their political freedom to come and go as they choose”⁴⁴.

Va ancora sottolineato come il Comitato, sempre nel decidere un reclamo riguardante la violazione dell’art. 19 della Carta, abbia concretamente protetto i Rom nel loro diritto di non essere vittime di propaganda discriminatoria e razzista. Ciò è avvenuto precisamente nella decisione del più volte richiamato reclamo n. 58/2009 contro l’Italia. Qui, dopo aver ricordato che l’art. 19, par. 1, impegna gli Stati parti “ad adottare ogni misura utile contro la propaganda ingannevole sull’emigrazione e l’immigrazione”, il Comitato ha innanzitutto constatato il fatto che numerosi organismi internazionali avevano giudicato autorità ed esponenti politici italiani come direttamente responsabili sia dell’*assouplissement* della legislazione antidiscriminatoria sull’incitazione all’odio e alla violenza razziale e sulle violazioni a carattere razzista, sia dell’uso di discorsi o proposte politiche xenofobe contro i Rom e i Sinti. Avendo verificato l’attendibilità e l’obiettività di tale giudizio, il Comitato ha ritenuto che le affermazioni e le prese di posizione di autorità pubbliche e rappresentanti politici italiani avessero in effetti creato “a discriminatory atmosphere which is the expression of a policy-making based on ethnic disparity instead of on ethnic stability”, ed ha quindi concluso che “the use of xenophobic political rhetoric or discourse against Roma and Sinti” non solo configurasse una violazione del combinato disposto dell’art. 19, par. 1, e dell’art. E della Carta (in quanto “racist misleading propaganda against migrant Roma and Sinti indirectly allowed or directly emanating from the Italian authorities”), ma che costituisse addirittura, nel caso di specie, una “violazione aggravata” della Carta⁴⁵.

7. Da ultimo, anche l’obbligo degli Stati di rispettare il diritto dei Rom alla protezione della salute e all’assistenza medica in situazioni di bisogno, è stato ribadito con chiarezza dal Comitato dei diritti sociali nella decisione di alcuni reclami collettivi.

Esemplare sotto questo profilo è la decisione del reclamo n. 46/2007 contro la Bulgaria. Per quanto riguarda in particolare il diritto alla protezione della salute (art. 11 della Carta)⁴⁶, il Comitato ha innanzitutto ricordato che la Carta impone una serie di obblighi positivi al fine di assicurare l’esercizio effettivo di tale diritto, e che l’adempimento di questi obblighi deve tener conto in modo prioritario della situazione

⁴⁴ Decisione *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. France*, paragrafi 65-73.

⁴⁵ Decisione *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, paragrafi 139-140.

⁴⁶ Secondo tale articolo, “Per assicurare l’effettivo esercizio del diritto alla protezione della salute, le Parti s’impegnano ad adottare sia direttamente sia in cooperazione con le organizzazioni pubbliche e private, adeguate misure volte in particolare: 1) ad eliminare per, quanto possibile le cause di una salute deficitaria; 2) a prevedere consultori e servizi d’istruzione riguardo al miglioramento della salute ed allo sviluppo del senso di responsabilità individuale in materia di salute; 3) a prevenire, per quanto possibile, le malattie epidemiche, endemiche e di altra natura, nonché gli infortuni”.

dei gruppi di persone più vulnerabili e svantaggiate. Nel caso in questione, i dati disponibili rivelavano tuttavia come in Bulgaria le comunità rom fossero esposte a rischi sanitari sproporzionati e come non vivessero in ambienti sani. Ciò sarebbe in parte dipeso, secondo il Comitato, da “the failure of prevention policies by the State, for instance the lack of protective measures to guarantee clean water in Romani neighbourhoods, as well as the inadequacy of measures to ensure public health standards in housing in such neighbourhoods”. Il Comitato ha inoltre notato come le autorità bulgare non avessero messo in atto, in maniera sistematica e programmata, azioni di sensibilizzazione della popolazione rom agli aspetti di protezione della salute, e che – nonostante lo stato di salute dei Rom fosse notoriamente peggiore rispetto a quello della restante popolazione – esse avessero trascurato di prendere misure adeguate per affrontare i problemi specifici che le comunità rom incontrano in ragione delle loro condizioni di vita insalubri e delle difficoltà ad accedere ai servizi sanitari. Per questi motivi, il Comitato ha concluso che “the failure of the authorities to take appropriate measures to address the exclusion, marginalisation and environmental hazards which Romani communities are exposed to in Bulgaria, as well as the problems encountered by many Roma in accessing health care services” costituisca una violazione dell’art. 11 e insieme dell’art. E della Carta sociale riveduta⁴⁷.

L’obbligo di proteggere adeguatamente il diritto alla salute dei Rom tenendo conto delle condizioni sanitarie peggiori e di maggiore vulnerabilità in cui questi si trovano, in genere, rispetto al resto della popolazione, nonché della loro maggior difficoltà di accesso ai servizi sanitari, è stato ribadito nella decisione del reclamo n. 67/2011 contro la Francia⁴⁸. In questo caso il Comitato ha ritenuto che la Francia avesse violato l’art. 11 e il principio di non discriminazione (art. E), vuoi per non aver preso alcuna misura idonea a consentire effettivamente ai Rom, specie quelli migranti o itineranti, l’accesso ai servizi sanitari, nonostante la consapevolezza delle maggiori difficoltà che questi incontrano nell’accesso a tali servizi⁴⁹, sia per non aver intrapreso “any concrete action directed at the migrant roma population in order to inform them and raise their awareness on health issues”⁵⁰, né alcun’azione specifica per assicurare ai Rom una prevenzione adeguata delle malattie epidemiche, infettive o di altra natura.

A quest’ultimo proposito il Comitato ha notato: “Infectious diseases and risk of domestic accidents largely results from the poor living conditions in the migrant Roma camps. The Committee further notes the very low vaccination coverage among the migrant Roma. The Government provides no information on preventive measures taken for migrant Roma to address these problems but only refers to the emergency care fund. The Committee finds that this is not sufficient. The particular situation of migrant Roma requires the Government to take specific measures in order to address their particular problems. Treating the migrant Roma in the same manner as the rest of the population when they are in a different situation constitutes discrimination”⁵¹.

⁴⁷ Complaint n. 46/2007, *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria*, decisione sul merito del 3 dicembre 2008, paragrafi 45-51.

⁴⁸ Decisione *Médecins du Monde – International v. France*.

⁴⁹ Paragrafi 142-144 della decisione.

⁵⁰ Par. 152 della decisione.

⁵¹ Par. 163 della decisione.

8. La rassegna delle decisioni del Comitato dei diritti sociali riguardanti la situazione dei Rom dimostra quanto il sistema della Carta sociale rappresenti un contesto giuridico ed uno strumento particolarmente utile per la protezione dei diritti dei Rom in Europa.

I motivi di ciò sono molteplici.

Innanzitutto la Carta sociale, impegnando gli Stati al rispetto di una serie ampia e differenziata di diritti, da garantire nel rispetto del principio di non discriminazione, riesce a fornire una tutela giuridica alle esigenze più cruciali ed elementari per la vita quotidiana delle comunità rom, quelle cioè che sono più importanti per poter condurre una vita dignitosa, al pari del resto della popolazione, e per essere inseriti e integrati socialmente, pur nel rispetto della propria identità e delle proprie specificità. Basti pensare al diritto dei Rom all'abitazione, alla protezione della salute, all'istruzione e formazione di bambini e adolescenti, ai sussidi e alle forme di sostegno della famiglia, ma anche al loro diritto al lavoro e ad essere tutelati in quanto lavoratori, alla protezione della maternità, alla previdenza sociale, e così via. In questo senso, la Carta sociale offre a ben vedere – al livello europeo – uno strumento di riconoscimento e garanzia dei diritti suscettibile di avere, per i Rom, un impatto positivo decisamente maggiore che non il sistema della Convenzione e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In secondo luogo, gli obblighi posti dalla maggior parte delle norme della Carta sociale – che prevedono l'adozione da parte degli Stati di misure positive a realizzazione progressiva, da attuare nel rispetto di un principio di eguaglianza sostanziale, evitando le discriminazioni dirette ed indirette – costringono gli Stati e le autorità statali ad un impegno continuo e un'attenzione costante nella realizzazione delle condizioni giuridiche, sociali ed economiche necessarie affinché sia effettivamente garantito alle comunità rom il godimento dei diritti sociali, senza che gli Stati possano ritenersi soddisfatti dal riconoscimento meramente formale – sul piano delle norme scritte e delle garanzie giurisdizionali interne – di eguali diritti ai Rom⁵².

In terzo luogo, il sistema della Carta sociale prevede un meccanismo di controllo articolato, che consente al Comitato europeo dei diritti sociali di monitorare, attraverso la procedura dei rapporti, lo stato dell'arte e i progressi (o i regressi) nell'attuazione

⁵² In proposito è importante il fatto che il Comitato dei diritti sociali, nello spiegare il significato e le implicazioni degli obblighi "a realizzazione progressiva", abbia escluso che questi consentano agli Stati di dilazionare indefinitamente nel tempo il raggiungimento degli obiettivi previsti, o di trascurare l'adozione immediata ed accertabile delle "operational procedures necessary to give full implementation to the rights specified" nella Carta (Complaint n. 33/2006, *International Movement ATD Fourth World v. France*, decisione sul merito del 5 giugno 2008, par. 61). Secondo il Comitato, "when the achievement of one of the rights in question is exceptionally complex and particularly expensive to resolve, a State Party must take measures that allows it to achieve the objectives of the Charter within a reasonable time, with measurable progress and to an extent consistent with the maximum use of available resources. States Parties must be particularly mindful of the impact that their choices will have for groups with heightened vulnerabilities as well as for others persons affected including, especially, their families on whom falls the heaviest burden in the event of institutional shortcomings" (decisione *International Association Autism-Europe v. France*, par. 53). E ancora: "in connection with timetabling, it is essential for reasonable deadlines to be set that take account not only of administrative constraints but also of the needs of groups that fall into the urgent category. At all events, achievement of the goals that the authorities have set themselves cannot be deferred indefinitely" (decisione *International Movement ATD Fourth World v. France*, par. 66).

zione, per quanto riguarda l'impegno degli Stati europei di proteggere e promuovere i diritti sociali e l'integrazione dei Rom, nonché di identificare – quando il controllo sia attivato mediante la procedura dei reclami collettivi – specifiche violazioni e discriminazioni nei confronti dei Rom, sollecitando gli Stati interessati all'adozione delle misure di volta in volta necessarie per rimediare tali violazioni e compiere passi in avanti nel processo d'inserimento sociale delle comunità Rom. Inoltre, la coesistenza e la combinazione tra le due procedure – quella dei reclami collettivi e quella, più “classica” dell'esame periodico dei rapporti statali – favorisce, com'è stato giustamente osservato, “le suivi par le Comité européen des droits sociaux des mesures – par nécessité, étalées dans le temps – qu'il appartient aux Etats concernés de prendre à la suite d'un constat de violation” e – quindi – la coesistenza e l'interazione efficace delle due dimensioni essenziali della tutela dei diritti ai sensi della Carta sociale, vale a dire “justiciabilité immédiate et réalisation progressive”⁵³.

Pertanto, l'auspicio non può che essere duplice.

Per un verso, v'è da auspicare l'accettazione del meccanismo dei reclami collettivi da parte del più ampio numero possibile di Stati europei: ciò favorirebbe invero un'attenzione più estesa ed efficace nei confronti dei diritti dei Rom, sia da parte del Comitato dei diritti sociali, sia da parte delle istituzioni del Consiglio d'Europa, delle autorità statali e degli altri *stakeholders* (in particolare le organizzazioni non governative europee e nazionali).

E, per altro verso, l'auspicio è quello di una maggior considerazione e un maggior utilizzo della Carta sociale (e della sua interpretazione da parte del Comitato europeo dei diritti sociali) sul piano dell'ordinamento e della prassi interna degli Stati, ad opera innanzitutto degli organi giurisdizionali, ma anche delle autorità politiche e amministrative nazionali e degli stessi gruppi di beneficiari delle disposizioni della Carta. Ciò darebbe senz'altro un contributo rilevante a favore del processo di integrazione dei Rom e, in definitiva, di un rispetto effettivo dei loro diritti che sia capace di andare ogni oltre pregiudizio.

Abstract

The Protection of Roma Rights within the Implementation Framework of the European Social Charter

The article aims at presenting the contribution of the legal system set out in the European Social Charter to the protection of the social rights of Roma people, focusing on the two monitoring procedures carried out by the European Committee of Social Rights: the reporting procedure, which highlights the most diffused problems European States face in respecting the social rights of Roma, and the collective complaints procedure. The work examines in particular the relevant case law of the Committee in the latter procedure, pointing out its main results in relation to the principle of non-discrimination, as well as to the rights of Roma to housing and health.

⁵³ O. DE SCHUTTER, *op. cit.*

Gianluca Contaldi*

L'indipendenza della BCE alla luce del caso *OMT*

SOMMARIO: 1. Indipendenza della BCE e rispetto del principio democratico nel funzionamento dell'Unione monetaria. – 2. Il caso *OMT* davanti alla Corte costituzionale federale tedesca. – 3. La decisione della Corte di giustizia nel caso *Gauweiler*. – 4. La decisione della Corte federale costituzionale. – 5. Le conseguenze della soluzione accolta dai giudici europei e tedeschi sul piano della ripartizione dei poteri e del rispetto della *rule of law*.

1. Si discute frequentemente sul rispetto del principio democratico nell'assetto assunto dalla *governance* economica europea negli anni successivi allo scoppio della crisi economica. Al riguardo si sottolinea come il ruolo del Parlamento europeo risulti sostanzialmente inesistente, dal momento che le decisioni rilevanti vengono di fatto assunte nell'ambito delle riunioni del Consiglio europeo¹.

È poi agevole constatare come, in conseguenza della sorveglianza multilaterale e dell'analisi preventiva della legge di stabilità da parte della Commissione, pure il margine di manovra dei parlamenti nazionali risulti estremamente ristretto². Le assemblee legislative dispongono, difatti, di un ambito sempre più ridotto per allocare le spese di natura sociale (istruzione, infrastrutture, incentivi per il lavoro), perché il campo all'interno del quale tali scelte possono essere operate è condizionato dall'incidenza dei vincoli europei³.

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Macerata.

¹ L'evoluzione del ruolo del Consiglio europeo presenta varie similitudini con il tradizionale assetto delle organizzazioni internazionali economiche, quali ad esempio il G7/G20, che si caratterizzano per un rilievo sempre più incisivo dei vertici e per la mancata previsione di strumenti di controllo democratico (v. M. STARITA, *Il Consiglio Europeo e la crisi del debito sovrano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 385 ss., p. 423).

² V., per questi rilievi, U. VILLANI, *Prove tecniche di governance europea dell'economia*, in *Sud in Europa*, 2011, fasc. 3, p. 1 s. (www.sudineuropa.net), secondo il quale: "Il richiamo alle ragioni della democrazia e della politica, che – pur necessariamente rispettose delle compatibilità economiche – non possono essere asservite né sacrificate alle ragioni (e agli interessi) dell'economia e della finanza, deve spingere a costruire una *governance* europea che sia saldamente controllata da istituzioni democratiche, sia a livello europeo, con un imprescindibile ruolo decisionale del Parlamento europeo, che a livello nazionale, ritagliando nuovi spazi per un controllo dei parlamenti nazionali e per 'dare voce' alle componenti della società civile, a cominciare dalle parti sociali".

³ Oltre all'obbligo di mantenere il rapporto tra *deficit* e PIL al di sotto del 3%, una particolare incidenza negativa sull'ambito di operatività dei parlamenti nazionali sarebbe da ricollegare al *Fiscal Compact* (per l'Italia v. l. 23 luglio 2012, n. 114, Ratifica ed esecuzione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria – c.d. *Fiscal Compact*, fatto a Bruxelles il

In tale disamina non si affronta, tuttavia, il problema del rispetto del principio democratico nel campo, strettamente connesso con il primo, della politica monetaria. Quest'ultima, a differenza della politica economica, è di esclusiva competenza delle istituzioni europee. Essa è stata consapevolmente concepita come non democratica, in quanto è condotta dalla Banca centrale europea e dal SEBC, che sono organi dichiaratamente non elettivi.

Il punto è che la BCE è impermeabile rispetto alle influenze e ai controlli politici da parte di qualunque altra istituzione, sia europea, sia nazionale. Tale risultato è stato realizzato attraverso l'introduzione di una forte caratura di indipendenza dell'istituto di emissione. Varie disposizioni dei Trattati salvaguardano, infatti, detto carattere di indipendenza, sia sul piano personale, sia su quello più strettamente istituzionale. Innanzitutto i suoi membri (ivi inclusi i membri delle banche centrali nazionali) sono nominati dal Consiglio europeo ovvero dai governi dei Paesi membri dell'eurozona. Il mandato dura otto anni e non è rinnovabile. Inoltre nel corso dell'esercizio dell'ufficio costoro non possono svolgere alcuna altra attività e non possono sollecitare o accettare istruzioni né dai Governi nazionali, né da altre istituzioni europee. La mancanza sopravvenuta di tali requisiti può determinare la decadenza dall'incarico, che può essere accertata dalla Corte di giustizia su richiesta degli stessi organi della BCE.

Al fine di garantire il rispetto del principio di indipendenza la Banca centrale gode, poi, di risorse autonome. Le entrate della Banca sono infatti costituite sia da capitale sottoscritto e versato dalle banche centrali nazionali⁴, sia dai proventi del c.d. "signoraggio bancario". Con tale espressione si intende, normalmente, il reddito garantito dall'emissione delle monete che, prima dell'adozione dell'euro, spettava a ciascuna Banca centrale nazionale. Successivamente all'introduzione della moneta unica alle banche centrali nazionali sono assegnate determinate quote rispetto al totale delle emissioni, calcolate sulla base di parametri variabili in funzione della popolazione e del Prodotto interno lordo di ciascun Paese. Una parte sostanziale di tali ricavi viene trattenuta dalla Banca centrale, benché essa non svolga le attività di emissione e di messa in circolazione delle banconote, ma si limiti ad autorizzare gli istituti nazionali ad effettuare tali operazioni (art. 128 TFUE)⁵.

2 marzo 2012). In particolare detto accordo ha introdotto il vincolo del pareggio di bilancio, che implica un obbligo di riduzione progressiva del *deficit* per gli Stati per i quali il rapporto tra debito pubblico e PIL eccede la misura del 60%. In dottrina v. L. S. ROSSI, *Fiscal Compact e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in G. BONVICINI, F. BRUGNOLI (a cura di), *Il Fiscal Compact*, Roma, 2012, p. 29 ss.; D. MORGANTE, *Note in tema di "Fiscal Compact"*, www.federalismi.it; G. L. TOSATO, *Il Fiscal compact*, in G. AMATO, R. GUALTIERI (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Firenze, 2013, p. 27 ss.

⁴ Le quote di capitale a carico delle banche centrali nazionali sono stabilite secondo il meccanismo previsto dall'art. 28, par. 1, dello Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea. Esse sono determinate sulla base della popolazione e del prodotto interno lordo di ogni Paese. Il capitale iniziale è stato raddoppiato nel corso del 2010, per decisione dello stesso Consiglio direttivo, per consentire alla BCE di usufruire di ulteriori risorse per fronteggiare la crisi economica (v. M. PERASSI, *Banca centrale europea*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, 2011, 153 ss., in specie p. 159; i dati aggiornati relativi alle sottoscrizioni delle singole banche centrali sono reperibili *online* sul sito della BCE).

⁵ Ai sensi dell'art. 32 dello Statuto del SEBC, le somme derivanti dal signoraggio bancario affluiscono integralmente alla Banca centrale europea, la quale poi le redistribuisce alle singole banche centrali na-

Tale forte caratura di indipendenza ha sempre trovato giustificazione in relazione alla limitatezza del compito conferito. Questo è sancito dall'art. 127 TFUE e consiste nel mantenimento della stabilità dei prezzi. I redattori del Trattato di Maastricht ritenevano, d'altro canto, che tale soluzione corrispondesse in maniera più diretta ad una garanzia di efficienza della politica monetaria. In altri termini, il Trattato istitutivo mira espressamente a rendere la BCE del tutto autonoma sul piano della responsabilità politica perché, solo in tal modo, essa può perseguire con successo l'obiettivo della lotta all'inflazione senza piegarsi alle richieste dell'elettorato⁶. Ciò consentirebbe di conseguire anche un obiettivo sociale quale il benessere dei consumatori, che in tal modo usufruiscono del vantaggio di preservare i risparmi dalla falce indotta dall'inflazione⁷. Il mantenimento del livello dei prezzi risulta così favorevole alla preservazione di un ambiente competitivo, nel quale risulta facilitata la creazione dei posti di lavoro e la diffusione del benessere fino agli strati economicamente meno avvantaggiati della società⁸.

Nella prospettiva dei redattori del Trattato, pertanto, l'indipendenza politica della BCE corrisponde al rispetto di un obiettivo astrattamente idoneo al mantenimento dell'ordine sociale e che, proprio per la sua particolarità, giustifica una deroga così ampia al principio di democrazia. È infatti pacifico che i membri del Consiglio direttivo della BCE assumono decisioni in grado di influenzare la vita economica di milioni di cittadini. La deroga al principio di democrazia, che pure costituisce uno dei cardini dell'ordinamento europeo⁹, è ritenuta pertanto accettabile proprio per l'alto valore del compito assegnato.

zionali, in funzione delle rispettive quote (sottraendo quanto di spettanza all'Istituto di Francoforte, che attualmente ammonta all'8% sul totale). Questo meccanismo garantisce che anche le banche centrali nazionali abbiano risorse sufficienti al raggiungimento degli scopi assegnati al SEBC e che le stesse siano indipendenti dalle concessioni dei singoli governi (L. BINI SMAGHI, *Central Bank Independence in the EU: From Theory to Practice*, reperibile online).

⁶ Questa impostazione discende dalla teoria "dell'incoerenza temporale della politica monetaria", formulata dagli economisti F. E. KIDLAND, C. PRESCOTT (*Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans*, in *The Journal of Political Economy*, 1977, p. 473 ss.), secondo la quale ogni politico che mira al governo tende a seguire una politica espansiva in periodi pre-elettorali, per poi osservare un trend restrittivo una volta che ha ottenuto lo scopo. In realtà è stato dimostrato come anche le decisioni assunte dai banchieri centrali tendano a subire i condizionamenti dettati dal proprio percorso professionale, dall'ideologia politica e dalle prospettive future di carriera (C. ADOLPH, *Bankers, Bureaucrats and Central Bank Politics: The Myth of Neutrality*, Cambridge, 2013).

⁷ Questo perché sovente si equipara l'inflazione ad una tassa "nascosta". Questa idea (ripresa recentemente da F. MOROSINI, *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca centrale europea (BCE)*, Pisa, 2014), nasce dall'esperienza pregressa del nostro Paese, dal momento che in passato il governo preferiva svalutare la moneta, per rendere più facile l'adempimento delle obbligazioni pubbliche, piuttosto che imporre ulteriori oneri fiscali.

⁸ V., in questa direzione, il discorso tenuto dal Presidente Draghi, *Stability, Equity and Monetary Policy*, davanti all'Istituto DIW (Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung), del 25 ottobre 2016, nel quale il banchiere ha affermato che una politica monetaria espansiva, caratterizzata da bassi tassi di interesse, consentirebbe di ridurre le diseguaglianze e, di conseguenza, la disoccupazione e la povertà (reperibile sul sito www.ecb.europa.eu).

⁹ Il principio di democrazia, come è noto, costituisce un presupposto per l'adesione all'Unione. Le istituzioni dispongono inoltre del potere di sorvegliarne il rispetto da parte degli Stati membri e il principio stesso costituisce un principio generale del diritto dell'Unione europea (cfr. articoli 2, 7, 10,

È peraltro evidente che l'indipendenza della BCE non possa essere illimitata. Essa, infatti, non è mai stata intesa quale indipendenza da ogni forma di controllo giudiziario. Né d'altro canto ciò sarebbe possibile, proprio per l'equilibrio che deve caratterizzare il funzionamento dell'ordinamento europeo. Tale passaggio ulteriore rappresenta, tuttavia, il punto critico delle decisioni della Corte di giustizia e di quella della Corte costituzionale tedesca che esamineremo nei paragrafi successivi.

2. La crisi economica, nel momento in cui ha attraversato l'Atlantico e ha investito l'Europa, è stata percepita come crisi dei debiti sovrani¹⁰. Essa era apparentemente determinata dal tasso di interesse eccessivo che gli Stati erano costretti a pagare per finanziarsi sul mercato. È tuttavia importante porre in rilievo come detta situazione implichi l'esistenza di una situazione di dissesto finanziario, dal momento che la maggior parte dei titoli detenuti dai privati sono, in realtà, nelle mani dei fondi di investimento e degli istituti di credito. L'assenza di compratori dei titoli che si trovavano nel portafoglio degli istituti di credito ha quindi determinato una generale carenza di liquidità.

Nel pieno di detta crisi, la BCE ha lanciato, nel corso del 2012, il programma OMT (*Outright Monetary Transactions*). Si trattava, più dettagliatamente, di un piano di acquisti illimitati dei titoli di Stato sul mercato secondario. Esso è stato varato nel corso di una conferenza stampa del 6 settembre 2012 a seguito di una votazione, adottata a maggioranza (e non all'unanimità, come di norma si verifica nella prassi dell'Istituto), da parte del Consiglio direttivo della BCE.

Il programma non è mai stato tradotto in una decisione formale. L'unico documento del quale si può disporre per comprenderne i caratteri principali è, difatti,

TUE). In dottrina v., per tutti, U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, IV ed., Bari, 2016, p. 40 ss.).

¹⁰ Mentre è noto che la crisi economica nel sistema nordamericano è stata determinata dal crollo del mercato dei *subprime*, diverse incertezze ricostruttive si ravvisano nell'analisi economica in relazione al fenomeno depressivo che ha coinvolto il vecchio continente, negli anni immediatamente successivi. Secondo le spiegazioni più diffuse essa sarebbe dovuta ad una concomitanza di fattori quali l'insostenibilità del sistema finanziario internazionale, l'eccessiva esposizione bancaria per l'elevato ammontare di crediti concessi, lo scoppio delle bolle speculative create negli anni immediatamente precedenti la crisi, l'elevato livello di indebitamento degli Stati, in parte dovuto anche all'invecchiamento della popolazione e al conseguente incremento della spesa pensionistica, la mancanza delle riforme strutturali che i governi nazionali avrebbero dovuto effettuare nel momento in cui i tassi di interesse erano contenuti e gli investimenti praticabili, l'assenza, infine, di efficaci meccanismi di coordinamento a livello europeo. La stessa crisi del debito sovrano ha poi contribuito, a propria volta, ad alimentare ulteriormente la bolla finanziaria. Poiché una parte sostanziale del capitale delle banche era costituito da titoli di Stato, nel momento in cui aumentava il rischio di mancata restituzione del capitale investito, esse dovevano sostituire le riserve esistenti oppure ridurre l'erogazione di crediti alle imprese, le quali si sono conseguentemente trovate in difetto della liquidità necessaria. Tale difetto di funzionamento del sistema creditizio ha costretto molti Paesi ad intervenire per salvare le banche, con il risultato pratico che, in tal modo, diversi Paesi della zona euro hanno aumentato ulteriormente i *deficit* di bilancio. V. G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, p. 383 ss., pp. 386-388; L. GALLINO, *Il colpo di Stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Torino, 2013, p. 157 ss.; H. W. SINN, *The Euro Trap*, Oxford, 2014, p. 38 ss.; T. FAZI, G. IODICE, *La battaglia contro l'Europa*, 2016, Roma, p. 27 ss.

rappresentato dal comunicato stampa rilasciato in occasione della conferenza¹¹. Secondo detto documento, il piano era congegnato al fine di ripristinare i canali della circolazione monetaria all'interno dell'eurozona. Sulla base di un'analisi tecnica, mai resa nota nei suoi dettagli, la BCE riteneva che sussistessero differenziali eccessivi nei tassi di interesse che taluni Paesi pagavano per finanziarsi sul mercato. Tali differenze non corrispondevano all'andamento macroeconomico, ma erano eminentemente dovute al c.d. rischio Paese, ovvero ai timori del mercato circa la solvibilità di taluni Stati appartenenti all'area della moneta unica. L'istituto di emissione aveva quindi accertato che, in quel periodo, taluni Paesi erano costretti a pagare tassi di interesse sproporzionati rispetto al livello di sviluppo economico raggiunto, perché di fatto scontavano il rischio di collasso della zona euro. Conseguentemente, gli investitori si limitavano a riversare la propria liquidità nei titoli del tesoro dei Paesi del nord Europa, che venivano generalmente ritenuti più sicuri; mentre trascuravano i mercati obbligazionari dei Paesi del sud Europa (Grecia, Portogallo, Spagna, Italia), i quali, pertanto, erano costretti a pagare tassi di interesse via via crescenti.

Sempre secondo l'analisi della BCE, per ripristinare tali canali di trasmissione monetaria era necessario indurre una riduzione dei differenziali dei tassi di interesse. Per questa ragione il piano *OMT* prevedeva essenzialmente l'acquisto dei titoli di Stato sul mercato secondario, che, dal punto di vista pratico, implicava il riacquisto degli stessi presso gli investitori istituzionali¹².

L'operazione era, tuttavia, subordinata a precise condizioni. Più dettagliatamente occorre che lo Stato membro accettasse di sottoporsi ad un piano di aiuto economico concordato con il MES; in secondo luogo, detti acquisti avrebbero avuto luogo con un'ampia sfera di discrezionalità da parte della BCE, nel senso che la Banca stessa non avrebbe dichiarato anticipatamente quali *bond* intendeva comprare, né per quanto tempo li avrebbe tenuti in portafoglio prima di rivenderli (non escludendo di tenerli, al limite, fino alla naturale scadenza); l'Istituto non avrebbe, poi, neppure dichiarato l'entità dell'investimento. Queste condizioni servivano per evitare di incorrere nella violazione del divieto di finanziamento degli Stati e delle pubbliche amministrazioni, sancito dall'art. 123 TFUE. Lasciando un margine di incertezza circa il riacquisto e la successiva immissione in circolazione sul mercato dei titoli, la Banca centrale europea aspirava ad indurre negli operatori uno stato di incertezza circa l'intervento dell'Istituto, in modo da aumentare la massa di moneta in circolazione a favore del sistema creditizio, ma, al contempo, contenere il più possibile l'alterazione indotta sul mercato dei titoli di Stato. In altri termini, la promessa stessa del riacquisto aumentava la domanda e, di fatto, riduceva il tasso di interesse; l'incertezza di fondo circa la quantità e la direzione dell'investimento mirava ad escludere che il piano celasse una forma di finanziamento diretto ai Paesi membri della zona euro.

Il programma di acquisto venne impugnato – mediante ricorso diretto, come consentito dall'ordinamento tedesco – davanti alla Corte costituzionale federale da taluni rappresentanti politici, privati cittadini e associazioni dei consumatori.

¹¹ Tuttora consultabile sul sito della Banca centrale europea.

¹² Secondo L. GALLINO, *op. cit.*, p. 120 ss., di fatto, sia la FED, sia la BCE “si assunsero l'onere di sostituire con risorse illimitate il sistema [bancario] ombra”.

Secondo i ricorrenti il piano in questione violava, infatti, gli articoli 20 (principio democratico), 38 (principio elettivo e conseguenti diritti dell'elettore nei confronti delle istituzioni), 79 (principi inderogabili) e 88 (trasferimento di poteri alla BCE) della Costituzione tedesca. Il combinato disposto di queste disposizioni implica che il principio di democrazia è un principio fondamentale ed inderogabile dello Stato. Esso è passibile di talune deroghe nella misura in cui le competenze della Banca centrale tedesca siano state trasferite alla Banca centrale europea per il perseguimento dell'obiettivo a questa assegnato. Gli articoli sopra richiamati (ed in particolare i primi tre) della Costituzione tedesca delineano, infatti, la c.d. identità nazionale, la quale viene pregiudicata sia da atti *ultra vires* delle istituzioni europee, sia dalla circostanza che il Parlamento non disponga più della responsabilità per gli oneri imposti al popolo, in quanto, in entrambi i casi, le azioni vengono attuate al di fuori del mandato ricevuto e, conseguentemente, della legittimazione democratica ricevuta attraverso il voto. Quindi, solo finché la BCE persegue lo scopo della stabilità dei prezzi, allora essa non incorre in violazione del principio di democrazia rappresentativa e del diritto di ogni elettore di stabilire, tramite i propri rappresentanti eletti nel parlamento nazionale, come ripartire gli oneri fiscali.

È opportuno chiarire che anche altre banche centrali situate in Paesi extraeuropei acquistano abitualmente titoli di debito dello Stato di appartenenza. Ad esempio la Federal Reserve negli Stati Uniti ha fatto sovente ricorso a tale strumento di stimolo monetario durante gli anni della crisi economica. La differenza tra la BCE e la banca statunitense risiede, tuttavia, nel fatto che alla seconda sono stati attribuiti compiti ben più ampi, che includono la salvaguardia dell'andamento dell'economia e che la stessa non si trova all'interno di un sistema di competenze attribuite¹³.

Il Trattato stabilisce infatti una rigida divisione tra la politica economica, da un lato, e la politica monetaria, dall'altro. Mentre la prima rimane ancora saldamente nelle mani degli Stati membri (i quali hanno solo l'obbligo di coordinarsi a livello europeo), la seconda, per i Paesi partecipanti alla moneta unica, costituisce una competenza esclusiva delle istituzioni europee. È quindi importante, per il corretto funzionamento del sistema, mantenere ferma la linea di demarcazione tra queste due politiche: perché nel caso in cui le istituzioni europee travalichino il confine ed esercitino competenze di natura economica, esse agiscono al di fuori delle competenze attribuite e, di fatto, violano le residue competenze che sono ancora di pertinenza dei parlamenti nazionali. In altri termini, le istituzioni europee si pongono al di fuori della legittimazione democratica non solo perché agiscono al di là del mandato ricevuto, ma anche perché, in tal modo, restringono ulteriormente il margine di discrezionalità riservato ai parlamenti nazionali.

La medesima conseguenza poi si verifica laddove, per effetto delle azioni poste in essere dalle istituzioni europee, gli Stati siano costretti ad affrontare spese che non sono state deliberate dai rispettivi Parlamenti. Tale ulteriore evenienza, benché estremamente rara, potrebbe teoricamente verificarsi nell'ipotesi che uno dei Paesi

¹³ Per il raffronto tra l'istituzione europea e quella statunitense v. D. MURSWIEK, *ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014*, in *German Law Journal*, 2014, p. 148 ss., p. 150.

appartenenti alla moneta unica, i cui titoli sono stati acquistati dalla BCE, si trovi nell'impossibilità di fare fronte alle proprie obbligazioni.

Ove si concretizzi un simile scenario, è verosimile pensare che le banche centrali nazionali sarebbero chiamate ad effettuare ulteriori aumenti di capitale per ripianare le perdite¹⁴. In questa ipotesi, gli Stati membri sarebbero verosimilmente chiamati a finanziare le perdite subite dal sistema finanziario con propri proventi. In circostanze siffatte, verrebbero introdotti ulteriori oneri fiscali, ai quali i parlamenti nazionali si troverebbero a dover provvedere. I parlamenti nazionali si vedrebbero quindi costretti a stabilire ulteriori imposte a carico dei cittadini, senza che questo sia avvenuto con la necessaria partecipazione popolare, la quale avrebbe luogo solo *ex post* ed in maniera condizionata rispetto al raggiungimento dell'obiettivo¹⁵.

Al centro del ragionamento della Corte costituzionale tedesca si colloca, pertanto, la distinzione tra la politica economica e quella monetaria. Il Trattato non precisa chiaramente quale sia la distinzione tra queste due componenti della UEM. Tuttavia, la Corte di giustizia, nel noto caso *Pringle*, fornì una nozione restrittiva di politica monetaria. I giudici di Lussemburgo affermarono, infatti, che questa fosse strettamente circoscritta alle attività necessarie per garantire la stabilità dei prezzi¹⁶. In pratica si tratta di una interpretazione letterale dell'art. 127, par. 1, TFUE (disposizione che apre il capo 2, del titolo VIII, dedicato, per l'appunto alla Politica monetaria), nella parte in cui dispone che "(l)'obiettivo principale del Sistema europeo di banche centrali (...) è il mantenimento della stabilità dei prezzi".

¹⁴ L'art. 33, par. 2, dello Statuto del SEBC e della BCE prevede che: "Qualora la BCE subisca una perdita, essa viene coperta dal fondo di riserva generale della BCE, e se necessario, previa decisione del consiglio direttivo, dal reddito monetario dell'esercizio finanziario pertinente in proporzione e nei limiti degli importi ripartiti tra le banche centrali nazionali".

¹⁵ Questo rischio non sussiste nel nuovo programma di acquisto dei titoli di Stato, noto come QE (*Quantitative easing*). Detto programma venne lanciato il 22 gennaio 2015, allorché il Presidente Draghi annunciò al World Economic Forum che la BCE avrebbe acquistato, a partire dal mese di marzo 2015, titoli di debito degli Stati membri della zona euro, al ritmo di 60 miliardi di euro al mese, fino a quando il tasso di inflazione nell'eurozona fosse tornato ad avvicinarsi al 2% (v. il comunicato rilasciato in occasione della conferenza del 22 gennaio 2015: *ECB announces expanded asset purchase programme*, www.ecb.europa.eu). Esso presenta una differenza sostanziale rispetto al programma OMT, dal momento che gli acquisti vengono indirizzati verso i titoli degli Stati dell'eurozona in misura proporzionale alle quote del capitale della BCE sottoscritte dalle singole banche centrali nazionali. Inoltre si stabilisce che le eventuali perdite sui titoli di Stato di un singolo membro dell'eurozona vengano sostenute dalla rispettiva Banca nazionale, nella misura del 92%. Quindi non ricorre il rischio di mutualizzazione dei debiti paventato dalla Corte costituzionale federale tedesca nel caso OMT. Se da un lato il QE è esente da questa critica, dall'altro è d'uopo constatare come lo stesso sia molto meno efficace: in pratica la maggiore destinataria degli acquisti è la Germania (dal momento che è la Banca centrale tedesca che ha sottoscritto la quota maggiore di capitale della BCE), con il risultato pratico che il piano fornisce effettivamente liquidità supplementare, ma che al contempo esso finisce per finanziare il *surplus* commerciale tedesco. Recentemente il programma è stato ulteriormente ampliato: la BCE ha deciso di estendere gli acquisti fino a ottanta miliardi di euro al mese e ha incluso anche i titoli del settore privato (v. la decisione 2016/948/EU della Banca centrale europea, del 1° giugno 2016). Inoltre, in una recente conferenza stampa, il Presidente Draghi ha confermato che il programma proseguirà fino al mese di dicembre 2017, v. *Introductory Statement to the Press Conference (with Q&A)*, Frankfurt-am-Main, 8 dicembre 2016, reperibile *online*.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, punto 56.

L'obiettivo della stabilità dei prezzi è quindi elevato a rango costituzionale, alla stessa stregua di altri principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea. Tutto ciò che non rientra nella politica monetaria deve invece essere considerato come strettamente attinente alla politica economica. In tale ambito rientrano, in particolare, il controllo sui bilanci pubblici, il divieto di finanziamento pubblico e il correlato obbligo di rispettare un determinato rapporto tra *deficit* e PIL, unitamente al mantenimento di un equilibrio nella bilancia dei pagamenti.

Secondo il Bundesverfassungsgericht il piano OMT ricadeva nell'ambito della politica economica, per un duplice ordine di ragioni: innanzitutto perché la stessa decisione di acquisto dei titoli presupponeva lo svolgimento di valutazioni di natura economica (quali titoli acquistare ed in che quantità per raggiungere l'obiettivo). In secondo luogo perché la stretta connessione con i programmi di ristrutturazione finanziaria del Meccanismo europeo di stabilità (MES) rendeva evidente il collegamento tra la decisione di acquisto dei bond e le politiche fiscali degli Stati membri.

Una volta accettata tale configurazione, ne discendeva, come ulteriore conseguenza, che il piano OMT violava altresì il divieto di fornire aiuti economici agli Stati membri e alle istituzioni pubbliche di cui all'art. 123 TFUE, perché risultava evidente la finalità di aiutare gli Stati dell'eurozona a pagare minori interessi sul proprio debito pubblico. Ben difficilmente, infatti, si potrebbe negare che l'acquisto di *bond* sul mercato secondario, seppure formalmente non vietato dal Trattato istitutivo¹⁷, costituisca una forma di facilitazione creditizia, soprattutto laddove la BCE intervenga al fine di evitare che lo Stato membro debba finanziarsi sul mercato a tassi di interesse non sostenibili.

Il punto nodale consiste, evidentemente, nello stabilire quale è il soggetto che deve stabilire se il piano OMT rientri nell'una o nell'altra tipologia di competenza. Ed è proprio su tale aspetto che la Corte costituzionale decideva di sospendere il giudizio e, per la prima volta nella sua storia, di sollevare una questione interpretativa alla Corte di giustizia, chiedendo, per l'appunto, se il piano OMT costituiva effettivamente una misura di politica monetaria e se lo stesso implicava una violazione del divieto di finanziamento di cui all'art. 123 TFUE.

Nella specie, la Corte costituzionale, pur ravvisando le perplessità sopra menzionate, riteneva tuttavia che il piano OMT potesse anche essere interpretato in maniera compatibile con i Trattati, laddove la BCE avesse rispettato talune condizioni (che sono, peraltro, le stesse condizioni che la BCE aveva già espressamente accettato nel corso del giudizio davanti alla Corte costituzionale)¹⁸. Quindi, pur trattandosi

¹⁷ L'art. 21 dello Statuto del SEB e della BCE stabilisce che: "è vietata la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia da parte della BCE o da parte delle banche centrali nazionali, a istituzioni, organi o organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di settore pubblico o ad imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della BCE o delle banche centrali nazionali" (corsivo aggiunto).

¹⁸ Corte costituzionale federale, sezione seconda, decisione del 14 gennaio 2014, BvR, 2728/13, BvR 2729/13, BvR 2730/13, BvR 2731/13, BvE 13/13, punto 100: "Erklärungen der Vertreter der Europäischen Zentralbank im verfassungsgerichtlichen Verfahren zu den Rahmenbedingungen beim Vollzug des OMT-Beschlusses (begrenztes Volumen eines möglichen Ankaufs von Staatsanleihen; keine Beteiligung an einem Schuldenschnitt; Einhaltung von zeitlichen Abständen zwischen der Emission einer

di un rinvio di validità, lo strumento si configurava, nella sostanza, come un rinvio di interpretazione atipico¹⁹, nel quale il giudice nazionale precisava *ex ante* quale fosse la soluzione ermeneutica accettabile al fine di salvaguardarne la legittimità sul piano europeo e, conseguentemente, la liceità del programma sul piano costituzionale interno.

3. La Corte di giustizia, con una decisione estremamente articolata, ha stabilito che il programma OMT è compatibile con il Trattato²⁰.

Il ragionamento svolto dalla Corte di giustizia si fonda su un duplice presupposto. Innanzitutto il programma OMT concretizza un atto di *politica monetaria* e non di politica economica. Questo perché il *fine* dichiarato dalla stessa Banca centrale nel citato comunicato stampa del 6 settembre 2012 consiste nel ripristino dei canali di trasmissione monetaria. L'esistenza di differenziali rilevanti nei tassi di interesse sui titoli degli Stati appartenenti alla zona euro aveva "fortemente indebolito il meccanismo di trasmissione della politica monetaria del SEBC, portando ad una frammentazione delle condizioni di rifinanziamento delle banche e dei costi del credito che avrebbe limitato fortemente gli effetti degli impulsi del SEBC sull'economia in una parte sostanziale della zona euro"²¹.

In realtà è proprio questo aspetto che suscita le maggiori perplessità. Secondo la Corte, infatti, la valutazione tecnica dell'operato della BCE sarebbe sostanzialmente esente da controllo in sede giudiziaria. Si può infatti leggere nella sentenza "che, alla luce del carattere controverso che presentano abitualmente le questioni di politica monetaria e dell'ampio potere discrezionale del SEBC, da quest'ultimo non può esigersi altro se non l'utilizzazione delle sue conoscenze specialistiche in campo economico e dei mezzi tecnici necessari di cui esso dispone al fine di effettuare la medesima analisi con la diligenza e la precisione necessarie"²². Solo l'istituto di emissione, quindi, è competente a svolgere le analisi economiche necessarie per decidere quali azioni intraprendere; e tale valutazione, per la sua intrinseca tecnicità, non è suscettibile di controllo in sede giudiziaria. Conseguentemente, la BCE non è tenuta né a dimostrare la sussistenza di una situazione tale da giustificare

Staatsanleihe und ihrem Ankauf; kein Halten der Anleihen bis zur Fälligkeit) deuten darauf hin, dass eine solche unionsrechtskonforme Auslegung auch mit Sinn und Zweck des OMT-Beschlusses noch vereinbar sein dürfte".

¹⁹ V. F. BASSAN, *Le operazioni non convenzionali della BCE al vaglio della Corte costituzionale tedesca*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 361 ss., p. 386.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*. In dottrina v. M. CLAES, J. H. REESTMAN, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case*, in *German Law Journal*, 2015, p. 917 ss.; F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, *ivi*, p. 1003 ss.; V. BORGER, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: Gauweiler*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 139 ss.; L. F. PACE, *The OMT Case: Institution Building in the Union and a (Failed) Nullification Crisis in the Process of European Integration*, in L. DANIELE (ed.), *The Democratic Principle and the Economic and Monetary Union*, in corso di pubblicazione; v. inoltre gli scritti raccolti nel fascicolo n. 1/2016 della rivista *Maastricht Journal of European and International Law*, appositamente dedicato a questi temi.

²¹ Sentenza *Gauweiler*, punto 73.

²² *Ivi*, punto 75.

l'intervento, né a provare che la propria azione sia effettivamente funzionale e proporzionale rispetto all'obiettivo.

Sulla base del fatto che la decisione attinge alla politica monetaria e alla luce delle condizioni poste dalla stessa BCE al proprio operato, la Corte di giustizia si limita a sancire che detto atto non fuoriesce dall'ambito delle competenze attribuite. Le eventuali conseguenze di politica economica sarebbero meri effetti indiretti di un atto strutturalmente riconducibile ad una sfera di competenza esclusiva.

Con questa affermazione la Corte ottiene un duplice effetto. Innanzitutto esclude la possibilità di sottoporre a sindacato giurisdizionale le valutazioni tecniche effettuate dall'Istituto di emissione. In secondo luogo e soprattutto, essa attribuisce alla medesima istituzione monetaria il potere di decidere autonomamente quali operazioni rientrano nell'ambito della sua competenza e quali, invece, nella politica economica. È la stessa Banca centrale che definisce l'ampiezza delle proprie competenze e la residua sfera di potere degli Stati membri e che, in tal modo, dispone del potere di decidere dove allocare somme ingenti di denaro, nonché quali Paesi e, per quanto detto sopra circa l'identità dei possessori dei titoli di Stato, quali istituzioni finanziarie aiutare. Ne deriva che il rischio di insolvenza di uno Stato viene spostato da un determinato istituto di credito alla collettività.

Non consta, in realtà, che ricorrano altre ipotesi, nel novero delle competenze esclusive, in cui è la stessa istituzione che dispone del potere legislativo ed esecutivo che stabilisce, in maniera autonoma ed al di fuori di ogni controllo giudiziale, l'estensione della sua stessa sfera di competenza. Ampliando il confine delle proprie attribuzioni fino al limite di spostare il confine tra la politica monetaria e quella economica, la Banca centrale può finanche incidere sulle politiche economiche dei Paesi dell'eurozona. Solo se un Paese accetta il programma di ristrutturazione economica del MES, la Banca è disposta a comprare i titoli di Stato presso gli operatori finanziari e calmierare, in tal modo, i tassi di interesse sul debito pubblico. A quel punto, il potere del parlamento nazionale di disporre liberamente dei propri obiettivi sociali si è, di fatto, ulteriormente ridotto, perché si è ristretto il perimetro del suo campo d'azione, nell'ambito del quale esso può adottare i provvedimenti di politica sociale che ritiene più funzionali rispetto al livello di sviluppo raggiunto.

Superato l'ostacolo della riconducibilità del programma di acquisti all'ambito della sfera di competenza esclusiva della BCE, il ragionamento diviene agevole anche in relazione all'ulteriore problema sollevato dalla Corte federale tedesca. Non sussiste, secondo la Corte, alcuna violazione del divieto di finanziamento degli Stati. Questo perché lo stesso istituto di emissione ha enunciato (nel comunicato stampa e, per una parte rilevante, durante il corso del procedimento giudiziario) una serie di elementi che consentono di escludere che si sia in presenza di un finanziamento diretto. Tali elementi possono essere così sintetizzati: a) gli acquisti avvengono solo sul mercato secondario; b) l'istituto attende un certo periodo minimo prima di procedere all'acquisto (ovvero non immediatamente dopo l'emissione sul mercato primario); c) l'acquisto è subordinato alla circostanza che lo Stato porti a termine determinate riforme economiche; d) l'Istituto di emissione si impegna a pubblicare un resoconto delle operazioni effettuate (quindi, a renderle note solo *ex post*); e) non vengono diffusi avvisi preventivi (pertanto non vi è certezza di riacquisto da parte della BCE); f) la stessa BCE può decidere in qualunque momento di rivendere i titoli

presenti nel proprio portafoglio (in sostanza: non essendo certo che essa attenda la scadenza, l'operazione non equivarrebbe ad un finanziamento predeterminato); g) la BCE non assume uno *status* di creditore privilegiato (e conseguentemente subisce le eventuali perdite in ipotesi di *default* dello Stato).

Si tratta, in realtà, delle stesse condizioni che la BCE si è autoimposta che, nella prospettiva della Corte, consentirebbero di affermare che il programma non viola il divieto di finanziamento degli Stati, perché la loro presenza non consentirebbe agli operatori di avere alcuna certezza circa il riacquisto dei titoli di un determinato Paese della zona euro da parte della Banca centrale²³.

È tuttavia evidente che queste condizioni non sono effettivamente sufficienti per rendere il piano OMT compatibile con i Trattati. Le perplessità enunciate dal giudice *a quo* erano, infatti, ben più profonde. La circostanza che il piano sia accompagnato da talune precauzioni non ha, d'altro canto, nulla a che vedere con la sostanza del problema principale, che concerne il difetto di competenza e l'individuazione del soggetto al quale spetta di definire la linea di demarcazione tra la politica monetaria e quella economica.

4. Dopo la decisione della Corte di giustizia, la Corte federale tedesca, una volta che la questione è tornata di fronte ad essa, si limita a registrare la ricostruzione effettuata dal Giudice europeo e, pur con talune precisazioni, a legittimare, a propria volta, l'operato della Banca centrale europea²⁴.

Nella decisione del Bundesverfassungsgericht si può infatti leggere che, alla luce delle condizioni contenute nella decisione della Corte di giustizia, non vi è un rischio che il principio democratico e l'identità costituzionale tedesca siano violati.

Più precisamente, la Corte di Karlsruhe dichiara in parte inammissibili e, in parte, infondate le questioni sottoposte al suo esame. Risultano inammissibili i ricorsi nella misura in cui sottopongono a giudizio davanti alla Corte federale i comportamenti posti in essere dalla BCE. Ammissibili, ma tuttavia infondati, risultano invece i ricorsi laddove mirano ad escludere la possibilità che la decisione della Banca centrale produca effetto sul territorio tedesco ovvero che le autorità nazionali siano tenute a porre in essere gli strumenti necessari per evitare che le stesse producano effetto.

Secondo la Corte costituzionale sussiste una stretta connessione tra il principio di democrazia (art. 20 GG) e il diritto di esprimere la propria preferenza politica (art. 38 GG), nel senso che ogni cittadino ha – attraverso il proprio voto – il diritto di influenzare l'esercizio del potere pubblico. Se il programma OMT realizzasse un atto *ultra vires*, esso non vincolerebbe nessun potere pubblico e la stessa decisione

²³ *Ivi*, punti 105-107.

²⁴ BVferG, 21 giugno 2016, 2 BvR, 2728/13, BvR 2729/13, BvR 2730/13, BvR 2731/13, BvE 13/13, reperibile online. In dottrina v. P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti comparati, Working Papers*, 1/2016, www.diritticomparati.it; L. F. PACE, *And indeed It was a (Failed) Nullification Crisis: The OMT Judgment of the German Federal Constitutional Court and the Winners and Losers of the Final Showdown in the OMT Case*, www.sidiblog.org; M. STARITA, *Openness Towards European and Cooperation with the Court of Justice Revisited: The Bundesverfassungsgericht Judgment of 21 June 2016 on the OMT Programme*, in *European Papers*, 2016, reperibile online, p. 395 ss.

risulterebbe inapplicabile sul territorio tedesco. Anzi il Parlamento ed il Governo tedesco avrebbero un vero e proprio obbligo di attivarsi in protezione, nell'ipotesi in cui la decisione della Banca centrale configuri una grave e manifesta lesione indiretta dei principi cardine dell'identità costituzionale tedesca.

Poste queste premesse, la Corte aderisce tuttavia all'impostazione della Corte di giustizia e ribadisce che, proprio grazie alla cautele con le quali la Corte ha circoscritto l'azione della BCE²⁵, non sussiste un effettivo rischio dell'identità costituzionale tedesca.

Pur ritenendo che l'operato della BCE non infranga il principio dell'identità nazionale, la Corte federale non lesina critiche alla Corte di Lussemburgo, laddove essa considera esclusivamente il fine del programma e trascura gli effetti economici che lo stesso produce²⁶. In definitiva, al riguardo, c'è stata solo l'analisi economica svolta dalla BCE a confermare che l'azione risulti riconducibile all'ambito della politica monetaria. In sostanza, la BCE gode di una sorta di potere di auto-espansione delle proprie competenze, sottratto, per la tecnicità connessa con le valutazioni tecniche che lo supportano, a qualunque indagine in sede giudiziaria. Ciò risulta singolare alla luce del fatto che la sfera di indipendenza della BCE e il sacrificio del principio democratico, determinato dall'assenza di un controllo politico sul funzionamento dell'Unione monetaria, dovrebbero, al contrario, indurre ad un'interpretazione restrittiva delle prerogative della Banca centrale.

Pur con queste perplessità, la Corte costituzionale federale ritiene tuttavia che il programma OMT non rappresenti uno sconfinamento diretto delle competenze attribuite. La Corte di giustizia avrebbe infatti circoscritto l'azione della BCE con una serie di limiti che non consentirebbero alla Banca stessa di incorrere in violazione delle proprie competenze. A patto che vengano rispettate le condizioni citate nel paragrafo precedente, il programma OMT non costituisce un atto *ultra vires*: esso non incide, pertanto, sulla portata del mandato conferito alle istituzioni europee e, conseguentemente, sul rispetto del principio di democrazia.

D'altro canto, lo stesso acquisto illimitato dei titoli di Stato, secondo le quantità e le modalità che la stessa BCE considera di volta in volta adeguati allo scopo, implica la conseguenza che il programma non violi il principio di proporzionalità. Il volume degli acquisti dipende, infatti, dallo stesso scopo enunciato, consistente nella necessità di perseguire l'obiettivo di ripristinare il canale della trasmissione monetaria²⁷.

Alla luce di questa conclusione, non sussiste alcun obbligo del Governo federale ovvero del Parlamento di attivarsi al fine di evitare un rischio per l'identità costituzionale tedesca.

5. È evidente come, nel corso dell'estate del 2012, il mero annuncio del lancio del piano OMT abbia consentito di contenere le manovre speculative sui titoli dei

²⁵ Sulle quali v. il paragrafo precedente.

²⁶ V. BVferG, 21 giugno 2016, par. 177.

²⁷ *Ibidem*, par. 195: "Das Volumen künftiger Ankäufe muss vorab verbindlich festgelegt werden und darf das zur Wiederherstellung des Transmissionsmechanismus erforderliche Maß nicht überschreiten".

paesi periferici dell'eurozona e abbia, nella sostanza, consentito di salvare il bilancio di detti Paesi, se non addirittura garantito la stessa esistenza della moneta unica²⁸.

Nonostante gli effetti positivi dal punto di vista economico, l'assetto normativo conseguente alle decisioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale tedesca appare fortemente innovativo e, in definitiva, scarsamente compatibile con taluni principi posti dal Trattato istitutivo.

Le decisioni della Corte di giustizia e della Corte federale appaiono infatti non del tutto condivisibili sotto una molteplicità di profili. Innanzitutto perché non sembra affatto certo che il piano finanziario rientri nell'ambito della politica monetaria. Dal momento che, in precedenza, la Corte di giustizia aveva qualificato operazioni analoghe, ove poste in essere da parte del MES, come pertinenti all'ambito della politica economica, se ne deve trarre la conclusione che lo stesso strumento muti natura a seconda di quale sia l'organo che vi fa ricorso e dello scopo dichiaratamente perseguito. In questo modo, il soggetto che decide di effettuare una specifica operazione gode di una discrezionalità sostanzialmente illimitata, potendo, a seconda delle esigenze del momento, qualificare un determinato strumento finanziario come riconducibile all'uno o all'altro ambito dell'Unione economica e monetaria, semplicemente dichiarando di perseguire una particolare finalità²⁹.

Tanto più che è certo che le misure di facilitazione finanziaria producono indubbiamente effetti di politica economica. Di fatto dette operazioni alleggeriscono il livello di riserve bancarie depositate presso le banche centrali: in tal modo aumenta il denaro in circolazione e la possibilità di concedere prestiti all'economia reale. Ma è altresì dimostrato che tali misure tendono a produrre effetti disuguali nella distribuzione del reddito, dal momento che privilegiano eminentemente i possessori di titoli finanziari³⁰: esse, pertanto, incidono non soltanto sul tasso di interesse che gli Stati sono tenuti a versare per finanziarsi sul mercato, ma anche sulle politiche redistributive dei governi nazionali³¹.

L'individuazione della finalità del piano di intervento finanziario rimane, d'altro canto, al di fuori del controllo giudiziario, dal momento che la Corte di giustizia si accontenta della dichiarazione effettuata dall'istituzione che lo pone in essere,

²⁸ È noto come il piano OMT non sia mai stato attuato. Ciò sarebbe dovuto, nell'opinione di molti analisti, al fatto che, nel corso di una conferenza tenuta a Londra il 26 luglio 2012, il presidente della BCE dichiarò apertamente che la Banca centrale era pronta a fare tutto ciò che era necessario per salvare l'euro ("Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro"; il testo integrale del discorso può essere consultato al sito www.ecb.europa.eu).

²⁹ I. FEICHTNER, *Public Law's Rationalization of the Legal Architecture of Money: What Might Legal Analysis of Money Become?*, in *German Law Journal*, 2016, p. 875 ss., p. 894, definisce "porosa" la linea di distinzione tra le due componenti della politica economica e monetaria.

³⁰ La Bank of England constatò che gli acquisti di titoli dalla stessa effettuati, nell'ambito delle proprie politiche espansive, avvantaggiavano i possessori di abitazioni e che di fatto il 40% dei titoli immobiliari era detenuto dal 5% dei proprietari più facoltosi (*The Distributional Effects of Asset Purchases*, in *Quarterly Bulletin*, 2012 Q3, p. 254 ss.).

³¹ È bene poi porre in rilievo che le misure di "alleggerimento quantitativo", nel lungo periodo, tendono a perdere la loro efficacia, per un duplice ordine di ragione. Innanzitutto perché, operando una diminuzione generalizzata dei tassi di interesse, determinano una progressiva riduzione nella remunerazione del capitale; ed in secondo luogo perché, a lungo andare, alimentano bolle speculative (v. I. FEICHTNER, *op. cit.*, p. 896).

trascurando del tutto l'eventualità che le operazioni stesse producano conseguenze indirette sulla politica economica degli Stati membri.

La discrezionalità riconosciuta all'Istituto di emissione risulta, poi, ulteriormente estesa. Essa non attiene solo all'individuazione del fine, ma anche alla misura e all'ampiezza dell'intervento. È la BCE, infatti, che analizza quale sia il volume di acquisti necessario a perseguire l'obiettivo del ripristino della circolazione monetaria e che, pertanto, garantisce l'osservanza del principio di proporzionalità.

In sostanza, è come se il potere di definire i confini della ripartizione dei poteri tra Stati membri e istituzioni europee si fosse spostato, in questo delicatissimo settore del diritto dell'Unione europea, dagli organi giudiziari a quelli tecnici. Ne discende, quale ulteriore conseguenza, che l'indipendenza dell'Istituto di Francoforte si è ampliata ulteriormente rispetto a quanto stabilito dai Trattati, perché essa non appare più come mera indipendenza dal potere politico, ma tende a configurarsi come una vera e propria indipendenza sul piano giuridico, sia per quanto concerne i presupposti dell'azione, sia per quanto riguarda la dimensione della stessa. Il risultato pratico è che la Banca centrale può, individuando uno scopo che abbia latamente a che fare con il principio della parità dei prezzi sancito nell'art. 127 TFUE, compiere qualunque operazione finanziaria, anche di natura speculativa, rimanendo di fatto *legibus soluta*.

Questo assetto è chiaramente poco conforme al rispetto dei principi che governano lo Stato di diritto: non è infatti concepibile un sistema nel quale un organo privo di legittimazione democratica, come la BCE, goda di una discrezionalità illimitata, restando, al contempo, esente da un controllo giudiziario effettivo³².

Ciò è tanto più pericoloso laddove si prendano in considerazione due aspetti. Il primo è che il patrimonio della Banca centrale non dipende da risorse degli Stati, né da una percentuale dell'IVA nazionale che viene poi trasferita a tale istituzione. Esso dipende da una sorta di trattenuta alla fonte, che viene operata al momento dell'emissione, sulla base del principio del signoraggio bancario. In sostanza, è l'unica istituzione che gode di un'autonomia finanziaria piena, non dipendendo in alcun modo dall'intervento dei Paesi membri dell'area della moneta unica³³.

In secondo luogo, tale assetto risulta singolare laddove si tenga presente che la BCE, pur essendo indubbiamente un ente pubblico che persegue finalità collettive, di fatto mantiene un capitale privato. Le banche centrali nazionali sono, infatti, le uniche autorizzate alla sottoscrizione ed alla detenzione del capitale sociale della BCE. Le banche centrali nazionali, pur essendo enti pubblici, sono tuttavia struttu-

³² Gli elementi tradizionalmente posti a fondamento dello Stato di diritto sono così identificati: "la possibilità di partecipazione democratica, per il tramite di rappresentanze parlamentari liberamente elette, al processo legislativo (...); la tutela dei diritti umani fondamentali; l'esistenza di limiti alla discrezionalità (almeno) degli organi che non posseggono una diretta legittimazione democratica; la separazione dei poteri ed in particolare la disponibilità di efficaci strumenti di controllo giurisdizionale sugli atti di esercizio di potestà pubbliche" (A. DAVÌ, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993, pp. 18-19, nota 12).

³³ Benché l'Unione europea goda di risorse proprie, di fatto il bilancio dell'Unione dipende pur sempre dai trasferimenti effettuati dagli Stati membri, sia per quanto riguarda la percentuale di IVA, sia per quanto concerne la tariffa doganale comune. Le discussioni circa la possibilità di rendere il *budget* dell'Unione realmente autonomo non hanno, fino ad ora, prodotto risultati concreti (v. G. CIPRIANI, *Financing the EU Budget*, London, 2014, p. 10).

rate, almeno in relazione ad un profilo, come società private, essendo dotate di capitale sottoscritto, secondo percentuali variabili, dagli istituti di credito che operano sul territorio dello Stato³⁴.

La BCE quindi, pur essendo un'istituzione ai sensi dell'art. 13 TUE, è strutturata, per alcuni aspetti di non trascurabile importanza, come un ente dotato di capitale privato, il quale opera sul mercato dei capitali con una discrezionalità che è ora estremamente lata. Alla luce del caso OMT, la BCE è libera di utilizzare il proprio patrimonio per aiutare le banche che ritiene opportuno supportare, acquistando i titoli di Stato che si trovano nel loro portafoglio, senza che tale finalità sia suscettibile di alcun controllo né politico, né giudiziario.

A ciò si aggiunga che la BCE si trova in una situazione estremamente favorevole per operare sul mercato dei capitali, dal momento che è lo stesso soggetto che, attraverso la *troika* (oggi denominata semplicemente "le istituzioni"), accerta il progressivo raggiungimento degli obiettivi da parte degli Stati soggetti a programmi di ristrutturazione³⁵. Inoltre, per effetto della vigilanza macroprudenziale, la Banca di Francoforte è in condizione di controllare i livelli di indebitamento e di riserve degli istituti di credito³⁶. La BCE potrebbe essere indotta ad operare controlli molto lassisti sugli enti creditizi dei quali è creditrice; e potrebbe essere spinta a mantenere tale atteggiamento flessibile proprio al fine di salvaguardare il proprio credito³⁷.

³⁴ V., con riferimento alla Banca d'Italia, P. NOVARO, *La partecipazione dei privati al capitale della Banca d'Italia*, in *Diritto amministrativo*, 2015, p. 209 ss., secondo il quale "l'Istituto mantiene inalterata la struttura originaria di matrice societaria".

³⁵ Lo stesso Avvocato generale Cruz Villalón aveva messo in rilievo come la Banca centrale europea disponesse di informazioni privilegiate per porre in essere i propri compiti (v. le conclusioni del 14 gennaio 2015, nel caso *Gauweiler*, punto 110).

³⁶ Ciò si verifica per effetto della c.d. "Unione bancaria". Il cuore del sistema è costituito dal controllo centralizzato della vigilanza prudenziale sugli istituti di credito (regolamento n. 1024/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi). L'aspetto più importante della vigilanza prudenziale è l'accentramento dei controlli in capo alla Banca centrale europea. Questo viene concretamente posto in essere attraverso una sorta di sistema multilivello, in base al quale le autorità nazionali svolgono un ruolo eminentemente esecutivo, ma nel quale la responsabilità principale sui controlli spetta alla Banca centrale europea. Il testo normativo prevede infatti che la Banca centrale europea eserciti funzioni di vigilanza su tutti gli enti di credito stabiliti nei Paesi membri dell'eurozona. Tale controllo implica che la BCE possa autorizzare gli enti all'esercizio dell'attività creditizia e disponga, conseguentemente, del potere di revocare la relativa licenza (cfr. art. 4, regolamento 1024/2013). A tal fine l'istituto di emissione può controllare la copertura di capitale, le riserve, la liquidità, porre limiti all'esercizio della leva finanziaria, controllare le acquisizioni di ulteriori partecipazioni bancarie tramite fusioni e incorporazioni. In dottrina v. gli scritti raccolti nel volume a cura di M. P. CHITI, V. SANTORO, *L'Unione bancaria europea*, Pisa, 2016.

³⁷ Cfr. H. W. SINN, *op. cit.*, p. 309: "(i)t must be feared, therefore, that the ECB will conduct a rather lax asset quality review, in particular with regard to the assets of the GISPIC countries, because it is the banks of these countries to which it lent out three quarters of its monetary base". Per garantire una sorta di parvenza di separazione tra la politica monetaria e l'attività di vigilanza, le funzioni relative a quest'ultima spettano ad un organo *ad hoc*, denominato Consiglio di vigilanza; le decisioni assunte da detto organo sono tuttavia soggette ad approvazione da parte del Consiglio direttivo della BCE, attraverso un meccanismo di silenzio assenso: esse sono difatti approvate se il Consiglio direttivo non solleva obiezioni motivate entro un circoscritto lasso di tempo (v. art. 26, par. 8, regolamento 1024/2013; v. E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 100; S. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca centrale europea e l'Autorità bancaria europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*,

L'istituto di emissione finisce pertanto per ricoprire una posizione particolarmente privilegiata anche rispetto agli altri operatori economici. Tale circostanza non può tuttavia non suscitare perplessità laddove si prenda in considerazione il fatto che gli utili così prodotti vengono ripartiti, seppure in una percentuale modesta, anche tra gli enti che ne hanno sottoscritto il capitale³⁸.

D'altro canto, è stato anche ipotizzato, secondo un'interpretazione estremamente lata del testo normativo, che il compito di salvaguardare la stabilità dei prezzi presupponga a propria volta anche la stabilità finanziaria, nel senso che la “*suprema salus* dell'euro costituisce l'indispensabile premessa della stessa esistenza della BCE”³⁹. Si tratterebbe, in altri termini, di una manifestazione della c.d. teoria dei poteri impliciti, che ricorre con una certa frequenza nel diritto delle organizzazioni internazionali.

In realtà, ciò che più preoccupa è che la BCE sta di fatto ponendo in essere operazioni finanziarie di natura “speculativa”; che le sta realizzando usufruendo di un capitale pubblico (raccolto tramite il signoraggio bancario sull'emissione delle monete in euro); che tali operazioni incidono sulle politiche distributive dei governi nazionali e che, al contempo, esse sono suscettibili di incrementare le quote delle società private che, seppure in maniera indiretta e solo attraverso le banche centrali nazionali, hanno sottoscritto il capitale dell'Istituto. E che per di più stia facendo tutto ciò, al di fuori non solo di qualunque controllo politico, ma stabilendo di volta in volta, alla luce della specifica finalità perseguita, se la singola operazione costituisca una misura di politica monetaria ovvero economica, senza che alcun giudice, nazionale o europeo, possa sindacare l'effettiva rispondenza delle operazioni all'ambito assertivamente dichiarato.

È stato da più parti posto in rilievo che in tal modo la BCE ha di fatto cambiato il proprio ruolo, nel senso che essa non ha più solo agito al fine di garantire la stabilità monetaria, ma che si è piuttosto comportata come un vero e proprio prestatore di ultima istanza: in altri termini si occuperebbe ora anche della stabilità finanziaria dell'eurozona⁴⁰. Viene tuttavia da sottolineare che è proprio tale ruolo, a differenza di quanto avviene in altri sistemi giuridici⁴¹, che i redattori del Trattato non le hanno (consapevolmente) assegnato, evidentemente per evitare che operazioni finanziarie

2015, p. 1221 ss., spec. par. 5; R. D'AMBROSIO, *Il meccanismo di vigilanza: profili di indipendenza e di accountability*, in R. D'AMBROSIO (a cura di), *Scritti sull'Unione bancaria*, Quaderni di Ricerca Giuridica, Banca d'Italia, n. 81, 2016, p. 81 ss.).

³⁸ Ai sensi dell'art. 33, par. 1, lett. b), dello Statuto della BCE e del SEBC il profitto netto viene ripartito alle banche centrali nazionali in funzione delle rispettive quote. È opportuno porre in rilievo come le quote maggiori dei proventi della Banca d'Italia, secondo l'art. 38 dello Statuto vigente (approvato con D.P.R. 15 febbraio 2016), vengano accantonate a riserve ovvero assegnate allo Stato, mentre solo una percentuale minima, corrispondente al 6% degli utili, sia attribuita ai soggetti che ne hanno sottoscritto il capitale.

³⁹ G. L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'Euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 689.

⁴⁰ P. DE GRAUWE, *Economia dell'unione monetaria*, Bologna, 2009, VII ed., p. 252 ss.; A. QUADRIO CURZIO, *Economia oltre la crisi*, Brescia, 2012, p. 74; G. PERONI, *La crisi dell'Euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, 2012, p. 124; Editorial, *On Courts of Last Resort and Lenders of Last Resort*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 227 ss., p. 233.

⁴¹ Tale è, in via esemplificativa, il compito della FED statunitense e quello della Banca centrale giapponese.

errate o semplicemente sfortunate divenissero ulteriore fonte di spesa per i governi nazionali.

Ed è proprio in tale contesto che il mutato ruolo della BCE nell'ambito dell'Unione monetaria risulta particolarmente accentuato. La peculiare suddivisione tra politica monetaria e politica economica disegnata a Maastricht, imporrebbe infatti che la Banca centrale non possa disporre del potere di aumentare l'ambito di operatività della prima e diminuire quello della seconda, perché altrimenti si attribuisce ad un organo tecnico il potere di incidere sulla sfera di discrezionalità garantita ai parlamenti nazionali e, conseguentemente, sul potere degli elettori di condizionare effettivamente le scelte economiche che li riguardano.

Abstract

The Independence of the ECB in the Light of the *Gauweiler* Case

The Central Bank is an Institution which was conceived as deliberately undemocratic. It is totally independent from all political authority and it is not subject to any degree of political control by the European Parliament; its members are elected for an eight-year term and they shall not be re-elected. They cannot, during their mandate, play any other role, neither can they solicit or accept instructions from national governments or by any other institution. This independence, however, has never been understood as independence from the judiciary power, nor would it be possible for the balance that must characterize the functioning of the EU legal system.

However, this further development seems to be derived from the judgments both of the Court of Justice and the German Federal Constitutional Court in the *OMT* case. In particular, the European judges have ruled that it pertains to the ECB to determine whether an act can be considered belonging to the economic policy or to the monetary field, and that the determination of the object and scope is the result of a mere technical analysis, which is carried on by the ECB, which has the competence and the necessary qualifications to do it. Such analysis can not undergo any kind of judicial review in the Court. In this way, the Monetary Institution has become the referee empowered with the task of determining which measures fall in monetary policy and therefore fall within its exclusive sphere of competence. Acting in such a way to widen the sphere of its competence the ECB could theoretically narrow the room for maneuver which the national parliaments may enjoy in the conducting of their own economic policies.

Ivan Ingravallo*

Equilibrio di genere e azioni positive nella riforma del Tribunale dell'Unione europea**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'equilibrio di genere nella riforma del Tribunale. – 3. Cenni sul divieto di discriminazione e sull'equilibrio di genere nel diritto UE. – 4. L'equilibrio di genere negli atti istitutivi dei principali tribunali internazionali. – 5. *Segue*: la controversa questione dell'equilibrio di genere nelle liste dei candidati per la Corte europea dei diritti dell'uomo. – 6. La rappresentanza femminile nella Corte di giustizia prima e dopo il regolamento 2015/2422. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Il regolamento (UE, Euratom) n. 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio¹ costituisce un passaggio atteso, discusso² e, sotto alcuni profili, non definitivo nella modifica della struttura giurisdizionale dell'Unione. Esso stabilisce il raddoppio dei giudici del Tribunale, anche attraverso l'assorbimento all'interno di questo del Tribunale della funzione pubblica, l'unico tribunale specializzato istituito a seguito della riforma decisa con Trattato di Nizza del 2001, disciplinata dall'art. 257 TFUE³.

Nonostante non manchino materie rispetto alle quali sarebbe possibile e auspicabile la creazione di altri tribunali specializzati, in considerazione della numerosità ed eterogeneità delle competenze dell'Unione e della circostanza che, in merito ad alcune di esse, il contenzioso risulta costantemente elevato⁴, con il regolamento

* Associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Il presente scritto, aggiornato al 27 gennaio 2017, riprende, con le opportune modifiche, alcune osservazioni svolte in occasione della relazione presentata al Convegno su "La riforma delle regole processuali del giudice dell'Unione europea", organizzato il 16 dicembre 2016 nell'Università degli studi di Milano, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

¹ Regolamento (UE, Euratom) n. 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, recante modifica del Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea.

² V. le osservazioni critiche di C. CURTI GIALDINO, *Il raddoppio dei giudici del Tribunale dell'Unione: valutazioni di merito e di legittimità costituzionale europea*, in *federalismi.it*, 27 aprile 2015, reperibile online; F. DEHOUSSE, *The Reform of the EU Courts (II). Abandoning the Management Approach by Doubling the General Court*, Egmont Paper 83, marzo 2016, reperibile online.

³ Il Tribunale della funzione pubblica fu istituito con la decisione 2004/752/CE, Euratom del Consiglio, del 2 dicembre 2004.

⁴ Dalla più recente relazione annuale della Corte di giustizia UE (riferita al 2014, reperibile online) emerge, ad esempio, una notevole mole di cause relative a materie dalle caratteristiche peculiari come

2015/2422 si preferisce un diverso approccio, volto a ridurre l'articolazione giudiziaria dell'Unione.

La scelta di procedere al "riassorbimento" del Tribunale della funzione pubblica da parte del Tribunale, formalizzata con l'adozione del regolamento 2016/1192⁵, mostra come non sia più considerata valida l'affermazione contenuta nel 2° 'considerando' della decisione del 2004 istitutiva dello stesso, secondo la quale il TFP avrebbe migliorato il funzionamento del sistema giudiziario dell'Unione europea.

Come accennato, l'eliminazione del Tribunale della funzione pubblica è funzionale al raddoppio dei membri del Tribunale. Il regolamento 2015/2422, infatti, alla luce del costante aumento del contenzioso, ha deciso di portare il numero dei suoi giudici da 28 a 56, vale a dire che ogni Stato membro potrà proporre la nomina di due giudici. Il raddoppio è articolato in tre fasi: i primi dodici ulteriori giudici nominati a decorrere dal 25 dicembre 2015, data di entrata in vigore del regolamento 2015/2422 (anche se, al momento, peraltro, ne risultano nominati solo nove); altri sette giudici sono entrati in carica nel settembre 2016, attraverso il più volte menzionato assorbimento del Tribunale della funzione pubblica; infine, la composizione a 56 giudici diverrà operativa il 1° settembre 2019. I progressivi ampliamenti consentiranno al Tribunale di aumentare progressivamente le sue sezioni⁶, con indubbi riflessi positivi in termini di capacità di giudicare un numero maggiore di ricorsi, accorciando la durata del contenzioso e garantendo così in maniera più effettiva anche il diritto ad un equo processo, tutelato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE e dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

2. Il regolamento 2015/2422 disciplina inoltre la durata del mandato dei nuovi giudici, in modo da armonizzare le scadenze per la nomina delle future coppie di giudici da parte degli Stati membri, che avverranno nel 2016, 2019 e 2022. E, a tale riguardo, introduce un ulteriore elemento di novità, poiché inserisce per la prima volta un espresso riferimento all'equilibrio di genere nella composizione del Tribunale. Il regolamento di riforma, infatti, nello stabilire il raddoppio dei suoi membri, nell'11° 'considerando' afferma: "È di fondamentale importanza garantire l'equilibrio di genere in seno al Tribunale. Per conseguire tale obiettivo, è opportuno organizzare i rinnovi parziali del Tribunale in modo tale da portare progressivamente i governi degli Stati membri a proporre due giudici in occasione del medesimo rinnovo parziale, allo scopo di privilegiare pertanto, nel rispetto delle condizioni e delle procedure previste dai trattati, la scelta di una donna e di un uomo". Questo riferimento è stato introdotto in una fase avanzata di approvazione del regolamento 2015/2422. L'esame dei suoi lavori preparatori mostra, infatti, come nella proposta avanzata dalla Corte di giustizia nel 2011 non vi fosse alcun cenno all'equilibrio di

la proprietà intellettuale e industriale e gli aiuti di Stato, rispetto alle quali ben si potrebbero istituire dei tribunali specializzati.

⁵ Regolamento (UE, Euratom) 2016/1192 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, relativo al trasferimento al Tribunale della competenza a decidere, in primo grado, delle controversie tra l'Unione europea e i suoi agenti.

⁶ Dalle nove esistenti prima del regolamento di riforma, le sezioni diverranno dapprima tredici, poi quindici, infine diciotto.

genere, che è stato inserito dal Parlamento europeo in fase di seconda lettura della proposta di regolamento, con il consenso della Commissione e del Consiglio⁷.

Un concetto simile a quello espresso nell'11° 'considerando' del regolamento di riforma è inserito anche nella dichiarazione comune di Consiglio e Parlamento europeo, allegata alla risoluzione legislativa approvata da quest'ultimo il 28 ottobre 2015, in sede di adozione in seconda lettura del regolamento 2015/2422. Essa dispone: "per conseguire la parità tra donne e uomini, che è un obiettivo dell'Unione europea a norma dell'art. 3 TUE, i governi degli Stati membri dovrebbero, per quanto possibile, durante il processo di nomina dei candidati ai posti di giudice presso il Tribunale (...) assicurare un'uguale presenza di donne e uomini".

Occorre domandarsi quale rilievo abbia l'affermazione dell'obiettivo dell'equilibrio di genere contenuto in questi due atti. Sotto il profilo giuridico-formale essa ha un carattere esortativo e non obbligatorio; il 'considerando' di un regolamento, infatti, attiene alla sua motivazione e non alla sua parte dispositiva, e la dichiarazione comune è qualificabile come una raccomandazione. Essi, quindi, non sono suscettibili di modificare quanto disposto nelle fonti di diritto primario, laddove i requisiti per divenire giudici del Tribunale sono espressamente indicati dall'art. 254, co. 2, TFUE: indipendenza e capacità di esercitare alte funzioni giurisdizionali⁸. Inoltre, mentre questi requisiti attengono a qualità proprie del soggetto chiamato a svolgere una determinata funzione, nel caso dell'equilibrio di genere ci si riferisce alla composizione complessiva dell'organo giudiziario.

In secondo luogo, con riguardo al loro contenuto, sia l'11° 'considerando' del regolamento di riforma, sia la dichiarazione comune di Consiglio e Parlamento, affrontano la questione ricorrendo a una terminologia cauta e che afferma l'equilibrio di genere nella futura composizione del Tribunale "allargato" prefigurandolo come un obiettivo da raggiungere in maniera progressiva e graduale.

Potrei limitarmi a queste osservazioni e ritenere che l'indicazione contenuta in questi due atti in merito all'equilibrio di genere non abbia una rilevanza significativa al fine di incidere sulla futura composizione del Tribunale allargato a 56 giudici. Mi sembra però che adottare un simile approccio, che considera meramente il dato giuridico-formale, porti a sottovalutare l'affermazione di principio in essi contenuta. Nonostante il ridotto rilievo giuridico e la cautela lessicale, infatti, appare significativo che i governi degli Stati membri (riuniti nel Consiglio) e i rappresentanti eletti direttamente dal popolo (riuniti nel Parlamento europeo), attraverso il regolamento e la dichiarazione comune, abbiano deciso di porre espressamente la questione dell'equilibrio di genere con riferimento al Tribunale "allargato". Né, in prospettiva, può escludersi che un simile approccio venga riproposto per la Corte di giustizia. A tale riguardo, peraltro, è evidente che il raddoppio dei giudici del Tribunale, attribuendo a ogni Stato membro la possibilità di proporre contestualmente due nominativi in

⁷ Sull'aspirazione del Parlamento europeo a svolgere un ruolo più significativo nella nomina dei membri della Corte di giustizia UE, nella prospettiva della rappresentanza di genere, v. già S. J. KENNEY, *Breaking the Silence: Gender Mainstreaming and the Composition of the European Court of Justice*, in *Feminist Legal Studies*, 2002, p. 257 ss.

⁸ Il 7° 'considerando' del regolamento 2015/2422 dispone: "Il comitato di cui all'articolo 255 TFUE tiene conto in particolare dell'indipendenza, dell'imparzialità, delle competenze e dell'idoneità professionale e personale dei candidati".

occasione del medesimo rinnovo parziale, rende più agevole porre la questione dell'equilibrio tra i generi nella scelta della diade da sottoporre a valutazione per la nomina all'interno del Tribunale. L'appartenenza a un genere sottorappresentato, quindi, pur non essendo un requisito che prevale sul possesso delle peculiari qualità richieste a un soggetto per svolgere le funzioni di giudice del Tribunale, a parità di qualificazione tra più candidati, è suscettibile di divenire un elemento decisivo al fine di garantire una composizione equilibrata dell'organo giudiziario.

3. Le considerazioni finora svolte portano a chiedersi se sia opportuno estendere l'obiettivo della parità di genere anche alla composizione del Tribunale e prevedere, a tal fine, un'azione positiva a favore del genere femminile, attualmente sottorappresentato. Se si considera lo specifico ordinamento dell'Unione europea sembra ragionevole rispondere affermativamente, giacché da tempo in esso il principio di non discriminazione si accompagna al riconoscimento della legittimità e dell'opportunità di realizzare azioni positive a favore del genere sottorappresentato⁹.

Sotto il primo profilo, è ampiamente noto come il divieto di discriminazione tra donne e uomini sia stato riconosciuto – anche attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁰ – quale principio fondamentale del diritto UE¹¹. Esso è oggi consacrato tra i valori fondanti dell'Unione alla prima frase dell'art. 2 TUE (uguaglianza), mentre la non discriminazione e lo specifico riferimento alla parità tra donne e uomini si trovano tra i valori comuni agli Stati membri richiamati nella seconda frase del medesimo articolo, nonché nell'art. 10 TFUE (“l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso”) e nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali. L'art. 19, par. 1, TFUE autorizza il Consiglio, all'unanimità e con una procedura legislativa speciale, con l'approvazione del Parlamento europeo, a “prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso (...)”¹².

Per quanto poi riguarda le azioni positive, che costituiscono un utile complemento del divieto di discriminazione, ricordo che l'art. 3, par. 3, co. 2, TUE stabilisce che l'Unione “promuove (...) la parità tra donne e uomini”. Il medesimo concetto è ripreso nell'art. 8 TFUE (“[n]elle sue azioni l'Unione mira (...) a promuovere la parità (...) tra uomini e donne”) e nell'art. 23, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali. Questa disposizione, al co. 2, aggiunge un espresso riferimento alle

⁹ In tema v. B. PETKOVA, *Spillovers in Selecting Europe's Judges: Will the Criterion of Gender Equality Make It to Luxembourg?*, in M. BOBEK (ed.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford, 2015, p. 222 ss.

¹⁰ Sono ampiamente note le sentenze dell'8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne* (nella quale la Corte affermò il principio della parità retributiva), e del 28 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall* (nella quale il principio fu esteso in termini generali).

¹¹ In tema v., *ex multis*, J. KANTOLA, *Gender and the European Union*, Basingstoke, 2010; V. PICCONI, *Art. 157*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 1459 ss.

¹² V. anche il par. 2 dell'art. 19 TFUE che, in maniera alquanto cauta nei confronti delle scelte adottabili in tale ambito dagli Stati membri, dispone: “In deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1”.

azioni positive, laddove afferma che il principio della parità “non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato”. L'articolo si riferisce in generale alle azioni positive, senza uno specifico riferimento al contesto del lavoro, ma le spiegazioni allegate alla Carta indicano espressamente che è questo l'ambito al quale la disposizione si riferisce, in coerenza con quanto prevede l'art. 157, par. 4, TFUE, oltre il quale l'art. 23, co. 1, della Carta non può andare.

È altresì noto come l'Unione europea, a partire dal diritto primario e anche in questo caso con l'avallo e dietro sollecitazione della Corte di giustizia, abbia approvato numerosi atti, relativi a svariate materie, volti tra l'altro a favorire il riequilibrio di genere e la non discriminazione nei confronti (anche) delle donne e azioni positive volte a raggiungere questi obiettivi¹³, a partire dalle direttive 75/117/CE e 76/207/CEE¹⁴, in seguito confluite, assieme ad altri atti, nella direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego¹⁵.

Se è vero che queste disposizioni sono rivolte agli Stati membri e che la nomina dei giudici del Tribunale è diversa dal rapporto di lavoro dei funzionari con le istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea, laddove da tempo esistono regole e prassi volte a favorire la parità uomo-donna¹⁶, d'altro canto il carattere di principio fondamentale del divieto di discriminazione di genere e il rilievo che le azioni positive hanno assunto nel diritto UE consentono di valorizzare l'indicazione a favore dell'equilibrio di genere contenuta nell'11° ‘considerando’ del regolamento di riforma e nella dichiarazione comune approvati nel 2015.

4. Sotto una diversa prospettiva, l'introduzione dell'obiettivo dell'equilibrio di genere con riferimento al Tribunale appare anche coerente con una recente tendenza della prassi. Infatti, se è indubbio che la legittimità e l'autorevolezza di un organo giudiziario non si misurano in base al genere di appartenenza dei suoi componenti, negli ultimi anni è però progressivamente emersa, anche con riferimento alle corti supreme interne e ai tribunali internazionali, l'esigenza di un riequilibrio di genere¹⁷.

¹³ Sentenza dell'11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marschall*; seguita e meglio specificata in sentenze successive, tra le quali ricordiamo quella del 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck*.

¹⁴ Cfr. direttiva 75/117/CE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile; direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.

¹⁵ In tema si rinvia, *ex multis*, ad alcuni volumi di più recente pubblicazione, anche per ampi riferimenti bibliografici, giurisprudenziali e documentali: F. SPITALERI (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, 2013; K. DZEHTSIAROU, T. KONSTADINIDES, T. LOCK, N. O'MEARA (eds.), *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*, London, 2014.

¹⁶ In tema si rinvia a G. GATTINARA, *Il problema delle azioni positive nel diritto della funzione pubblica dell'Unione europea: il caso della Commissione*, in F. SPITALERI (a cura di), *op. cit.*, p. 175 ss.

¹⁷ V. l'ampio studio di S. J. KENNEY, *Gender and Justice. Why Women in the Judiciary Really Matter*, New York, 2013; nonché N. GROSSMAN, *Achieving Sex-representative International Court Benches*, in *American Journal of International Law*, 2016, p. 82 ss.

A un sommario esame, le disposizioni di diritto nazionale relative alla composizione delle magistrature superiori e quelle di diritto internazionale che istituiscono organi giurisdizionali a carattere stabile non includono, di regola, un riferimento espresso alla necessità di assicurare l'equilibrio di genere all'interno delle corti. In alcuni casi in passato vi era un'espressa esclusione delle donne dall'esercizio della giurisdizione: in Italia, ad esempio, questo divieto, stabilito dalla legge n. 1176 del 1919¹⁸, è stato abrogato solo nel 1963¹⁹.

Come accennato, però, negli ultimi anni la precedente prassi normativa sta conoscendo alcune eccezioni, attraverso legislazioni (e prassi) interne e atti internazionali di più recente approvazione, che mostrano un'accresciuta attenzione all'esigenza di una composizione equilibrata, con riguardo al genere, degli organi giudiziari. Alcuni Stati membri dell'Unione europea (l'Austria, il Belgio e la Lettonia) hanno disposizioni di diritto interno volte ad assicurare un'equa rappresentanza all'interno delle corti costituzionali/supreme nazionali. In altri Stati, sia membri, sia terzi, negli ultimi decenni l'equilibrio di genere nelle alte corti interne è stato invece perseguito in via di prassi. Per fare un solo esempio, anche se la prima donna nominata alla Corte suprema USA è stata Sandra Day O'Connor nel 1981, attualmente quella Corte comprende tre donne su un totale di nove giudici.

Il cambiamento ha riguardato anche i tribunali internazionali²⁰. Infatti, gli atti istitutivi risalenti a un'epoca in cui la questione dell'equilibrio di genere nella composizione degli stessi non aveva rilievo non contengono alcun riferimento a tale profilo, e la presenza femminile risulta abbastanza marginale (ad esempio, attualmente la Corte internazionale di giustizia comprende tre donne su quindici membri)²¹. L'Istituto di diritto internazionale, nei suoi lavori dedicati al ruolo dei giudici internazionali, non ha dato particolare rilievo alla questione dell'equilibrio di genere, né ha sollecitato l'adozione di azioni positive a tale riguardo²². Esso, nella risoluzione approvata in occasione della sessione di Rodi del 2011, si è limitato a un generico riferimento all'esigenza che non vi siano discriminazioni nella selezione dei giudici internazionali, menzionando, quali possibili elementi di discriminazione, oltre al genere, anche le origini o le opinioni.

Vi sono peraltro alcune significative eccezioni, laddove, pur in assenza di norme espresse, la presenza di donne all'interno di organi giudiziari internazionali è comun-

¹⁸ Cfr. art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176 (Norme circa la capacità giuridica della donna).

¹⁹ Cfr. l'art. 2 della legge 9 febbraio 1963, n. 66 (Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni).

²⁰ La situazione è sensibilmente mutata rispetto allo studio condotto nel 2002 da J. LINEHAN, *Women and Public International Litigation*, reperibile online.

²¹ V. l'analisi critica, anche se con argomentazioni solo in parte giuridiche, di N. GROSSMAN, *Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?*, in *Chicago Journal of International Law*, 2011, p. 647 ss.

²² V. l'*Annuaire de l'Institut de droit international, Session de Rhodes* (2011), vol. 74, p. 10: "la stature morale et la compétence doivent rester les premiers critères de choix (...). Cette exigence doit l'emporter sur toute considération de sexe (...). Aussi bien les femmes, dans beaucoup de pays, sont-elles à l'heure actuelle nombreuses à occuper des fonctions judiciaires de plus en plus importantes et ce mouvement au plan national se traduira tout naturellement au plan international dans les années à venir".

que significativa²³. Ma, soprattutto, appare significativo che in alcuni atti istitutivi conclusi in tempi più recenti la questione risulti espressamente disciplinata, al fine di garantire una composizione equilibrata dei tribunali internazionali. Mi riferisco allo Statuto della Corte penale internazionale (concluso nel 1999), il cui art. 36, par. 8, lett. a), stabilisce che nella scelta dei giudici gli Stati parti tengano conto, tra l'altro, della necessità di assicurare un'equa rappresentanza di uomini e donne, oltre che dei principali sistemi giuridici del mondo e di un'equa rappresentanza geografica²⁴.

L'altro esempio significativo riguarda la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. Gli articoli 12 e 14 del Protocollo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli relativo all'istituzione di questa Corte (fatto nel 1998) dispongono, infatti, che nel processo di nomina dei giudici è prestata dovuta attenzione a garantire un'adeguata rappresentanza di genere e che ciò è assicurato dall'Assemblea dei capi di Stato e di governo dell'UA in occasione della loro elezione. Con riferimento a questa Corte, deve peraltro osservarsi che, nonostante l'espressa previsione statutaria, il numero dei giudici donna rimane nettamente inferiore a quello degli uomini.

5. Una vicenda particolare ha riguardato la Corte europea dei diritti dell'uomo e risulta interessante poiché evidenzia lo iato che, con riguardo all'equilibrio di genere nella composizione di questa Corte, separa la previsione normativa del trattato istitutivo (la Convenzione europea dei diritti dell'uomo/CEDU) dall'aspirazione dell'organo incaricato di nominare i giudici (l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa).

In base all'art. 21, par. 1, CEDU i giudici “devono godere della più alta considerazione morale e possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie, o essere giureconsulti di riconosciuta competenza”. Nessun riferimento, quindi, è fatto all'equilibrio di genere nella nomina dei giudici, né gli Stati membri hanno accolto le proposte in tal senso formulate in occasione di alcune recenti riforme della CEDU, in particolare in occasione del negoziato sul Protocollo n. 14.

L'Assemblea parlamentare, cui l'art. 22 CEDU assegna il potere di scegliere i giudici della Corte di Strasburgo all'interno di una lista di tre individui proposta da ciascuno Stato parte, ha approvato delle risoluzioni in merito alle caratteristiche dei candidati e alla procedura di esame della loro competenza. In particolare, con la 1366 (2004) l'Assemblea ha tra l'altro stabilito che non avrebbe esaminato una lista presentata da uno Stato parte qualora essa non includesse almeno un candidato appartenente a ciascun genere (par. 3.ii)²⁵. Essa ha altresì dato indicazioni al proprio Sotto-comitato, cui compete fornire un parere sulla qualificazione dei tre individui proposti da ciascuno Stato parte, di preferire, in caso di un'eguale qualificazione di due candidati di diverso genere, quello appartenente al genere sottorappresentato (par. 4.vi, favorendo così, a parità di titoli, una donna piuttosto che un uomo). Infine, con questa risoluzione l'Assemblea ha deciso di valutare quali sono gli ostacoli che impediscono l'indicazione di candidature femminili, cosa può essere fatto per incoraggiarle e per assicurare un maggiore equilibrio di genere nella composizione della Corte (par. 7).

²³ V. l'analisi svolta da R. MACKENZIE, K. MALLESON, P. MARTIN, P. SANDS, *Selecting International Judges. Principle, Process, and Politics*, Oxford, 2010, p. 161 ss.

²⁴ In tema v., da ultimo, L. CHAPPELL, *The Politics of Gender Justice at the International Criminal Court. Legacies and Legitimacy*, Oxford, 2016, p. 62 ss.

²⁵ Cfr. anche il par. 21 della raccomandazione 1649 (2004).

Nella successiva risoluzione 1426 (2005) l'Assemblea parlamentare ha parzialmente modificato quanto deciso nel par. 3.ii della risoluzione 1366 (2004), ricorrendo a una formula più articolata, secondo la quale essa non avrebbe preso in considerazione una lista nazionale che non contenesse almeno un candidato di ciascun genere, salvo che includa unicamente candidati del genere sottorappresentato (ossia quello rappresentato da meno del 40% dei giudici della Corte). Si è trattato, con ogni evidenza, di un modo per incoraggiare gli Stati parte a presentare liste composte unicamente da candidati donna, al fine di riequilibrare la composizione complessiva della Corte EDU.

Come già accennato, nella prospettiva della conclusione del Protocollo n. 14 di riforma della CEDU, l'Assemblea parlamentare ha anche raccomandato agli Stati parte di emendare l'art. 22 CEDU, al fine di sancire l'obbligo di inserire nelle liste di candidati al ruolo di giudice della Corte di Strasburgo nominativi di individui di genere differente²⁶. Il Comitato dei ministri, pur condividendo l'obiettivo dell'Assemblea parlamentare di garantire l'equilibrio di genere nella composizione della Corte, non ha però accolto la sua raccomandazione e non ha modificato la CEDU in tale direzione. Il Comitato dei ministri ha invece suggerito all'Assemblea parlamentare di introdurre un'eccezione a quanto previsto dalla risoluzione 1366 (2004), così come modificata dalla risoluzione 1426 (2005), al fine di giustificare quelle situazioni in cui uno Stato parte presenti una lista contenente solo candidati uomini, in quanto non sia riuscito a individuare candidature femminili altrettanto qualificate.

Sulla questione è intervenuta anche la stessa Corte di Strasburgo, che il 12 febbraio 2008 ha reso il proprio primo parere ai sensi dell'art. 47 CEDU, evento quanto mai raro. La Corte è stata sollecitata a rendere il parere dal Comitato dei ministri, poiché nel 2006 l'Assemblea parlamentare, in ottemperanza a quanto deciso con le due risoluzioni del 2004 e 2005 più volte richiamate, ha rifiutato di esaminare la lista proposta da Malta, che includeva tre uomini e nessuna donna. Nel parere reso il 12 febbraio 2008 la Corte EDU, pur riconoscendo l'importanza delle misure di "discriminazione positiva" a favore delle donne al fine di raggiungere un'effettiva uguaglianza tra i generi, si pronunciò all'unanimità nel senso di ritenere che l'Assemblea parlamentare non potesse andare contro quanto è espressamente previsto dall'art. 21, par. 1, CEDU, inserendo requisiti ulteriori quale quello dell'equilibrio di genere nella presentazione delle liste di candidati²⁷. In una successiva risoluzione – la 1627 (2008) – l'Assemblea ha dato seguito al parere espresso dalla Corte e all'invito formulato dal Comitato dei ministri e ha modificato la risoluzione 1366 (2004) e la risoluzione 1426 (2005), inserendo nel par. 4 un'eccezione alla regola contraria alla presentazione di liste contenenti nominativi di un solo genere (quello sovrarappresentato) nei casi in cui lo Stato parte abbia adottato tutte le misure necessarie e

²⁶ Nel par. 6.iii della precedente raccomandazione 1429 (1999) l'Assemblea parlamentare si era limitata a chiedere al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa di invitare gli Stati a selezionare candidati appartenenti a entrambi i generi. Un'eguale esortazione era inserita anche nel par. 19.iii della raccomandazione 1649 (2004) e nel suo par. 21, ai fini dell'emendamento dell'art. 22 CEDU da effettuarsi con quello che è poi divenuto il Protocollo n. 14. Come ricordato, questa raccomandazione non è stata accolta dagli Stati parte.

²⁷ A. MOWBRAY, *The Consideration of Gender in the Process of Appointing Judges to the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 549 ss.

appropriate per individuare una lista con candidati sia uomini, sia donne²⁸, ma non sia riuscito a trovarne in possesso dei requisiti di cui all'art. 21, par. 1, CEDU²⁹.

Questa vicenda mette in luce come, già prima della riforma del Tribunale approvata nel 2015, la questione dell'equilibrio di genere all'interno di un'altra Corte europea abbia dato luogo a contrasti, che investono i profili giuridico-formali e quelli di merito³⁰. Un'altra rassomiglianza tra questa vicenda e quella relativa al Tribunale consiste nel tentativo di introdurre una modifica nei criteri di composizione dell'organo giudiziario nel senso dell'equilibrio di genere attraverso atti di diritto derivato, senza emendare il trattato istitutivo. L'azione dell'Assemblea parlamentare, pur non fondata giuridicamente, ha avuto un positivo effetto sull'impegno degli Stati parte alla CEDU di incrementare il numero di candidature femminili al ruolo di giudice della Corte EDU³¹. Gli Stati parte, infatti, pur senza modificare la CEDU, sono stati comunque indotti a dichiarare il loro impegno a favore del riequilibrio di genere nella composizione della Corte, salvo circostanze eccezionali. La conseguenza diretta di questo impegno si riflette nell'attuale composizione della Corte di Strasburgo, dove siedono 15 donne su 47 giudici.

6. È nel contesto in precedenza descritto che si inserisce la questione dell'equilibrio di genere nel Tribunale "allargato" dell'Unione europea. Come accennato, i Trattati europei non includono tale elemento tra i requisiti da rispettare ai fini dell'individuazione dei suoi giudici. Cionondimeno, la richiesta a ciascuno Stato membro di proporre un uomo e una donna nel Tribunale "allargato" al fine di conseguire l'equilibrio di genere al suo interno muove da un dato di fatto: la composizione dello stesso, come più in generale della Corte di giustizia UE, sin dalla sua istituzione, è squilibrata a favore degli uomini.

Fino al 1981, infatti, la Corte di giustizia è stata composta unicamente da uomini. In quell'anno la francese Simone Rozès fu la prima donna a farne parte, in veste di avvocato generale; ella svolse il mandato per un triennio e altre due donne (la svedese Pernilla Lindh e la finlandese Virpi Tiili) furono nominate giudici del Tribunale nel 1995 in corrispondenza con l'ingresso nell'Unione europea dei loro rispettivi Stati di nazionalità, mentre nel 1999 l'irlandese Fidelma O'Kelly Macken fu la prima giudice della Corte³².

Negli ultimi anni la situazione è in parte mutata, ma la composizione della Corte di giustizia UE (comprensiva della Corte e del Tribunale, che nel settembre 2016 ha assorbito il Tribunale della funzione pubblica) continua a trasmettere una

²⁸ Cfr. anche il par. 5 della risoluzione dell'Assemblea parlamentare 1646 (2009), in cui essa segnalava l'esigenza che anche gli organi nazionali incaricati di individuare i tre candidati da inserire nella lista dei possibili giudici fossero "as gender-balanced as possible".

²⁹ Cfr. anche il par. 6 della risoluzione 1841 (2011), che mette ordine in queste disposizioni, succedutesi nel tempo in modo poco coerente.

³⁰ In tema v. P. KAPOTAS, *A Tale of Two Cities. Positive Actions as "Full Equality" in Luxembourg and Strasbourg*, in K. DZEHTSIAROU, T. KONSTADINIDES, T. LOCK, N. O'MEARA (eds.), *op. cit.*, p. 188 ss.; B. PETKOVA, *op. cit.*, p. 223 ss.

³¹ V. peraltro l'osservazione critica di D. KOSAŘ, *Selecting Strasbourg Judges: A Critique*, in M. BOBEK (ed.), *op. cit.*, p. 132, in merito al mancato intervento dell'Assemblea parlamentare nel 2012 rispetto a una lista proposta dal Belgio e contenente solo candidati uomini.

³² In tema v. S. J. KENNEY, *Breaking the Silence*, cit., p. 257 ss.

sensazione di squilibrio a danno delle donne o, per dire meglio, di un riequilibrio che procede alquanto a rilento³³. Fino alla riforma del 2015 nella Corte sono state nominate altre undici donne, tra giudici³⁴ e avvocati generali³⁵; nel Tribunale sono state nominate undici giudici donna³⁶; due in quello della funzione pubblica³⁷.

Nella fase di discussione che ha preceduto l'adozione del futuro regolamento 2015/2422, la questione del riequilibrio di genere non sembra aver inciso in modo rilevante sulle scelte effettuate dagli Stati membri. Nel corso del 2015, ad esempio, in occasione della nomina di 17 tra giudici e avvocati generali non vi è stato alcun segnale in tal senso. Infatti, mentre le donne "uscenti" sono state confermate nel loro ruolo, così come molti uomini, i pochi avvicendamenti occorsi, così come i due nuovi posti di avvocato generale³⁸, hanno visto la nomina di giudici e di avvocati generali uomini³⁹.

Per quanto riguarda le nomine di nuovi giudici nel Tribunale effettuate dopo l'approvazione del regolamento 2015/2422, segnaliamo che mentre l'assorbimento del Tribunale della funzione pubblica non ha prodotto alcun riequilibrio sotto il profilo del genere, considerato che i giudici del Tribunale assorbito sono tutti uomini, un rilievo in parte diverso riguarda le altre nuove nomine all'interno del Tribunale "allargato". Nel 2016, infatti, sono sei le donne nominate giudici, un numero certamente significativo nel senso di modificare i precedenti equilibri tra i generi all'interno del Tribunale⁴⁰.

Considerata la nazionalità dei componenti femminili della Corte di giustizia UE dopo il 1981, sono soprattutto gli Stati di più recente ammissione all'Unione europea a proporre nominativi di donne (si pensi alle quattro donne indicate dalla Polonia e alle due proposte da Lettonia, Repubblica ceca e Romania)⁴¹, mentre

³³ V. l'analisi di S. J. KENNEY, *Gender and Justice*, cit., p. 93 ss. e il recente studio di B. PETKOVA, *op. cit.*, p. 223 ss.

³⁴ Tra coloro il cui mandato è terminato vi sono Ninon Colneric (2000-2006) e la già ricordata Pernilla Lindh (2006-2011). Sono attualmente in carica Rosario Silva de Lapuerta (dal 2003), Camelia Toader (dal 2007), Maria Berger (dal 2009), Alexandra Prechal (dal 2010) e Küllike Jürimäe (dal 2013; già giudice del Tribunale dal 2004).

³⁵ Tra coloro il cui mandato è terminato vi sono Christine Stix-Hackl (2000-2006) e Verica Trstenjak (2006-2012; già giudice del Tribunale dal 2004), mentre sono attualmente in carica Juliane Kokott (dal 2003) e Eleanor Sharpston (dal 2006).

³⁶ Oltre alle già menzionate giudici Tilli, Jürimäe, Lindh e Trstenjak, ricordo le giudici Maria Eugénia Martins de Nazaré Ribeiro (2003-2016), Ena Cremona (2004-2012), Irena Wiszniewska-Białecka (2004-2016), il cui mandato è terminato. Già prima della riforma del 2015 erano in carica anche le giudici: Irena Pelikánová (dal 2004), Ingrida Labucka (dal 2004), Mariyana Kancheva (dal 2011) e Vesna Tomljenović (dal 2013).

³⁷ Si tratta di Irena Boruta (2005-2013) e Maria Isabel Rofes i Pujol (2009-2016).

³⁸ Questi sono stati istituiti in attuazione della decisione 2013/336/UE del Consiglio, del 25 giugno 2013.

³⁹ Cfr. le decisioni (UE, Euratom) 2015/578 del 1° aprile 2015, 2015/934 del 12 giugno 2015, 2015/1566 del 16 settembre 2015.

⁴⁰ Si tratta di Nina Póltorak e Anna Marcoulli (giudici dal 1° aprile 2016), di Inga Reine (giudice dall'8 giugno 2016) e di Octavia Spineanu-Matei, Maria José Costeira e Krystyna Kowalik-Bańczyk (giudici dal 19 settembre 2016).

⁴¹ Gli altri Stati membri ad aver proposto la nomina di più di una donna sono la Spagna, che ha indicato una giudice della Corte, una del Tribunale e una del Tribunale della funzione pubblica, e l'Austria e la Germania, che hanno indicato una giudice e un avvocato generale della Corte.

alcuni tra gli Stati membri di più antica *membership* non hanno avuto alcuna donna tra i giudici e gli avvocati generali di loro nazionalità (il Belgio, la Danimarca, la Grecia, l'Italia, il Lussemburgo e i Paesi Bassi)⁴².

7. Una volta esaurite le prime due fasi di allargamento del Tribunale, sul totale di quarantaquattro giudici (al momento in cui si scrive, tre devono ancora essere nominati), dieci sono donne, di cui sei nominate dopo la riforma del 2015. Anche se una valutazione più compiuta potrà essere svolta solo quando, nel 2019, il raddoppio del Tribunale sarà completato, sembra comunque ragionevole affermare che l'approccio adottato con l'11° 'considerando' del regolamento 2015/2422 e con la dichiarazione comune di Consiglio e Parlamento europeo, nonostante il loro carattere esortativo e il loro contenuto programmatico, inizino a produrre effetti. Un elemento di perplessità è che non sembra in linea con quanto raccomandato in quei documenti deriva dalla scelta di alcuni Stati (Lettonia e Polonia) di indicare due donne per ricoprire i due posti all'interno del Tribunale. Si tratta, infatti, di una scelta speculare rispetto a quella degli Stati membri che hanno proposto due candidati uomini, ma che risulta altrettanto difforme rispetto a quanto raccomandato nei due atti più volte richiamati, che prefigurano l'equilibrio di genere all'interno del Tribunale non in considerazione del numero complessivo dei giudici, quanto piuttosto attraverso l'indicazione da parte di ogni Stato membro di una diade composta da una donna e da un uomo.

Occorre chiedersi se esistano degli strumenti per favorire questo riequilibrio di genere, ossia per far sì che gli Stati membri rispettino la raccomandazione loro rivolta a tal fine. Una possibile opzione potrebbe consistere in una raccomandazione indirizzata da Consiglio e Parlamento al Comitato "filtro", istituito in base all'art. 255 TFUE al fine di fornire un parere "sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di avvocato generale della Corte di giustizia e del Tribunale"⁴³, affinché valuti anche l'equilibrio di genere nel momento in cui uno Stato membro propone la sua diade di nominativi.

Il Comitato fino a questo momento non ha dato rilievo a considerazioni di ordine generale, limitandosi a considerare il caso concreto⁴⁴. Ma, qualora intendesse valutare anche l'equilibrio di genere nella proposta formulata dagli Stati membri in merito alla diade di giudici per il Tribunale, il Comitato potrebbe avvalersi della possibilità offerta dal punto 6 delle norme relative al suo funzionamento, in base alla quale esso può chiedere al governo proponente di fornirgli "informazioni supplementari o altri elementi che reputa necessari per le sue deliberazioni"⁴⁵; inoltre, il rilievo dell'equilibrio di genere potrebbe emergere nei lavori del Comitato, laddove esso valuta la procedura di selezione seguita dagli Stati membri per individuare

⁴² Gli altri Stati membri che non hanno indicato nominativi femminili sono la Lituania, la Slovacchia e l'Ungheria.

⁴³ In tema v. il recente studio di T. DUMBROVSKÝ, B. PETKOVA, M. VAN DER SLUIS, *Judicial Appointments: The Article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 455 ss. V. anche i saggi raccolti in M. BOBEK (ed.), *op. cit.*

⁴⁴ In tema v. M. CONDINANZI, *Art. 255 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, in specie p. 1975 ss. Nessuna considerazione di genere emerge nei rapporti sinora presentati dal Comitato in merito alla propria attività, che sono consultabili *online* sul sito web della Corte di giustizia.

⁴⁵ Cfr. l'allegato alla decisione 2010/124/UE del Consiglio, del 25 febbraio 2010.

i nominativi. Si segnala peraltro che questo Comitato, nella sua attuale composizione⁴⁶, comprende una donna e sei uomini, il che non costituisce una premessa incoraggiante al fine di prefigurare un suo ruolo incisivo nella promozione del riequilibrio di genere all'interno del Tribunale.

Peraltro, può già rilevarsi come l'esigenza di nominare nuovi giudici donna all'interno del futuro Tribunale ampliato troverà un ostacolo nella necessità di garantire l'efficienza dell'organo giudicante. Il modo più pratico per garantire questo risultato, infatti, considerati l'elevato numero del contenzioso e la circostanza che solo i giudici che hanno assistito all'udienza possono partecipare alla relativa decisione, è dato dalla conferma dei giudici in scadenza di mandato⁴⁷. Si contrappongono quindi due diversi interessi, quello all'efficienza della giustizia e quello del riequilibrio di genere all'interno del Tribunale.

Una compiuta valutazione sull'incidenza delle raccomandazioni che promuovono quest'ultimo obiettivo potrà farsi quando, nel settembre 2019, il raddoppio dei giudici sarà completato. L'auspicio è che gli Stati membri si impegnino a dare seguito all'esortazione, da essi formulata attraverso il voto in sede di Consiglio sul regolamento di riforma e sulla dichiarazione comune, e che il Parlamento riesca a vigilare sul loro operato e, se necessario, sia pronto a esortarli a dare seguito alle azioni positive anche in questo specifico ambito.

Abstract

Gender Balance and Positive Actions in the Reform of the General Court

The essay examines the issue of gender balance in the context of the recent reform of the General Court, which has been realized through EU Regulation No. 2015/2422. The author, after considering the prohibition of discrimination in European Union law, evaluates the relevance of gender balance in the founding acts and in the practices of the major international tribunals. In particular, he considers the controversial issue of gender balance in the lists of candidates for the European Court of Human Rights. Finally, the essay deals with the representation of women in the Court of Justice and the General Court before and after the 2015 reform, also in view of its completion, which will occur in the next future.

⁴⁶ Decisione 2014/76/UE del Consiglio, dell'11 febbraio 2014.

⁴⁷ Al riguardo, si segnala la lettera inviata il 4 marzo 2015 dal Presidente del Tribunale al Presidente di turno del Consiglio, con la quale, considerato che il mandato di 14 giudici del Tribunale (nella composizione a 28) scadeva il 31 agosto 2016, l'elevato numero del contenzioso e la circostanza che solo i giudici che hanno assistito all'udienza possono partecipare alla relativa decisione, si chiedeva agli Stati membri di proporre le nomine entro la fine del 2015 (cfr. doc. 7675/15 del 1° aprile 2015). Il Presidente Jaeger palesava anche l'auspicabile conferma per i giudici in scadenza di mandato, laddove nella sua lettera indicava l'esigenza di tenere in considerazione la significativa incidenza che esercita "la stabilità della composizione dell'organo giudicante sulla sua efficienza".



Note e Commenti

Cinzia Di Paolo*

I diritti delle donne in materia di interruzione volontaria di gravidanza: la situazione in Italia nella prospettiva della Carta sociale europea

SOMMARIO: 1. La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul reclamo collettivo n. 87/2012. – 2. Le argomentazioni delle parti. – 3. La soluzione indicata dal presidente Quesada e quella volta a ridurre il margine di apprezzamento dello Stato. – 4. La portata del diritto alla salute riproduttiva delle donne alla luce dell'interpretazione del Comitato europeo dei diritti sociali. – 5. Il principio di non discriminazione nel contesto del diritto alla salute. – 6. Il Comitato europeo dei diritti sociali e la Corte europea dei diritti dell'uomo: posizioni a confronto di fronte alla questione dell'interruzione volontaria di gravidanza.

1. Con la decisione resa pubblica il 10 marzo 2014, il Comitato europeo dei diritti sociali, in qualità di organo di controllo della Carta sociale europea¹, ha

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Camerino.

¹ La pronuncia (reperibile su www.coe.int) è stata emessa il 10 settembre 2013 sulla base del rapporto presentato dal membro Karin Lukas. L'attualità della decisione che si commenta si evince dal fatto che l'11 aprile 2016 è stata resa pubblica la pronuncia del 12 ottobre 2015 con la quale il Comitato europeo, tornato sull'argomento, ha confermato la sua valutazione e ha constatato la persistenza della medesima situazione messa in rilievo due anni prima. Si tratta della pronuncia (reperibile su hudoc.esc.coe.int) in merito al reclamo collettivo proposto dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contro l'Italia avente ad oggetto i risvolti in campo lavorativo della distorta applicazione della disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza (su questo reclamo si veda la nota 11). Le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali (*ex art. 8, par. 2, del Protocollo addizionale alla Carta sociale europea*) sono rese pubbliche, non prima di quattro mesi, a seguito della loro comunicazione al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Gli Stati hanno previsto un termine di pubblicazione abbastanza lungo, per avere il tempo di rimediare alla situazione che il Comitato ha valutato essere difforme alla Carta sociale europea. Successivamente il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa può emanare una risoluzione nel caso in cui lo Stato stia provvedendo ad adottare misure di adeguamento alla decisione del Comitato o una raccomandazione se lo Stato non adempie alla decisione. La Carta sociale europea è un trattato internazionale del Consiglio d'Europa, firmato a Torino nel 1961 sottoposto a revisione nel 1996 al quale si sono affiancati i Protocolli del 1988, del 1991 e del 1995; esso riconosce

interpretato il diritto alla salute e il divieto di discriminazioni, sanciti dalla Carta sociale europea, configurandoli nella realtà sociale italiana al fine di migliorare la condizione delle donne che vogliono effettuare l'interruzione della gravidanza nelle ipotesi previste dalla legge 22 maggio 1978, n. 194².

e garantisce i diritti economici e sociali e si affianca alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che garantisce i diritti civili e politici. La Carta, dunque, non è uno strumento di *soft law* contrariamente a quanto afferma una parte della dottrina: si veda al riguardo P. GORI, *Rilevanza della giurisprudenza della Corte EDU in materia sociale*, www.europearights.eu, p. 3, e di recente A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, www.osservatorio.it, p. 2, la quale afferma: "Partendo dal presupposto che il diritto di accedere all'interruzione di gravidanza vada inquadrato all'interno del diritto sociale alla salute, i reclamanti hanno agito di fronte al CEDS, le cui decisioni hanno però debole efficacia, anche per effetto dell'incerta vincolatività giuridica che attualmente caratterizza la Carta sociale europea, sia per quanto riguarda il seguito eminentemente politico delle decisioni del CEDS, sia per quanto riguarda la loro limitata (ancorché crescente) incidenza nella giurisprudenza dei giudici nazionali". L'organo competente a verificare il rispetto della Carta è il Comitato europeo dei diritti sociali, il quale esegue il controllo attraverso la procedura dei rapporti nazionali e quella dei reclami collettivi. I primi vengono redatti dagli Stati contraenti ogni due anni, mentre i secondi possono essere presentati da sindacati e organizzazioni patronali e da organizzazioni non governative internazionali e da organizzazioni non governative nazionali; per una analisi dettagliata della Carta sociale europea si veda M. D'AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERATI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali. Atti del Convegno del 18 gennaio 2013, Università degli Studi di Milano, Napoli, 2013*; F. OLIVERI, *La Carta sociale europea come "strumento vivente". Riflessioni sulla prassi interpretativa del Comitato europeo dei diritti sociali*, www.juragentium.it; M. D'AMICO, G. GUIGLIA (eds.), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*, Napoli, 2014; per una disamina del ruolo assunto dal Comitato europeo in tempo di crisi economica e sui riflessi delle sue decisioni negli ordinamenti nazionali cfr. G. GUIGLIA, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, www.rivistaaic.it. L'oggetto di questa indagine si inquadra, dunque, nell'ambito del trasferimento alle istituzioni europee da parte degli Stati delle loro competenze in campo sociale. Allo stato attuale, ci si interroga se, grazie al contributo dato dall'Unione europea e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la distinzione tra i diritti civili e politici e quelli economici e sociali non sia più così netta come si presentava un tempo. La Carta dei diritti fondamentali del 18 dicembre 2000 non produce più la tradizionale divisione tra questi diritti così come era operata nell'ambito delle Nazioni Unite nei due Patti ONU del 1966. Essa, dunque, codifica i diritti umani con una visione unitaria e interdipendente; tuttavia una parte della dottrina rileva che "sebbene la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stia assumendo crescente importanza e rilievo nella giurisprudenza della Corte di giustizia e in quella nazionale e siano sempre più numerosi i giudici degli Stati membri che operano rinvii alla Corte per chiedere orientamenti, è ancora troppo presto per trarre degli orientamenti chiari in merito all'efficacia e alla giustiziabilità dei diritti sociali ivi contenuti": cfr. A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea: diritti fondamentali?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 1173 ss. La Corte di Strasburgo si è pronunciata sul carattere unitario dei diritti umani, valutando che la Carta sociale europea può costituire fonte di ispirazione per la sua attività; la Corte non manca di richiamare le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali. Nella pronuncia oggetto di indagine, del resto, lo stesso Comitato richiama alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo; sulle interazioni tra Corte EDU e Comitato si veda G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, www.forumcostituzionale.it. Per una riqualficazione in sede europea dei diritti sociali partendo da quelli fondamentali si veda E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 9 ss.

² Si ricorda, infatti, che nell'ordinamento italiano la legge 194 all'art. 4 prevede l'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni qualora la donna accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepimento.

Il Comitato, nelle sue valutazioni, ha sottinteso un presupposto argomentativo: la scelta statale di prevedere il diritto di abortire, in situazioni definite, è intesa a soddisfare unicamente ragioni legate alla protezione della salute psico-fisica della donna e ad evitare il fattore di maggiore rischio per la salute di quest'ultima, che è senza alcuna ombra di dubbio l'aborto clandestino. In altri termini la previsione legislativa che autorizza le ipotesi di interruzione della gravidanza, negli ordinamenti in cui è prevista, non incide sulle opportunità per la donna di abortire (comunque sempre presenti attraverso la pratica dell'aborto clandestino) ma rappresenta una garanzia del diritto alla salute: quello stesso diritto sancito dall'art. 11 della Carta sociale europea, che nel caso di specie si presenta strettamente connesso con il divieto di discriminazioni sancito dall'art. E della Carta stessa³.

Più in particolare, la decisione ha inteso chiarire se il diritto all'obiezione di coscienza e il diritto per le donne ad avere il trattamento sanitario richiesto in caso di interruzione della gravidanza (nelle fattispecie previste dalla legge), – diritti ambedue tutelati dalla legge 194 – hanno trovato adeguata attuazione o se il mancato bilanciamento di interessi da essi tutelati ne abbia fatto prevalere uno a discapito dell'altro⁴.

Il Comitato dunque, come ha precisato nel corso della decisione, non è stato chiamato ad esaminare l'esistenza e la portata del diritto all'aborto, ossia a dare un giudizio sul momento in cui la vita ha inizio o se la madre e il concepito hanno uguale tutela – scelte, queste, che spettano al legislatore nazionale – bensì a valutare se la normativa in vigore, che autorizza l'interruzione della gravidanza, abbia trovato la giusta attuazione o viceversa se il diritto all'aborto sia stato impedito dalla presenza del personale sanitario obiettore di coscienza⁵.

È stata riaffermata, in tal guisa l'impostazione più volte sviluppata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, qualora lo Stato abbia fatto uso del

to. In base all'art. 6 l'interruzione della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

³ La Carta sociale europea, riveduta nel 1996, nella Parte I al punto 11 recita "Everyone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable"; l'art. 11 sancisce il diritto alla protezione della salute nei seguenti termini: "With a view to ensuring the effective exercise of the right to protection of health, the Parties undertake, either directly or in cooperation with public or private organisations, to take appropriate measures designed inter alia: 1) To remove as far as possible the causes of ill-health; 2) to provide advisory and educational facilities for the promotion of health and the encouragement of individual responsibility in matters of health; 3) to prevent as far as possible epidemic, endemic and other diseases, as well as accidents"; la lettera E prevede il divieto di discriminazioni: "The enjoyment of the rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status".

⁴ Secondo l'art. 9 della legge 194, il personale sanitario ed esercente attività ausiliarie è esonerato dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza (e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento) quando solleva obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione che deve essere comunicata al medico provinciale e nel caso di personale dipendente dell'ospedale o della casa di cura al direttore sanitario.

⁵ La decisione non ha preso posizione sul dibattito che qualifica il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza quale diritto di autodeterminazione della donna sul quale si veda M. R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 353 ss.

suo margine di apprezzamento, per adottare una legislazione che autorizza l'aborto in situazioni particolari, ha l'obbligo di vigilare affinché le donne possano rendere effettivo il loro diritto⁶. Siffatto principio, applicato nella fattispecie in oggetto, sta a significare per lo Stato l'obbligo di predisporre il proprio servizio sanitario nazionale in maniera che il diritto alla libertà di coscienza dei professionisti della sanità non si rifletta negativamente nella sfera giuridica femminile.

Fin da ora si impongono alcune considerazioni in merito alla pronuncia. Innanzitutto, possiamo dire che si è trattato di un ricorso annunciato, in quanto la situazione italiana già nel 2010 era apparsa inadeguata all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa tanto che, nella risoluzione n. 1763, l'organo aveva affermato che "Certains pays mettent en œuvre le cadre réglementaire de l'objection de conscience de manière insatisfaisante. Il existe des éléments de preuves pertinents pour (...) l'Italie par exemple"⁷.

In secondo luogo, l'importanza del tema affrontato da questa decisione, strettamente connesso con aspetti particolari di alcuni diritti civili e politici, è stato messo in rilievo dallo stesso Comitato allorché ha sottolineato che il diritto alla salute costituisce un presupposto imprescindibile per la realizzazione della dignità umana e che quest'ultima rappresenta un valore fondamentale nell'ambito dei diritti umani sia all'interno della Carta sociale europea che della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸. Ciò comporta che gli Stati sono tenuti a realizzare e fornire servizi di sanità, anche nei settori della sanità sessuale e riproduttiva, all'interno dei quali la disciplina dell'aborto non solo contribuisce alla tutela della salute della donna ma soprattutto tutela quest'ultima da mali maggiori⁹. Pertanto, se il diritto delle donne

⁶ Si veda al riguardo quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 28 novembre 2011, *R.R. c. Polonia*, riconfermato, peraltro, in altra giurisprudenza dove si nega alla donna un diritto ad abortire riconducibile al rispetto della vita privata (art. 8 CEDU) ma si riconosce alla stessa le garanzie procedurali qualora lo Stato abbia previsto il diritto ad abortire in determinate circostanze. Per margine di apprezzamento si intende l'ambito di autonomia che ciascuno Stato ha nel regolamentare temi fondanti il proprio ordinamento costituzionale.

⁷ Cfr. par. 16.

⁸ Cfr. il par. 66 della decisione in esame. Da un punto di vista più generale il diritto alla salute è strettamente collegato al diritto alla vita. L'art. 3 della Dichiarazione universale del 1948 afferma che ognuno ha il diritto alla vita. Successivamente questo diritto ha trovato riconoscimento in disposizioni di altre convenzioni formulate in termini più elastici in quanto vietano solo le privazioni arbitrarie della vita: l'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, l'art. 2 della Convenzione europea, l'art. 4 della Convenzione americana e l'art. 4 della Carta africana. Sempre in riferimento al diritto alla vita possiamo domandarci se esso includa anche il diritto alla vita del nascituro, nel qual caso dovremmo ammettere il divieto consuetudinario dell'interruzione volontaria della gravidanza. Allo stato attuale non esiste una norma internazionale generale che vieti l'aborto o istituisca il diritto all'aborto; la scelta è lasciata allo Stato. Si ricorda, tuttavia, che l'art. 4, par. 1, della Convenzione americana è l'unica norma internazionale che attribuisce espressamente il diritto alla vita al nascituro sin dal concepimento; per la Commissione inter-americana siffatta disposizione non vieta l'aborto terapeutico; dello stesso avviso è anche la Corte inter-americana dei diritti umani, ma sul punto si veda la nota 18.

⁹ La visione del Comitato sembra essere perfettamente in linea con quanto afferma l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nella risoluzione n. 1607 del 2008 concernente l'accesso ad un aborto senza rischi e legale in Europa, nel cui par. 4 si afferma: "L'Assemblée considère que l'avortement ne doit pas être interdit dans les délais de gestation raisonnables. Interdire l'avortement n'aboutit pas à réduire le nombre d'avortements: cela mène surtout à des avortements clandestins, plus traumatisants, et contribue à l'augmentation de la mortalité maternelle et/ou au développement du 'tourisme de l'a-

viene vanificato, si avranno conseguenze negative sulla loro salute: conseguenze che aumentano viepiù le donne appartengono alle categorie sociali più svantaggiate economicamente, geograficamente o per la loro condizione di fatto¹⁰.

È dunque in questa ottica, che la decisione oggetto di indagine ha preso in esame l'attuazione interna della legge italiana n. 194 del 1978 sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (IVG), al fine di valutare se i servizi da essa offerti possano definirsi adeguati sia dal punto di vista temporale (cioè forniti in tempo utile) che sulla base del rispetto del principio di non discriminazione.

Da questa serie di considerazioni, pertanto, la pronuncia si apprezza in quanto affronta un tema di particolare rilievo e delicatezza: la libertà delle donne di poter scegliere della propria vita e del proprio corpo con un'assistenza sanitaria adeguata e si apprezza altresì perché essa va ad arricchire il più generale dibattito sulla tutela della donna, che ormai da alcuni anni costituisce oggetto di attenzione da parte della comunità internazionale.

La decisione, infine, si inserisce nell'ambito del progressivo consolidamento e promozione dei diritti economici, sociali e culturali coinvolgenti il settore della sanità: diritti che, a livello internazionale, si vanno sempre più affermando in un'ottica sensibile alla specificità e al valore della differenza di genere; in un'ottica, cioè, che tiene in debita considerazione l'importanza della differenza di genere nell'attuazione di siffatti diritti. Potremmo dire che la pronuncia ha ricostruito la portata degli obblighi imposti dagli Stati dall'art. 11 della Carta sociale europea in funzione delle peculiari esigenze legate alla tutela psico-fisica della donna, con un'attenzione alle esigenze particolari della condizione femminile in un momento molto delicato quale è quello in cui deve essere interrotta una gravidanza; momento, questo, che necessita di un servizio sanitario efficiente che non crei complicanze psico-fisiche.

2. L'organizzazione non governativa *Fédération internationale pour le Planning familial – Réseau européen* (IPPF EN)¹¹ presentava un reclamo nei confronti dello

vortement', qui est coûteux, reporte le moment de l'avortement et engendre des inégalités sociales. La légalité de l'avortement n'a pas d'effet sur le besoin de la femme de recourir à l'avortement, mais seulement sur l'accès pour celle-ci à un avortement sans risque".

¹⁰ Tra le categorie che possono presentare una evidente condizione di vulnerabilità sia a causa del genere sia in virtù della loro condizione di fatto c'è quella concernente le donne migranti.

¹¹ La *Fédération internationale pour le Planning familial – Réseau européen*, organizzazione internazionale non governativa, è una delle sei strutture di attività regionali della *Fédération internationale pour le Planning familial* che è stata fondata nel 1952 in occasione della terza Conferenza internazionale sulla pianificazione familiare, tenuta a Bombay in India. Essa riunisce organizzazioni nazionali con sede in 172 Stati. Per ulteriori informazioni si veda www.ippfen.org. Questa organizzazione è competente a presentare un reclamo collettivo davanti al Comitato europeo dei diritti sociali per un periodo che va dal 1° luglio 2010 al 30 giugno 2014. La lista delle Organizzazioni internazionali non governative legittimate a introdurre reclami collettivi è reperibile nel sito internet del Consiglio d'Europa. Come già detto nella nota 1, l'11 aprile 2016 è stata resa pubblica la decisione del Comitato del 12 ottobre 2015 sul reclamo collettivo presentato dalla CGIL, registrato il 17 gennaio 2013 (n. 91/2013). La pronuncia ha accolto il ricorso ed ha accertato che l'Italia viola il diritto alla salute, il divieto di discriminazione, l'art. 1, par. 2, che tutela le condizioni di lavoro e l'art. 26 par. 2, che protegge la dignità sul lavoro. Questa decisione ha riconosciuto che la differenza di trattamento tra personale obiettore e

Stato italiano, registrato in data 9 agosto 2012, per supposta violazione dell'art. 11 della Carta sociale; per la ricorrente la norma in questione, oltre a richiedere misure appropriate e finalizzate ad eliminare le cause che rendono i servizi sanitari carenti e a prevenire le malattie, si prefigge di migliorare, con misure non solo giuridiche ma anche pratiche, ogni tipo di assistenza sanitaria accessibile soprattutto alle categorie più vulnerabili, a cui appartiene quella delle donne in stato di gravidanza.

A detta della ricorrente, le indicate finalità dell'art. 11 non sembrano essere rispettate dal disposto della legge 194 la quale, così come formulata, non è in grado di garantire in concreto alle donne un servizio sanitario abortivo nei casi disciplinati, e ciò nonostante essa si prefigga la protezione sociale della maternità e il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza. Infatti l'art. 9 della legge 194 tutela il diritto all'obiezione di coscienza spettante al personale sanitario, ma non regola le misure concrete che debbono essere prese dalle strutture sanitarie al fine di ovviare ai disagi che si verificano a causa dell'astensione dal lavoro del personale obiettore.

Per l'organizzazione, le strutture ospedaliere dovrebbero essere in grado di garantire i servizi richiesti dalle donne in ogni circostanza, a prescindere da quella che è la situazione del personale obiettore. Tutto ciò non sembra accadere nella realtà sociale italiana, in quanto, in base ai rapporti ufficiali del Ministero della Salute (presentati annualmente al Parlamento) relativi all'attuazione della legge 194, si rileva che il numero del personale medico e paramedico obiettore di coscienza in Italia ha avuto un aumento crescente attraverso gli anni. Questo fatto ha comportato che il sistema ospedaliero pubblico non disponga, allo stato dei fatti, di un numero sufficiente di personale medico e paramedico non obiettore in grado di garantire la regolare attuazione della legge; di conseguenza le difficoltà per lo svolgimento dei servizi in questione sono costanti e rilevanti¹². Le donne trovano ostacoli fisici e/o psicologici per la realizzazione delle loro richieste, con conseguenze sulla loro salute o addirittura sulla loro vita. Tutto ciò, a detta dell'organizzazione ricorrente, ha comportato che le donne “*sont contraintes de se tourner vers des établissements ou des personnes – quand il ne s'agit pas d'aller à l'étranger – qui n'offrent pas*

professionisti non obiettori – in termini di carico di lavoro, opportunità di carriera e di tutela della salute e della sicurezza – costituisce una discriminazione in violazione della Carta sociale europea. Infine, in merito all'art. 26, il diritto alla dignità sul lavoro, la decisione ha rilevato che il Governo viola questa norma nel non prevedere azioni di formazione e di sensibilizzazione preventiva per assicurare la protezione dei medici non obiettori ed evitare le possibili molestie sul lavoro.

¹² L'organizzazione ricorrente ha basato la propria valutazione sui rapporti ufficiali relativi all'attuazione della legge 194 presentati ogni anno dal Ministero della Salute al Parlamento. In particolare nel rapporto presentato nel 2011, la percentuale a livello nazionale dei ginecologi obiettori di coscienza è passata dal 58,7% nel 2005 al 70,7% nel 2009, la percentuale di anestesisti obiettori di coscienza è passata dal 45,7% al 51,7% nello stesso periodo e quella del personale paramedico è aumentata passando dal 38,6% al 44,4%: sul punto si veda la decisione, p. 30 ss. Inoltre il rapporto summenzionato fornisce i dati ufficiali sul numero totale del personale obiettore in base alle Regioni e settori geografici. In particolare viene rilevata l'elevata percentuale del personale ospedaliero obiettore di coscienza nella Regione Lombardia: 85%. L'organizzazione ricorrente, inoltre, ha richiamato i dati comunicati anche dalla Libera Associazione Italiana Ginecologi per l'Attuazione della legge 194 (LAIGA), nei quale viene evidenziato il fatto che in Italia ben 45 strutture ospedaliere non effettuano gli interventi in oggetto nonostante la presenza del reparto di ginecologia. Per il testo integrale dell'intervento del Ministro della Salute, Lorenzin, e per il dibattito in seno alla Camera dei deputati si veda www.documenti.camera.it.

toutes les garanties qu'exigent, sur le plan de la santé et de l'hygiène, les actes d'interruption de grossesse"¹³.

In buona sostanza, dai numerosi dati forniti in sede di ricorso, è dato rilevare come sia divenuta pratica frequente, per le donne intenzionate ad interrompere la gravidanza, la migrazione verso strutture situate presso altre Province, Regioni o addirittura Stati e questo fatto ha prodotto il verificarsi di una serie di discriminazioni.

L'infondatezza del ricorso viene motivata dal Governo italiano sulla base di argomentazioni interpretative delle norme di riferimento dal tenore tautologico, nonché sulla base di indagini statistiche che, in realtà, appaiono niente affatto connesse alle criticità messe in luce dall'organizzazione ricorrente.

Il Governo ha valorizzato la legge in modo avulso dalla sua concreta attuazione: l'ha decontestualizzata dalla realtà sociale; per la difesa, il dato di maggior rilievo sarebbe costituito dal fatto che nel nostro ordinamento la pratica dell'interruzione della gravidanza ha perso la sua centralità, viene richiesta in maniera ridotta; e dunque tutto ciò fa perdere di rilievo l'aumento del personale obiettore.

A comprova di ciò, il Governo ha presentato dati che evidenziano l'abbassamento del numero degli aborti, dovuto anche all'utilizzazione di nuovi farmaci che realizzano l'interruzione della gravidanza in un numero crescente di strutture sanitarie. Tutto ciò, secondo il Governo, attenua l'incidenza del numero elevato di personale obiettore e soprattutto rende la pratica abortiva tradizionale meno richiesta dalle donne; il sistema, pertanto, andrebbe nella direzione di una aumentata tutela della salute della donna.

Inoltre, in merito al buon funzionamento della legge 194, il Governo ha rilevato che l'abbassamento del numero di aborti deve esser interpretato come il risultato dell'efficienza dei centri di prevenzione e dei consultori creati dalla legge in questione.

In sintesi, dunque, per il Governo, tra i due dati rilevati – da un lato l'aumento del personale obiettore, dall'altro la diminuzione del numero degli aborti – il secondo risulterebbe senz'altro di maggior rilievo e testimonierebbe il buon funzionamento del sistema sanitario¹⁴.

A nostro avviso, siffatto ragionamento merita una considerazione: potremmo cioè dire che l'argomentazione del Governo italiano si incentra sul collegamento di due elementi che, in verità, non sono connessi tra loro e, qualora lo fossero, potrebbero anche stare ad indicare che la diminuzione delle interruzioni di gravidanza nasconde un aumento surrettizio di aborti clandestini (dato peraltro avvalorato dall'indagine ministeriale), dovuto alle difficoltà e alle lungaggini temporali che incontrano le donne nel momento in cui si rivolgono alle strutture sanitarie nazionali chiedendo di poter usufruire della legge 194. In altri termini, la diminuzione delle interruzioni di gravidanza non può esser vista quale espressione di un dato oggettivo, in quanto esiste il rischio di un aumento degli aborti clandestini che è un dato difficilmente appurabile¹⁵.

¹³ Sul punto si veda la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali, par. 80.

¹⁴ La tendenza alla diminuzione dell'IVG in Italia viene confermata anche nell'ultima Relazione annuale sull'attuazione della legge 194 trasmessa dal Ministro della Salute al Parlamento, reperibile su www.biodiritto.org.

¹⁵ E dunque il Governo non solo non ha saputo fornire una prova contraria alle argomentazioni della ricorrente ma ha anche dimostrato di non aver effettuato un adeguato monitoraggio della situazione.

3. La decisione che si commenta ha constatato l'esistenza della violazione dell'art. 11 della Carta sociale e ha ritenuto che la situazione italiana crei discriminazioni di diverso genere sulla base di considerazioni che esamineremo nel prosieguo dell'indagine. Il Comitato, tuttavia, avrebbe potuto adottare soluzioni di differente tenore, che sono state messe in rilievo nelle opinioni di due membri del Comitato – il presidente Quesada e il membro Stangos – che sono allegate alla decisione; ad esse pare opportuno innanzitutto fare riferimento.

Nella sua opinione dissidente, il presidente Quesada si è discostato dall'impostazione scelta dal Comitato. Egli avrebbe preferito una decisione che si fosse attenuta a quanto richiesto dall'organizzazione ricorrente: nella pronuncia, cioè, ci sarebbe dovuta essere maggiore attenzione alla corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Come ha rilevato lo stesso presidente, il *petitum* del reclamo si incentrava sull'inadeguatezza dell'art. 9 della legge 194 nel bilanciare il diritto all'interruzione della gravidanza e il diritto all'obiezione di coscienza, in quanto il disposto legislativo ha favorito una crescita eccessiva di obiettori di coscienza che ostacolano l'attuazione del servizio. Il rilievo che l'organizzazione ha mosso alla disposizione legislativa consisteva, dunque, nella mancanza di strumenti *ad hoc* volti ad assicurare alle donne l'accesso effettivo alle procedure di interruzione della gravidanza per via della presenza di personale ospedaliero obiettore.

Sul punto, il presidente ha ricordato la funzione che il Comitato deve svolgere: la valutazione della legittimità della legislazione e della prassi di uno Stato con la Carta sociale può generare una nuova legislazione, prassi o giurisprudenza; tuttavia Quesada ha rilevato che nel caso di specie manca ogni difformità tra la legge in questione e le norme della Carta sociale europea. La legge, infatti, concilia i diversi valori da essa tutelati, prevedendo strumenti di attuazione quali il ricorso a personale esterno non obiettore di coscienza e la conclusione di convenzioni tra le strutture sanitarie pubbliche e quelle private al fine, appunto, di garantire il servizio in ogni contesto, nel rispetto del diritto alla salute previsto dall'art. 11 della Carta sociale.

Inoltre, in base all'opinione del presidente, l'organizzazione non sarebbe riuscita a dimostrare la difformità da essa eccepita, non avrebbe addotto prove delle difficoltà incontrate dalle donne, non sarebbe riuscita ad evidenziare fattispecie concrete che, a causa dell'impossibilità ad interrompere la gravidanza, abbiano subito ripercussioni negative sulla integrità psico-fisica delle donne stesse.

Questo *deficit* di informazioni, del resto, veniva evidenziato anche dalla XII Commissione permanente Affari Sociali della Camera nel corso dell'esame delle informazioni riguardanti il 2011 e il 2012 contenute nella Relazione sullo stato di attuazione della legge 194 del 13 settembre 2013, reperibile su www.salute.gov.it. La Commissione nella seduta del 6 marzo 2014 approvava una risoluzione (*ex art.* 124 regolamento Camera dei deputati) con la quale impegnava il Governo, in attesa dei risultati del tavolo tecnico avviato dal Ministero della salute con gli assessori regionali per il monitoraggio dello stato di attuazione delle norme per la tutela della maternità e per l'IVG, a porre in essere tutte le azioni necessarie per un monitoraggio più puntuale, aggiornato analitico e coerente. In sintesi, dunque, possiamo dire che due giorni prima della decisione del Comitato europeo, la Commissione Affari Sociali sollevava il problema della determinazione del bacino di utenza ragionevole della prestazione garantita dalla legge 194, della verifica dei presidi ospedalieri che effettuano il servizio e del percorso di accesso al servizio da parte dell'utente. Al Governo veniva dunque richiesto di verificare se i livelli essenziali delle prestazioni (LEP, intesi come condizioni cui è subordinato l'accesso alle prestazioni mediche) fissati dalla legge 194 venissero rispettati. Sulle problematiche concernenti i LEP si veda la nota 27.

Di diverso tenore sono state le considerazioni del membro Stangos il quale, pur votando a favore della decisione adottata, non ne ha condiviso le motivazioni e ha prospettato alcune argomentazioni che rimettono in discussione il margine di apprezzamento dello Stato. In particolare, questo membro si è domandato se la legge in questione offra reali opportunità di scelta per quelle donne che intendono interrompere la loro gravidanza o piuttosto se essa crei condizionamenti lesivi della dignità delle donne stesse. In altri termini viene sollevato il problema della perfetta autonomia della legge rispetto a scelte etiche e morali e dell'eventuale conformità di queste ultime con l'autodeterminazione e il benessere della donna.

A detta di Stangos, dall'esame combinato degli articoli 4 e 5 della legge 194 si ricava che alla previsione, dal tenore ampio e articolato, della possibilità per la donna di effettuare l'interruzione volontaria della gravidanza nei primi novanta giorni (qualora la sua "prosecuzione il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito") fa seguito una procedura istituzionale volta prevalentemente a neutralizzare le cause che sono alla base della scelta della donna¹⁶. In altri termini la formulazione delle disposizioni evidenzerebbe lo zelo del legislatore italiano nel rimuovere le difficoltà incontrate dalle donne e nel favorire il mantenimento dello stato di gravidanza¹⁷.

A ciò si deve aggiungere, secondo l'opinione in questione, che le donne, all'interno dei consultori, debbono seguire una procedura che procura loro eccessive sollecitazioni di carattere psicologico, con possibili ripercussioni negative sia sulla loro dignità e integrità personali che sulla loro salute psicologica.

Il legislatore si indirizzò a favore del diritto della donna, ma di fatto lo limitò creando un meccanismo volto al superamento delle difficoltà femminili di natura fisica, psichica ed economica al fine di farla desistere dal suo intendimento di interrompere la gravidanza. In sintesi il legislatore effettuò una scelta di campo conforme ai valori predominanti nella società degli anni '80; questa scelta, secondo Stangos, allo stato attuale andrebbe rivista, in considerazione del fatto che, negli ordinamenti degli Stati europei, è possibile rilevare un orientamento volto ad ampliare le condizioni di accesso all'interruzione della gravidanza¹⁸. Di conseguenza, in base

¹⁶ Infatti i consultori e le strutture socio-sanitarie ai quali deve rivolgersi la donna – previsti dall'art. 5 – hanno il compito di "esaminare le possibili soluzioni dei problemi proposti e di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre e di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendo tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto". Solamente in una fase successiva il medico di fiducia della donna, dopo aver compiuto gli esami necessari e sulla base dell'esito degli accertamenti, di cui sopra, riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento e rilascia un certificato attestante l'urgenza con il quale la donna potrà rivolgersi ad una delle sedi autorizzate a praticare l'interruzione della gravidanza.

¹⁷ Alla luce di siffatta impostazione Stangos dava spiegazione alle argomentazioni addotte dal Governo italiano che si sono limitate a sottolineare la riduzione degli aborti e hanno sottovalutato l'aumento del numero del personale obiettore.

¹⁸ Sul punto Stangos richiama il caso *R.R. c. Polonia* che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha risolto con sentenza definitiva del 26 maggio 2011, par. 186. In verità, va precisato che la propensione degli Stati europei a favore del trattamento di interruzione della gravidanza, rilevata da Stangos, per ora

a siffatto orientamento, la legge dovrebbe essere censurata perché eccessivamente influenzata da ideologie lesive della dignità della donna.

4. La pronuncia ha confermato la competenza del Comitato chiarendo che il tema in oggetto verte sul diritto alla salute delle donne in concomitanza alle procedure di interruzione della gravidanza: le quali costituiscono una forma di trattamento medico connesso al benessere personale.

Nell'ordinamento italiano siffatto trattamento richiede l'attuazione della legge 194 e cioè l'emanazione di adeguate misure che garantiscono l'accesso effettivo ai servizi sanitari. Di conseguenza la posizione giuridica delle donne, generata da siffatto disposto normativo, può essere sussunta all'interno dell'ambito applicativo dell'art. 11 della Carta sociale europea.

Quanto al diritto di interrompere la gravidanza, come previsto dal nostro legislatore, la decisione ha precisato che esula dalla competenza del Comitato valutare le scelte che rientrano nel margine di apprezzamento dello Stato e dare un giudizio di merito sulla soluzione adottata dal legislatore. Con siffatto indirizzo la pronuncia si è posta perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: secondo la quale la natura e le forme di tutela della donna si sviluppano nel momento in cui la materia viene regolamentata, restando così, in capo al legislatore nazionale, un ampio margine di discrezionalità nel decidere se e come intervenire e nel valutare le condizioni che debbano sussistere al momento dell'intervento di interruzione della gravidanza¹⁹.

non ha mutato quello che per la Corte europea costituisce l'unico obbligo positivo per gli Stati membri consistente nel dare la possibilità alla donna di ricorrere all'aborto per garantire la tutela effettiva della sua "physical and psychological integrity", affermato nella sentenza del 20 marzo 2007 concernente il caso *Tysiac c. Polonia*, par. 107. L'orientamento fin qui descritto è stato condiviso anche dalla Corte interamericana dei diritti umani nella vicenda che ha coinvolto lo Stato di El Salvador dove la legislazione vieta l'interruzione della gravidanza dal 1999. La Corte, nell'ordinanza sulle misure cautelari del 29 maggio 2013, ha sollecitato lo Stato di El Salvador ad autorizzare i medici a porre in essere tutte le cure mediche, incluse quelle abortive, necessarie per salvare la vita a una ragazza che aveva fatto ricorso alla Corte suprema statale senza veder riconosciuto il diritto ad abortire. Questo medesimo caso è stato oggetto di indagini da parte di un gruppo di esperti delle Nazioni Unite che in un documento del 4 giugno 2013 ha sollecitato lo Stato in questione a modificare la propria legislazione ed ha considerato che la decisione della Corte suprema statale, che obbligava la ragazza a continuare la gravidanza, viola gli obblighi internazionali ratificati da El Salvador: in particolare l'art. 12 del Patto sui diritti economici e sociali che prevede il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale e l'art. 12 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna che obbliga gli Stati ad assicurare alle stesse, in condizione di parità tra uomo e donna, i mezzi per accedere ai servizi sanitari, compresi quelli che si riferiscono alla pianificazione familiare, (il documento è reperibile su www.ohchr.org).

¹⁹ Con siffatta presa di posizione la Corte europea è in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza interna; si veda la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 27 del 1975 e quella del *Tribunal Constitucional* spagnolo n. 53 del 1985. A differenza di quanto accaduto nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, in materia di interruzione volontaria della gravidanza la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha ampliato la portata del concetto di vita privata e familiare ricavabile dall'art. 8 della Convenzione al fine di rinvenire un diritto della donna ad abortire; nella sentenza della Grande camera del 16 dicembre 2010, *A., B. e C. c. Irlanda*, par. 214, la Corte afferma "Article 8 cannot (...) be interpreted as conferring a right to abortion". Per quanto concerne la posizione della Corte europea si veda anche la nota 6. Ed ancora la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma: "a broad margin of

Precisato ciò, la decisione ha valutato se lo Stato assicuri le condizioni normative e i meccanismi istituzionali-procedurali in grado di garantire l'effettiva attuazione del diritto, nel rispetto dei tempi previsti dalla legge. Anche il fattore temporale, che per la legge 194 rappresenta un elemento determinante per l'interruzione della gravidanza, è stato incluso tra gli indici di riferimento²⁰.

La pronuncia inoltre ha affermato che costituisce un obbligo positivo dello Stato organizzare i servizi per l'interruzione volontaria della gravidanza, nei casi previsti dalla legge, in modo da soddisfare i bisogni delle pazienti affinché esse non trovino difficoltà e ostacoli. Trattandosi di attività non prevedibile, lo Stato nelle strutture preposte a siffatto intervento deve garantire la presenza costante di personale non obiettore che soddisfi ogni richiesta di intervento²¹. Per l'organo di controllo quindi, la legge italiana troverà attuazione nel rispetto dell'art. 11 della Carta sociale europea solo laddove le richieste di interruzione volontaria della gravidanza, conformi alla legge 194, siano garantite in tutti i casi, nonostante la presenza di personale sanitario obiettore di coscienza.

La soluzione scelta nella decisione si presenta molto rigorosa, amplia la disponibilità dei servizi, migliora l'accessibilità agli stessi dal punto di vista della distanza e soprattutto garantisce la funzionalità del servizio. Solo l'adeguata presenza in tutte le strutture di personale non obiettore potrà realizzare un servizio efficiente, in grado di evitare che alcune di esse siano oberate a causa del fatto che altre non erogano il servizio²².

Alla luce delle argomentazioni sin qui esposte, la decisione ha messo in rilievo che la causa di elusione del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza non è rinvenibile nel tenore delle disposizioni legislative né nella presenza eccessiva di personale obiettore, bensì nella cattiva organizzazione delle strutture ospedaliere che non assicurano l'adeguata presenza di personale che effettua l'aborto. La decisione ha ravvisato pertanto l'esistenza di gravi problemi attuativi della legge (problemi che il Governo non ha confutato in nessun modo) ed inoltre ha constatato l'esistenza di carenze e difficoltà incontrate dalle donne nell'ambito delle prestazioni sanitarie che vanno a detrimento della loro salute e del loro benessere. Essa infine ha accertato una situazione cristallizzata in cui le autorità pubbliche (sta-

appreciation is accorded to the State as to the decision about the circumstances in which an abortion will be permitted in a State" (par. 249).

²⁰ Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nella raccomandazione n. 21 del 1999, ha messo in luce l'importanza di una adeguata assistenza sanitaria data senza ritardi; inoltre esso ha affermato che l'accesso ai trattamenti sanitari deve essere fondato su criteri trasparenti, prefissati a livello nazionale, che tengano conto dei rischi di deterioramento tanto in termini clinici che in termini di qualità della vita.

²¹ Il Comitato si esprime nei seguenti termini: "abortions requested in accordance with the applicable rules are performed in all cases" e nella versione francese "les avortements demandés dans le respect des règles applicables soient pratiqués en toutes circonstances". Il presidente Quesada non condivide questo tipo di approccio così rigoroso, che richiede il rispetto della norma a tolleranza zero e se adottato dovrebbe essere applicato *mutatis mutandis* in ogni circostanza.

²² È facilmente intuibile, infatti, che nelle strutture dove si pratica il servizio confluiscono le richieste di tutte le altre aree dove non è possibile avere la prestazione. Una conseguenza ulteriore di tutto ciò è rappresentata dalla discriminazione dei lavoratori non obiettori rilevata dal Comitato europeo nella decisione resa pubblica l'11 aprile 2016, nella quale viene constatato come essi siano svantaggiati in termini di carico di lavoro, di ripartizione dei compiti e di possibilità di carriera (cfr. paragrafi 243-245).

tali e regionali) e le strutture ospedaliere non sono più in grado di rimediare²³. Più precisamente si tratta di una situazione che, a tutt'oggi, è rimasta immutata nonostante siano trascorsi due anni dalla decisione che si commenta, come ha rilevato il Comitato europeo nella decisione resa pubblica l'11 aprile 2016.

5. Il reclamo ha sollevato la violazione del divieto di discriminazione. Sul punto la decisione ha ricordato che la Carta sociale europea all'art. E vieta sia le discriminazioni dirette che quelle indirette perpetrate nei settori di sua competenza e che, per aversi discriminazione, la differenza di trattamento non deve essere fondata su motivi e/o situazioni oggettivi, cioè non suscettibili di valutazione²⁴.

L'organizzazione aveva constatato l'esistenza di due tipi di discriminazioni: quelle economiche e territoriale poiché la mancanza della presenza di personale sanitario non obiettore in tutti gli ospedali costringe la donna a spostarsi e ciò fa sì che l'accesso all'IVG venga negato alle donne che non hanno le risorse adeguate a raggiungere la struttura che fornisce il servizio, e quelle discriminazioni che coinvolgono le donne interessate all'applicazione della legge 194 – senz'altro più svantaggiate – rispetto a tutte le altre persone uomini e/o donne potenziali utenti degli altri servizi sanitari. In altri termini era stato eccepito che gli utenti richiedenti le prestazioni sanitarie di altro genere non incontrano gli ostacoli delle donne ex legge 194.

Sul punto la decisione ha ritenuto che i due differenti motivi di discriminazione siano strettamente connessi tra loro e non debbano essere considerati in maniera separata; ossia essa ha rilevato che nella situazione italiana si verificano forme di

²³ La situazione di difficoltà è riassunta dal Comitato nei termini seguenti: diminuzione del numero degli ospedali pubblici e di centri di sanità nei quali le procedure di interruzione della gravidanza sono praticate a livello nazionale, un importante numero di ospedali dove, anche se è presente un servizio di ginecologia non ci sono dottori non obiettori di coscienza e cioè zone geografiche di ampia portata dove i servizi di interruzione non sono disponibili, forte squilibrio tra il numero di membri del personale di sanità competente non obiettore e le domande di interruzione di gravidanza: fattore, questo, che produce dei tempi di attesa eccessivi per accedere ai servizi di interruzione di gravidanza, mancata sostituzione del personale non obiettore non disponibile sia momentaneamente (ferie, malattia) che in maniera definitiva (pensionamento) che pregiudica la continuità del servizio, rinvii di aborti per carenza di personale, rifiuto da parte di membri del personale medico di fornire servizi necessari prima o dopo l'interruzione della gravidanza; questa situazione viene confermata nella decisione resa pubblica l'11 aprile 2016 nel par. 174.

²⁴ Il divieto di discriminazioni è stato oggetto di analisi nel Rapporto dell'Alto Commissario per i diritti umani e nello *Statement* del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali (*Report of the United Nations High Commissioner for Human Right to ECOSOC*, UN Doc E/2007/82 del 25 giugno 2007, e *Statement by the Committee on ESCR: An evaluation of the maximum of available resources under an optional protocol to the Covenant*, UN Doc. E/C.12/2007/1 del 10 maggio 2007); per un commento su entrambi i documenti si veda F. COSTAMAGNA, *Realizzazione progressiva dei diritti economici, sociali e culturali e migliore utilizzo delle risorse disponibili*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 167, in cui si afferma: "Entrambi i documenti sottolineano come il divieto di discriminazione sia suscettibile di immediata applicazione e debba necessariamente informare tutte le misure adottate dagli Stati per la piena realizzazione dei diritti ESC"; si tratta di diritti che non dovrebbero risentire del mutamento della disponibilità economica degli Stati; sul problema della discriminazione nei confronti delle donne di veda in generale C. MAFFEI, *La condizione della donna tra protezione e divieto di discriminazione*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 185 ss.

discriminazione sovrapposte, trasversali e multiple. In tal guisa alcune categorie di donne in Italia ricevono trattamenti penalizzanti, hanno difficoltà di accesso ai servizi sanitari come conseguenza del loro genere, del tipo di prestazione richiesta e della loro situazione economica, territoriale o esistenziale²⁵.

Qualche considerazione merita, in particolare, un aspetto che in verità appare poco approfondito nella decisione; quello concernente la discriminazione territoriale: cioè quella che verrebbe a prodursi tra le donne che si trovano in prossimità del luogo in grado di effettuare le interruzioni della gravidanza e tutte le altre che non godono di siffatta vicinanza.

La decisione, infatti ha ritenuto che, nella fattispecie, si siano create discriminazioni *tout court* senza peraltro delinearne la nozione. Al riguardo, tuttavia, non sembra possa essere accolta l'idea secondo cui la discriminazione sia la conseguenza della mancanza di personale sanitario non obiettore in tutti gli ospedali italiani, come sostiene l'organizzazione ricorrente in sede di reclamo. Considerazioni di siffatto tenore avallerebbero l'erronea pretesa – in quanto non confermata sia in sede giurisprudenziale che dottrinale – che ogni individuo ha diritto ad avere qualsiasi prestazione sanitaria in prossimità del proprio luogo di residenza²⁶. Infatti per le prestazioni afferenti ai diritti civili e sociali, tra le quali viene inclusa anche quella prevista dalla legge 194, i livelli essenziali devono essere garantiti dalle Regioni allo stesso modo su tutto il territorio nazionale in base all'art. 117, par. 2, della Costituzione, e ciò comporta esclusivamente che le prestazioni di contenuto minimo uniforme vengano garantite su tutto il territorio italiano²⁷.

Inoltre, volendo puntualizzare la questione in termini di discriminazioni, dobbiamo dire che la comparazione giuridica costituisce un elemento fondamentale e ciò trova conferma sia nell'ambito del sistema del Consiglio d'Europa che in quello dell'Unione europea. In altri termini nel giudizio di valutazione delle discriminazioni il punto di partenza della giurisprudenza internazionale consiste nel valutare le situazioni poste a confronto. La lamentata disparità di trattamento, cioè, richiede il termine di paragone, in quanto le situazioni debbono avere l'attitudine ad essere comparate: altrimenti la stessa diversità delle fattispecie finirebbe per fornire una giustificazione alla differenza di trattamento²⁸.

²⁵ In questo senso il Comitato condanna il 'turismo abortivo' evidenziato anche da S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 56.

²⁶ Sulla formulazione del reclamo si veda la corrispondenza della versione inglese con quella francese "This discrimination is based on the fact that, due to the lack of a guaranteed presence of non-objecting medical personnel in all public hospitals, women are forced to move from one institution to the next in order to find one that can guarantee access to termination procedures", "Cette discrimination vient de ce que, faute de pouvoir compter sur la présence de praticiens non objecteurs de conscience dans tous les hôpitaux publics, les femmes sont contraintes de s'adresser à différents établissements jusqu'à trouver celui qui leur garantira l'accès à l'interruption de grossesse".

²⁷ Sul punto cfr. F. GRANDI, *L'abbandono dei LEP alle Regioni: il caso dell'interruzione volontaria di gravidanza*, www.osservatorio.it, p. 3. La materia è disciplinata dal d.P.C.M. 29 novembre 2001.

²⁸ Per un esame approfondito della questione cfr. G. P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013, p. 253 ss., e C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008. Del resto anche la Corte costituzionale richiede che, nel proporre una questione che si fondi sul principio di eguaglianza, venga indicato il termine di paragone rispetto al quale si lamenta la disparità di trattamento: sul punto si veda S. BARTOLE,

Nel caso in questione, il Comitato sembra aver seguito lo stesso metodo di indagine: esso ha individuato d'ufficio i termini del confronto nelle due situazioni comparate dalla stessa legge 194: i servizi di ostetricia e ginecologia e quelli di IVG. Infatti nel bilanciamento tra diritto ed obiezione all'aborto il comma 4 dell'art. 9 della legge 194 sancisce che gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate (in quanto dotate di servizi di ostetricia e ginecologia) siano tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure di interruzione della gravidanza secondo le modalità della legge, e impone alle Regioni di controllarne e garantirne l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale.

Alla luce di ciò la decisione ha comparato situazioni già messe a confronto dalla disciplina normativa; l'affinità tra le due è data dal fatto che i servizi realizzano i diritti delle donne concernenti la sfera sessuale riproduttiva e si avvalgono dello stesso tipo di struttura ospedaliera. Per la decisione trattasi di diritti che meritano la stessa tutela e attuazione; ciò comporta che i punti nascita debbano coincidere con le strutture in cui si effettua l'IVG. È in questa ottica dunque che, per il Comitato, il fenomeno discriminatorio può essere evitato solo attraverso la garanzia che il servizio di interruzione di gravidanza venga erogato in tutti i reparti di ostetricia e ginecologia, come già detto nel paragrafo precedente.

Quanto fin qui detto, in merito alle situazioni poste a raffronto, trova un'ulteriore conferma nella Relazione del Ministro della Salute del 15 ottobre 2014, successiva alla pronuncia del Comitato e avente ad oggetto l'attuazione della legge 194. In essa, tra le varie questioni, il Ministro ha esaminato l'impatto che l'obiezione di coscienza ha prodotto sull'offerta del servizio, confrontando il numero delle strutture di ricovero con reparto di ginecologia e i punti IVG esistenti in ogni regione. La Relazione è giunta ad una soluzione differente da quella suggerita dalla decisione che si commenta: nonostante il servizio IVG sia erogato soltanto sul 64% del totale delle strutture di ostetricia e ginecologia esistenti a livello nazionale, essa ha ritenuto che la copertura fosse più che soddisfacente. Ciò facendo il Governo, ancora una volta, ha avallato e approvato la situazione discriminatoria evidenziata dal Comitato²⁹.

L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni, in Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza. Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova, 2002, p. 35 ss.

²⁹ La Relazione del Ministro della Salute del 15 ottobre 2014 ha sottolineato questioni già evidenziate in passato, concernenti il fatto che l'obiettivo primario della sanità pubblica è rappresentato dalla prevenzione dell'IVG e che in Italia si conferma la tendenza storica alla diminuzione dell'IVG; tendenza che diviene ancor più evidente se dai dati relativi alle donne italiane si scorporano quelli concernenti le straniere. Inoltre, la Relazione ha individuato tre parametri che sintetizzano il monitoraggio in atto tra le Regioni, il Ministero della Salute e l'Istituto Superiore di Sanità. Essi hanno evidenziato: 1) l'offerta del servizio IVG in relazione al numero assoluto di strutture disponibili; 2) l'offerta del servizio IVG in relazione alla popolazione femminile in età fertile e ai punti nascita; 3) l'offerta del servizio in relazione al diritto di obiezione di coscienza degli operatori (carico di lavoro medio settimanale di IVG per ogni ginecologo non obiettore). In merito al primo parametro, la Relazione ha ritenuto che solo in due Regioni molto piccole si ha un numero di punti IVG inferiori al 30% delle strutture censite, mentre per le altre la copertura è risultata più che soddisfacente. Pertanto la Relazione sulla base di un'indagine nazionale ha mostrato elementi di soddisfazione e ha tralasciato quei criteri di riferimento che appaiono maggiormente affini al ragionamento del Comitato, in quanto capaci di evidenziare problematiche e specificità locali. Tali criteri sono: la densità della popolazione residente, la distanza da una struttura ospedaliera ad un'altra praticanti entrambe l'IVG, le difficoltà di spostamento tra esse, sia in ragione delle possibi-

L'aspetto maggiormente rilevante della decisione che si commenta, tuttavia, è rappresentato, a giudizio di chi scrive, dal riconoscimento che la cattiva attuazione della legge ha prodotto una situazione dal seguente tenore: le donne che richiedono l'interruzione della gravidanza, nelle fattispecie previste dalla legge, solo se fortunate possono avere la struttura sanitaria disponibile e nelle loro vicinanze, in caso contrario si trovano costrette a rivolgersi presso centri sanitari situati in altra regione o provincia, se non fuori dai confini italiani. Tutto ciò può comportare che le donne affrontino costi significativi che vanificano la gratuità del servizio e il rispetto del dato temporale richiesto dalla legge. Questa situazione di difficoltà può condizionare le scelte delle donne, principalmente di quelle che si trovano in situazioni più svantaggiate, con il rischio che si verifichi una recrudescenza degli aborti clandestini³⁰.

Alla luce di ciò la pronuncia ha constatato l'esistenza di una violazione dell'art. 11 in combinazione con l'art. E della Carta sociale europea.

Inoltre la decisione ha sottolineato la situazione di difficoltà di quella categoria di donne, particolarmente vulnerabili, esposte a forme di discriminazione sia a causa del genere che in virtù della loro condizione di fatto: le donne immigrate che, in base ai dati definiti del 2012, costituiscono un terzo delle donne che hanno effettuato una IVG³¹.

Con siffatto riferimento inclusivo delle donne migranti regolari e non, il Comitato, confermando la sua precedente giurisprudenza, si è soffermato sul disagio di una categoria che esula dalla portata della propria competenza; esso ha ritenuto dunque di non poter ignorare la realtà sociale in nome del rispetto della norma sulla propria competenza. Si ricorda infatti che il par. 1 dell'Annesso della Carta sociale, circa la portata *ratione personarum* di questo strumento giuridico, esonera gli Stati dal rispetto dei diritti sociali nei confronti degli stranieri cittadini di Stati non aderenti alla Carta sociale europea e degli stranieri di Stati parti che sono migranti irregolari³². Di certo non è sfuggito al Comitato che quest'ultima categoria è quella per

lità economiche delle utenti, sia della morfologia del territorio. La Relazione concludeva dicendo che gli eventuali problemi concernenti l'accesso al percorso IVG sono dovuti ad una inadeguata organizzazione territoriale, che attualmente sarà più facile individuare dopo il monitoraggio con le Regioni. In sintesi, dunque, possiamo dire che sia il criterio della copertura soddisfacente sia quello elaborato dalla Commissione Affari Sociali (si veda la nota 15), concernente il bacino di utenza ragionevole, indicano che i nostri organi istituzionali prediligono criteri alquanto aleatori, poco adatti a risolvere in concreto il problema della corretta applicazione della legge 194.

³⁰ Al riguardo si ricorda quanto sancito dal Preambolo della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979, in cui si afferma la seguente preoccupazione: nelle situazioni di povertà le donne accedono in misura minima agli alimenti, ai servizi medici, alla educazione, alla formazione, alle possibilità di impiego ed alla soddisfazione di altre necessità.

³¹ Il dato è preso dall'analisi delle caratteristiche delle donne che hanno effettuato una IVG nel corso dell'anno 2012, riportata nella Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della legge 194 del 15 ottobre 2014. Riguardo alla condizione delle donne immigrate la dottrina parla della c.d. 'doppia marginalizzazione': cfr. F. MORRONE, *La violenza contro le donne migranti, tra strumenti normativi di cooperazione e prassi internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 55 ss. Per un approfondimento del concetto di 'vulnerabilità' connesso alla condizione di migrante si vedano le attività del Gruppo di lavoro di esperti sui diritti umani dei migranti, nominato dalla ex Commissione dei diritti umani nel 1997 oggi Consiglio dei diritti umani (*Migrants and human rights*, UN Doc. E/CN.4/1997/15 del 3 aprile 1997, par. 3).

³² Il par. 1 è così formulato: "Con riserva delle norme dell'art. 12, paragrafo 4, e dell'art. 13, le persone di cui agli articoli 1 a 17 e 20 a 31 comprendono gli stranieri solo nella misura in cui si tratta di

la quale gli Stati hanno più resistenze in termini di applicazione dei diritti sociali; tuttavia esso non ha esitato ad estendere la sua tutela a soggetti realmente bisognosi non inclusi tra quelli previsti dalla Carta sociale europea. Ciò in quanto ha valutato che la questione verteva su diritti la cui mancata attuazione può determinare un grave pregiudizio per alcuni beni essenziali per la persona quali la vita, l'integrità fisica e la dignità umana e ha ritenuto opportuno mettere in luce il problema della cattiva attuazione della legge 194 anche e soprattutto nei confronti delle donne migranti regolari e non, trattandosi di una categoria che per la sua vulnerabilità risente ancor prima delle altre allorché si verifica l'indebolimento dei diritti³³.

A questo punto sembrano doverose alcune considerazioni d'insieme sulla decisione.

Innanzitutto nel rilevare il diverso orientamento mostrato dalla decisione rispetto alle due opinioni allegate, potremmo dire che l'organo, nella soluzione del caso, ha accolto un approccio sostanzialista nel senso che non si è arrestato di fronte al rilievo formale sollevato dal presidente Quesada della mancata difformità tra la mera formulazione della legge e il contenuto dell'art. 11 della Carta sociale europea. In altri termini se il Comitato si fosse attenuto al *petitum* della domanda, così come formulato dall'organizzazione ricorrente, non avrebbe potuto rilevare alcuna violazione in quanto il dettato legislativo, oltre ad attribuire il diritto, prevede anche un adeguato sistema di implementazione per la realizzazione dello stesso. Ed è in questo senso che la decisione ha affermato che non è la legge che ha generato un numero troppo elevato di personale obiettore, tanto da rendere inattive le strutture ospedaliere, ma ciò che realmente ha condotto al formarsi della situazione di grave disagio e rischio per le donne è stata la inadeguata attuazione della legge stessa³⁴. La pronuncia ha dunque esaminato il problema nella sua sostanza effettuando una valutazione degli interessi in gioco. Essa sulla base di considerazioni logiche-

cittadini di altre parti che risiedono legalmente o lavorano regolarmente sul territorio della parte interessata, con l'intesa che gli articoli in questione saranno interpretati alla luce delle norme degli articoli 18 e 19". Per una attenta indagine sulla inadeguatezza della portata *ratione personarum* della Carta, qui evidenziata, e per le decisioni del Comitato europeo volte a non escludere da ogni protezione i migranti c.d. irregolari, si veda G. PALMISANO, *Sui limiti di applicazione della Carta sociale europea in termini di persone protette*, in *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, cit., p. 39 ss.

³³ Si tratta dell'obbligo di realizzare le *minimum core obligations* la cui importanza era già stata più volte messa in rilievo dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturali (v. *General Comment No. 3, The Nature of States Parties Obligations*, UN Doc. E/1991/23 del 1° gennaio 1991, Annex III, par. 9, e *General Comment No. 14 – Article 12: The Right to the Highest Attainable Standard of Health*, UN Doc. E/C. 12/2000/4 dell'11 agosto 2000, paragrafi 43-44).

³⁴ E dunque la decisione non ha inteso limitare in alcun modo la portata del diritto all'obiezione di coscienza; ma su questo punto sembra essere di opinione opposta una parte della dottrina (M. DI MASI, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: il Consiglio d'Europa ammonisce l'Italia*, www.questionegiustizia.it p. 5.) secondo la quale "la pronuncia del Comitato europeo dei diritti sociali dovrebbe spingere l'Italia a riconsiderare la portata del diritto all'obiezione di coscienza", e ancora "Di qui, in definitiva, la necessità di ripensare il meccanismo dell'obiezione di coscienza, che se era plausibile nell'immediata emanazione della legge sull'IVG, appare quantomeno discutibile a più di trent'anni dalla sua vigenza, in considerazione del fatto che il personale sanitario neoassunto che decide di specializzarsi in ostetricia e ginecologia è consapevole di potersi trovare in conflitto di coscienza a causa degli interventi abortivi, per cui può anticipatamente optare per altra specializzazione sanitaria, così tutelando la propria libertà religiosa e di pensiero, senza ledere la libertà e la salute delle donne richiedenti l'IVG"; in verità a noi sembra che se il legislatore limiterà la portata dell'istituto dell'obiezione di coscienza non lo farà di certo su impulso del Comitato europeo.

deduttive ha convenuto che, per forza di cose, le donne che richiedono il servizio in altre province, regioni o in altri Stati diversi rispetto a quello di residenza affrontano disagi e costi economici, vanno incontro alla decorrenza dei tempi entro i quali può essere esercitato il diritto e tutto ciò fa aumentare la probabilità che esse ricorrano allo strumento senz'altro più dannoso per la loro salute, e cioè l'aborto clandestino. Il Comitato, cioè, trovatosi meno imbrigliato dalle regole procedurali di un organo giurisdizionale, ha superato il *petitum* della domanda e ha evidenziato le difficoltà della società italiana.

In secondo luogo per l'organo di controllo le considerazioni sin qui esposte sono talmente evidenti nella loro fondatezza logica da non richiedere alla parte proponente esempi di donne, pregiudicate nei loro diritti, che hanno adito le vie giurisdizionali.

Alla luce delle suesposte indicazioni la decisione ha fornito un contributo in un settore politicamente sensibile coinvolgente questioni etiche o morali senza travalicare la scelta effettuata dallo Stato e dunque nel rispetto dell'elevato margine di apprezzamento che resta pur sempre di competenza statale. In sintesi, essa ha effettuato una perfetta integrazione tra il diritto in vigore e la situazione sociale di genere con una attenzione particolare alle classi più vulnerabili³⁵.

³⁵ Come già anticipato nella nota 1, nel caso in cui il Comitato europeo dei diritti sociali constati la violazione, lo Stato è tenuto a notificare al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa le misure prese o che intende prendere per uniformare la situazione nazionale alla Carta europea dei diritti sociali. Il Governo italiano il 18 marzo 2014 ha fornito le informazioni secondo le quali si ribadisce che la ripartizione disuguale dei medici non obiettori rientra nel problema della diversità tra Regioni in quanto a queste ultime spetta la gestione della sanità. Inoltre esso riferisce che il presidente del Consiglio Letta, dopo aver preso nota della decisione del Comitato europeo dei diritti sociali, l'ha considerata uno stimolo ad una migliore applicazione della legge 194. Inoltre l'Italia ha reso noto che il Ministro della Salute fin dal giugno 2013 ha intrapreso una consultazione tecnica affinché gli organi esecutivi regionali possano supervisionare la gestione della sanità e raccogliere i dati per valutare l'impatto che hanno gli obiettori di coscienza a livello locale (sul punto si veda la nota 15). Sulla base di queste informazioni il Ministro potrà far luce su tutti gli aspetti del problema, e si impegna a intraprendere le misure utili sia a livello nazionale che regionale per migliorare la situazione. Il Governo farà conoscere al Comitato dei Ministri i risultati delle indagini suddette. A seguito di queste dichiarazioni il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nella risoluzione del 30 aprile 2014 (CM/ResChS 2014-6), si è rallegrato per l'impegno preso dal Governo e lo ha richiamato a far sì che il sistema italiano sia conforme alla Carta allorquando presenterà il prossimo rapporto relativo allo stato applicativo della Carta europea dei diritti sociali che gli Stati sono tenuti periodicamente a inviare al Segretariato Generale del Consiglio d'Europa. Allo stato degli atti, tuttavia, non sembra apportare elementi di cambiamento la Relazione del Ministro della Salute di cui si è detto nella nota 29. Infatti gli sviluppi successivi della vicenda possono essere riassunti nel seguente modo: l'Italia, in varie occasioni, ha preso atto degli esiti positivi evidenziati dai dati raccolti dal tavolo tecnico e ha confermato l'impegno a migliorare il sistema di sorveglianza di attuazione della legge, che al momento non presenta criticità (al riguardo si veda il discorso del Ministro della Salute Lorenzin del 4 maggio 2016 alla Camera dei deputati reperibile su www.camera.it p. 116, e il Rapporto dell'Italia n. 14 RAP/RCha/ITA/14(2015) sullo stato di attuazione della Carta sociale europea registrato dal Segretario Generale il 15 maggio 2015). Inoltre il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella risoluzione del 6 luglio 2016 (CM/ResChS 2016-3, reperibile su search.coe.int) ha accolto con favore gli sviluppi positivi della situazione italiana e ha ribadito le informazioni rassicuranti inviate dall'Italia; in realtà quest'organo sarebbe potuto intervenire raccomandando azioni mirate sulla base delle decisioni del Comitato europeo. Pertanto allo stato attuale possiamo dire che l'unico reale cambiamento che è stato previsto a livello governativo, a seguito della pronuncia del Comitato, consiste nel d.lgs. n. 8 del 15 gennaio 2016 che depenalizza il reato di aborto clandestino ma inasprisce le

Infine va detto che la decisione ha proposto una soluzione in linea con le aspettative della comunità internazionale. Infatti, la questione concernente l'assistenza medica della maternità all'interno della realizzazione del diritto alla salute, oltre a suscitare un forte interesse da parte del Comitato per i diritti economici sociali e culturali, è stata oggetto di indagine nel *Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health*, del 13 settembre 2006, che il Segretario generale ha presentato all'Assemblea generale³⁶. Nel documento, di particolare interesse appare l'indicazione degli strumenti tesi a un miglioramento della sanità riproduttiva, laddove si indica a carico dello Stato l'obbligo di assicurare un numero adeguato di professionisti e servizi di sanità di buona qualità che debbono essere facilmente accessibili anche nelle aree meno servite, infine viene dato attento rilievo ai costi dei servizi e alla loro fruibilità senza discriminazioni³⁷.

6. Dall'analisi sin qui condotta, e in virtù delle considerazioni svolte, pare opportuno un raffronto tra le posizioni assunte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dal Comitato europeo dei diritti sociali sul tema dell'interruzione di gravidanza.

Di certo, ambedue gli organi prediligono un approccio di salvaguardia nei confronti del margine di apprezzamento statale quando in gioco c'è un tema come quello dell'aborto che coinvolge questioni etiche o morali.

Di conseguenza ciò che i due organi non ritengono di dover affrontare sono le tematiche concernenti il momento in cui la vita ha inizio o se è opportuno riconoscere un'eguale tutela del diritto alla vita alla madre e al concepito; tuttavia entrambi sono proiettati, pur sulla base di norme di differente tenore, a salvaguardare la tutela dell'integrità fisica e psicologica della donna, soprattutto nel caso in cui lo Stato dapprima stabilisca una determinata disciplina dell'aborto e, poi, non adotti le misure necessarie per renderlo concretamente praticabile.

sanzioni amministrative. In base a questo decreto le donne che partoriranno clandestinamente saranno condannate al pagamento di una multa che va da un minimo di 5.000 ad un massimo di 10.000 euro. Viceversa, l'esiguità della vecchia sanzione di 51 euro non le scoraggiava nell'andare in ospedale in caso di complicazioni e di denunciare chi praticava aborti fuori dalla struttura pubblica. Dunque, in sintesi, potremmo dire che il Governo, piuttosto che favorire l'accesso al servizio, ha preferito punire le donne con sanzioni patrimonialmente rilevanti. Di conseguenza proprio le scarse risorse economiche di donne immigrate o indigenti potrebbero diventare un deterrente per il ricorso alle cure ospedaliere con gravi conseguenze per la loro salute.

³⁶ Cfr. UN. Doc. A/61/338 del 13 settembre 2006, paragrafi 44-45; per la prassi del Comitato sui diritti economici sociali e culturali si veda il cit. *General Comment No. 14 – Article 12*, paragrafi 43-44.

³⁷ Riguardo ai servizi di sanità riproduttiva che debbono essere accessibili senza discriminazioni nel documento si dice "They must be sensitive to gender and to the rights and cultures of minorities and indigenous peoples. Preventing maternal mortality and enhancing access to maternal health care is not simply about scaling up technical interventions or making the interventions affordable. It is also vital to address social, cultural, political and legal factors which influence women's decisions to seek maternal or other reproductive health-care services. This may require addressing discriminatory laws, policies, practices and gender inequalities that prevent women and adolescents from seeking good quality services". Si sottolinea che il documento, come indicato nella sua parte iniziale, si inserisce nelle strategie predisposte per il raggiungimento degli otto obiettivi previsti nella Dichiarazione del Millennio dell'8 settembre 2000.

Precisato ciò, tuttavia, particolare attenzione merita il caso *A, B e C c. Irlanda* (sempre in tema di interruzione di gravidanza) risolto dalla Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo con decisione del 16 dicembre 2010 in cui è possibile ravvisare la diversa percezione che i due organi hanno manifestato in ordine al fenomeno della "migrazione abortiva", ossia la ricerca territoriale della struttura dove è possibile effettuare l'interruzione della gravidanza secondo i termini di legge³⁸.

Il caso verteva sui ricorsi di tre donne che risiedevano in Irlanda e sono andate ad abortire nel Regno Unito. I tre casi erano differenti tra loro nel senso che i primi due rientravano in quella situazione in cui nell'ordinamento irlandese è proibita l'interruzione della gravidanza per motivi di salute e di benessere, mentre il terzo trovava tutela giuridica in quanto l'aborto veniva richiesto in presenza del pericolo di vita della madre. Ora, il terzo caso va tralasciato, in quanto è l'unico in cui in base alla normativa irlandese la donna avrebbe avuto il diritto al trattamento sanitario, e dunque la Corte ha ravvisato che l'Irlanda avesse violato l'art. 8 della Convenzione europea in quanto non ha attuato gli obblighi tesi ad assicurare la vita privata della ricorrente, ossia non ha reso possibile l'aborto legale.

Mentre vale la pena soffermarsi sui primi due. Ambedue le fattispecie presentavano una situazione molto difficile dal punto di vista economico, personale e sanitario, ma l'ordinamento irlandese non dava loro la possibilità di interrompere la gravidanza e dunque le donne hanno deciso di farlo andando nel Regno Unito. Successivamente esse, ricorrendo alla Corte europea, hanno sostenuto che il divieto di aborto, previsto nella loro legislazione statale, le ha costrette a rivolgersi ad una struttura sanitaria in un altro Stato e ciò ha comportato costi economici, difficoltà, pericoli per la salute e traumi. Di conseguenza le ricorrenti eccepivano la violazione di alcune norme della Convenzione europea: l'art. 3 ossia il divieto di trattamenti disumani e degradanti, l'art. 8 ossia il diritto al rispetto della vita privata, l'art. 13 il diritto ad un ricorso effettivo e l'art. 14 il divieto di discriminazioni.

La Corte, nella sentenza, pur trovandosi in presenza di una regolamentazione nazionale molto restrittiva e non in linea con il comune sentire della gran parte degli Stati europei, ha giustificato tale normativa sulla base dei profondi valori morali che questo Stato persegue: e fin qui il ragionamento trova una sua giustificazione. Tuttavia ha ritenuto che non sussistesse la violazione della Convenzione europea sulla base della possibilità, concessa alle donne dalla Costituzione irlandese, di recarsi all'estero per interrompere la gravidanza dopo aver avuto tutte le informazioni sui trattamenti abortivi disponibili negli altri Stati³⁹.

³⁸ Si tratta del caso in cui la Corte europea per la prima volta ha affrontato il tema dell'interruzione della gravidanza in Europa ed ha esaminato la restrittiva disciplina irlandese. L'organo giurisdizionale ha ricostruito il quadro normativo interno e ha ricordato che, nel 1983, con *referendum*, la Costituzione irlandese riconobbe la medesima tutela giuridica alla madre e al nascituro (art. 43, par. 3, della Costituzione), e il diritto penale prevede pene molto severe per la donna che si procura l'aborto e per chi l'aiuta a tale scopo. Successivamente in una sentenza del 1982 la Corte suprema irlandese ha sancito la possibilità di abortire nel caso di rischio grave e sostanziale per la vita della madre, anche distinto dalla salute come nel caso di pericolo di suicidio. In seguito un ulteriore *referendum* ha ristretto nuovamente la possibilità di abortire al solo motivo di rischio grave per la vita della madre ma ha sancito a livello costituzionale la possibilità per le donne di recarsi all'estero per abortire.

³⁹ Infatti l'art. 43, par. 3, della Costituzione irlandese, dopo aver precisato il diritto alla vita sia del nascituro che della madre, precisa che tale disposto non limita la libertà di viaggiare dallo Stato irlandese-

Alla luce delle considerazioni della Corte, quindi, il fatto che le donne, pur informate nel proprio Stato, avessero dovuto recarsi all'estero andando incontro a costi e a disagi è diventato elemento di giustificazione della legislazione statale che proibisce l'aborto per ragioni di salute e di benessere della donna. In altri termini secondo la Corte europea l'Irlanda non incorreva nella violazione della Convenzione europea proprio in virtù della possibilità per le donne di effettuare la "migrazione abortiva". Vale a dire, il ragionamento che per il Comitato ha costituito l'elemento di condanna della situazione italiana, per la Corte europea ha rappresentato la causa di giustificazione della legislazione irlandese. La Corte ha adottato un atteggiamento di cautela nel condannare e ha finito per ignorare le difficoltà economiche e psico-fisiche delle donne.

In conclusione la Corte, a differenza del Comitato, sembra si sia appagata dell'esistenza della disposizione giuridica che non proibisce la possibilità di recarsi all'estero in caso di complicazioni per la salute della donna, senza invece dare il giusto rilievo alla soluzione del problema dal punto di vista sostanziale; e ciò significa che nel bilanciamento degli interessi e dei valori in gioco l'organo giurisdizionale ha voluto privilegiare quelli statali – cioè la salvaguardia dei radicati valori morali – su quelli individuali – la salute e dignità umana –.

Abstract

Women's Rights within the Italian Legal Order in Matters of Voluntary Termination of Pregnancy

In its decision released on 10 March 2014, the European Committee of Social Rights, as control body over the European Social Charter, has stated that Italy violates the Charter. This happens because the Law no. 194, adopted on 22 May 1970, concerning the rules on social protection of motherhood and voluntary termination of pregnancy, in the way it is applied, on the one side, does not respect the right to sexual and reproductive health of women as enshrined in Article 11 of the European Social Charter and, on the other side, violates the prohibition of discrimination set out in Article E of the same Charter. Hence, the decision reconstructs the extent of the obligations under the European Social Charter in the light of the special needs related to the psycho-physical protection of the woman in the very difficult moment when a pregnancy must be terminated, and in this way, it enriches the more general debate on the woman's protection, to which the international community has been recently paying great attention.

se ad un altro Stato, né limita la libertà di ottenere o di rendere accessibili, nello Stato, alle condizioni previste dalla legge, informazioni relative ai servizi legalmente accessibili in altri Stati. Ciò in altri termini sta ad indicare che in Irlanda si possono avere informazioni sui trattamenti abortivi accessibili in altri Stati.

Annita Larissa Sciacovelli*

Il ricongiungimento familiare dei minori stranieri e il requisito della potenziale integrazione “riuscita” imposto dagli Stati membri al vaglio della Corte di giustizia

SOMMARIO: 1. Il ricongiungimento familiare nell'UE. – 2. La sentenza *Genc* e le “nuove” condizioni di integrazione applicabili ai minori stranieri. – 3. La legittimazione dell'obbligo di integrazione quale motivo imperativo di interesse generale. – 4. L'applicabilità delle condizioni di integrazione ai minori richiedenti il ricongiungimento ai sensi della direttiva 2003/86/UE. – 5. La sentenza *Genc* alla luce del principio del preminente interesse del minore. – 6. Conclusioni.

1. Nel contesto del fenomeno migratorio una delle problematiche emergenti riguarda la tutela dei diritti umani fondamentali del minore straniero migrante nei diversi livelli ordinamentali. Trattasi di un argomento di crescente attualità atteso che i minori, oltre a costituire oramai una componente a lungo termine della migrazione nell'Unione europea (nel prosieguo, UE) come rivelano le statistiche dell'UE e dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni (IOM), rappresentano una categoria di soggetti particolarmente vulnerabili¹.

In tale ambito, una delle questioni più complesse dell'intera disciplina giuridica dell'immigrazione riguarda, per due ordini di motivi, il diritto al ricongiungimento familiare dei minori². In primo luogo, in quanto le leggi statali sull'immigrazione

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ Cfr. la Dichiarazione di New York per i rifugiati e migranti dell'Assemblea generale dell'ONU, del 19 settembre 2016, UN. Doc. A/RES/71/1; IOM, *Children and Unsafe Migration in Europe: Data and Policy, Understanding the Evidence Base*, del 5 settembre 2016, reperibile online; *General Background Paper of 10th European Forum on the Rights of the Child, 29-30 November 2016, The Protection of Children in Migration*, reperibile online. V. anche la Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/86/UE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, dell'8 ottobre 2008, COM(2008)610 def., e il Libro verde sul diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini di Paesi terzi che vivono nell'Unione europea (direttiva 2003/86/UE), del 15 novembre 2011, COM(2011)735 def., dai quali risulta che circa metà dell'immigrazione regolare nell'UE è imputabile al ricongiungimento.

² Nell'ampia letteratura sul tema, si vedano, in particolare, i contributi di A. LIGUORI, *L'integrazione comunitaria e il diritto all'unità familiare dei cittadini dei paesi terzi*, in *Rassegna di diritto pubblico*

applicabili al minore migrante risentono della necessità di contemperare due specifiche istanze la cui *ratio* è profondamente diversa: da un lato, vi è la disciplina degli stranieri, ispirata innanzitutto al soddisfacimento di esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale; dall'altro lato, vi è la normativa minorile complessivamente concepita in un'ottica di protezione di quei soggetti che, a causa della condizione di immaturità fisica e psichica, non possiedono la piena capacità di individuare e di far valere i propri diritti. In secondo luogo, nella *subiecta* materia

européo, 2002, p. 135 ss.; N. JOUANT, *Harmonisation du droit au regroupement familial dans l'Union européenne*, in *Revue du droit des étrangers*, 2003, p. 539 ss.; E. BRIBOSIA, *La directive 2003/86 relative au regroupement familial au regard du principe de non-discrimination*, *ivi*, 2004, p. 517 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa: tra "allargamento" dei confini e "restringimento" dei diritti*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2004, p. 63 ss.; S. PEERS, *Family Reunion and Community Law*, in N. WALKER (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, 2005, p. 143 ss.; H. SCHNEIDER, A. WIESBROCK, *The Council Directive on Family Reunification: Establishing Proper Rights for Third Country Nationals?*, in H. SCHNEIDER (ed.), *Migration, Integration and Citizenship: A Challenge for Europe's Future, The Position of Third Country Nationals in Europe*, Maastricht, 2005, II ed., p. 35 ss.; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006; ID., *Lezioni sulla disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, 2011; M. GARCIA MARTINEZ, *La directive européenne relative au droit au regroupement familial*, in E. DELFERS, A. BRUN, J. GARCIA MARTINEZ (dirs.), *La famille dans l'Europe*, Bruxelles, 2007, p. 16 ss.; H. OOSTEROM STAPLES, *The Family Reunification Directive: A Tool preserving Member State Interest or Conductive to Family Reunification Unity?*, in A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, 2007, p. 451 ss.; B. MASSON, *Un enfant n'est pas un étranger comme les autres*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 823; G. VAN BUEREN, *Child Rights in Europe, Convergence and Divergence in Judicial Protection*, Strasbourg, 2007; B. NASCIMBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani*, Roma, 2009, p. 33 ss.; ID., *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2014, p. 71 s.; T. SPIJKERBOER, *Structural instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, p. 271 ss.; U. KILKELLY, *Protecting Children's Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations, in Netherlands International Law Quarterly*, 2010, pp. 245-261; R. DI CHIO, *I ricongiungimenti familiari di cittadini di Stati terzi*, in G. CARELLA, G. CELLAMARE, L. GAROFALO, P. GARGIULO, G. PIZZOLANTE, A. L. SCIACOVELLI, R. DI CHIO, *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 67 ss.; P. GARGIULO, *I ricongiungimenti familiari di cittadini di Stati terzi*, *ivi*, p. 104 ss.; P. PALCHETTI, *Introduzione. Dimensione giuridica del fenomeno migratorio tra paradossi e artificialità*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, 2012, pp. 7-31; Y. KTISTAKIS, *Protecting Migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Paris, 2013; U. VILLANI, *Linee di tendenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, in F. MARCELLI (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza universale*, 2013, Napoli, p. 273 ss.; ID., *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2016, II ed., p. 128 ss.; L. DANIELE, *Immigrazione e integrazione. Il contributo dell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 63 ss.; H. LAMBERT, *Family Unity in Migration Law: the Evolution of a More Unified Approach in Europe*, in V. CHETAİL, C. BAULOZ, (eds.), *Research Handbook on International Law and Migration*, 2014, Cheltenham; C. SMITH, *The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle?*, in *European Journal of Migration Law*, 2015, p. 70 ss.; B. PARUSEL, *Unaccompanied Minors in Europe: Between the Immigration Control and the Need for Protection*, in G. LAZARIDIS (ed.) *Security, Insecurity and Migration in Europe*, London, 2016; G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2016; V. DI COMITE, *New Trends Concerning the Right of Residence of Familiars of EU Citizens*, in *Cogito*, September 2016, n. 3, p. 21 ss., reperibile online.

si intrecciano, su diversi livelli, la normativa internazionale, quella dell’UE e la legislazione statale, affiancate dalla giurisprudenza delle due corti europee delineando, in tal modo, una prospettiva di tutela trasversale di non facile coordinamento.

Si aggiunga che il crescente flusso migratorio ha notevolmente influenzato la normativa dell’Unione relativa alla libera circolazione dei cittadini di Stati terzi nonché l’interpretazione giurisprudenziale sia del diritto derivato dell’UE, sia della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), con non poche conseguenze sulle modalità di tutela della protezione dei diritti familiari, inclusi quelli dei minori³.

Specificamente, in ambito internazionale il ricongiungimento rappresenta un istituto essenziale della politica migratoria ed è riconosciuto, a vario titolo, in molteplici strumenti internazionali aventi efficacia anche per gli Stati membri dell’UE⁴.

Nel contesto europeo, invece, esso è regolato da atti derivati applicabili ai cittadini di Stati terzi in funzione della varietà degli *status* personali previsti dalla politica comune sull’immigrazione tra cui particolare rilevanza assumono la direttiva 2003/86/UE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare di cittadini di Stati terzi regolarmente soggiornanti, la direttiva 2003/109/UE del Consiglio, del 25 novembre 2003, sul ricongiungimento familiare del soggiornante di lungo periodo⁵ e i regimi speciali sanciti dagli accordi di associazione incluso quello stipulato tra l’UE e la Turchia⁶.

³ Si veda A. ZANOBETTI, *Il ricongiungimento familiare fra diritto comunitario, norme sull’immigrazione e rispetto del diritto alla vita familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 552 ss.; M. C. CICIRIELLO, *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, in *La Comunità Internazionale*, 2006, p. 117 ss.; K. GROENENDIJK, *Family Reunification as a Right under Community Law*, in *European Journal of Migration Law*, 2006, p. 215; S. M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008; N. LAZZERINI, *Con il trattato di Lisbona la tutela dei diritti del fanciullo entra tra gli obiettivi dell’Unione*, in *Famiglia e migrazione*, 2010, p. 7 ss.; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2013, p. 154; A. STAVIER, *Free Movement and the Fragmentation of Family Reunification Rights*, in *European Journal of Migration Law*, 2013, p. 69 ss.

⁴ Giova ricordare che il diritto al ricongiungimento familiare trova espresso riconoscimento, in particolare con riguardo ai migranti, nell’art. 44, par. 2, della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 18 dicembre 1990; nell’art. 13 della Convenzione n. 143 dell’OIL sui lavoratori migranti del 24 giugno 1975; nell’art. 12 della Convenzione europea relativa allo *status* di lavoratore migrante del 24 novembre 1977; negli articoli 16 e 19, par. 6, della Carta sociale europea nel testo riveduto del 3 maggio 1996. In tali atti il ricongiungimento rappresenta un principio da “realizzare”, “favorire” e “facilitare” come si legge anche negli articoli 9 e 10 della Convenzione sui diritti del fanciullo, approvata dall’Assemblea generale dell’ONU il 20 novembre 1989 e ratificata dall’Italia con legge n. 176 del 27 maggio 1991.

⁵ In dottrina, fra gli altri, B. NASCIBENE, *L’Unione Europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 530 ss.; A. ZANOBETTI, *Direttiva 2003/86 sul ricongiungimento familiare e rispetto dei diritti fondamentali*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 403 ss.; A. ADINOLFI, *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell’Unione europea*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, p. 101 ss.; ID., *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 5 ss.; G. CELLAMARE, *I diversi regimi normativi applicabili all’ingresso e al soggiorno degli stranieri nell’Unione europea in base alla cittadinanza degli stessi*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 111 ss.; R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell’ordinamento europeo*, Bari, 2012; A. DI STASI, *L’integrazione del lungo soggiornante*, in G. CAGGIANO (a cura di), *op. cit.*, p. 241 ss.; E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull’Europa*, Bari, 2015, p. 57.

⁶ Il 12 settembre 1963 è stato firmato un Accordo con cui è stata istituita un’associazione tra la CEE e la Repubblica di Turchia, adottato con decisione 64/732/CEE del Consiglio del 23 dicembre 1963.

In realtà, dato il carattere non esclusivo della competenza dell'Unione nel settore dell'immigrazione, al ricongiungimento possono essere applicate sia il diritto dell'UE sia, nel caso in cui il legislatore UE non sia già intervenuto, le norme nazionali in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri. In merito all'adozione di tali norme gli Stati membri godono di un certo margine di discrezionalità sebbene, in virtù di un costante indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia, qualora esse abbiano l'effetto di rendere più difficile il ricongiungimento, sono ritenute contrarie al diritto dell'UE se e in quanto siano suscettibili di dissuadere il lavoratore straniero, legalmente soggiornante in uno Stato membro, dall'esercizio della libertà di circolazione⁷.

Ne consegue che ogni provvedimento statale limitativo del ricongiungimento deve essere giustificato dal perseguimento di una finalità legittima⁸, in quanto le riserve imposte dalla normativa statale, oltre a dover essere interpretate restrittivamente, non possono andare oltre quanto necessario per il soddisfacimento delle esigenze di ordine pubblico o di sicurezza pubblica in una società democratica, pena la loro inapplicabilità⁹.

E difatti la Corte giustizia, con la sentenza *Chakroun*, ha affermato che, nel sistema della direttiva 2003/86, l'autorizzazione al ricongiungimento è la "regola generale", e che pertanto la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri non deve essere impiegata dagli stessi in modo da pregiudicare l'obiettivo e l'effetto utile della direttiva, che è quello di agevolare il ricongiungimento¹⁰.

2. Partendo da questo assunto giurisprudenziale, meritevole di attenzione è la sentenza *Genc*, depositata il 12 aprile 2016 dalla Grande sezione della Corte di giustizia, con la quale è stata riaperta una *vexata quaestio* concernente la legittimità dell'imposizione, da parte degli Stati membri, di nuove condizioni di integrazione ai minori stranieri richiedenti il ricongiungimento¹¹.

⁷ V. in tal senso, le sentenze dell'8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga*, punto 35, e la giurisprudenza ivi citata; del 18 dicembre 2008, causa C-551/07, *Sahin*, punto 40, e del 10 ottobre 2013, causa C-86/12, *Aloka*, punto 33. Sebbene il caso di specie riguardi le clausole di integrazione previste dall'Accordo di associazione tra CEE e Turchia, si rammenta che tale Accordo è ispirato alle disposizioni del diritto primario dell'Unione relative alla libera circolazione dei lavoratori, cosicché i principi riconosciuti nell'ambito delle suddette disposizioni devono essere trasposti, nei limiti del possibile, ai cittadini turchi che beneficiano di diritti in base all'Accordo di associazione. Sul punto v. la sentenza dell'8 dicembre 2011, causa C-371/08, *Ziebell*, punti 58 e da 65 a 68.

⁸ Cfr. le sentenze dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, punto 42; del 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Olazabal*, punto 43; e del 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Akrich*, punto 59.

⁹ Cfr. le sentenze del 28 ottobre 1975, causa C-36/75, *Rutili*, punto 15; del 18 maggio 1982, causa C-115/81, *Adoui e Cornouaille*, punto 8; del 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*, punto 23; e del 7 giugno 2007, causa C-50/06, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 42.

¹⁰ V. le sentenze del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*, punti 43 e 55, e del 9 luglio 2015, causa C-153/14, *K. A.*, punto 50. Per alcuni commenti sulla pronuncia si richiamano i contributi di L. DRIGUEZ, *Conditions du regroupement familial des ressortissants d'Etat tiers*, in *Europe*, 2010, p. 24 ss.; B. HUBER, *Verweigerung der Familienzusammenführung bei Inanspruchnahme von Sozialhilfe*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, p. 701 ss.; B. KUNOY, B. MORTANSON, *Case C-578/08, Rhimou Chakroun v. Minister van Buiten-landse Zaken*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1815 ss.; A. WIESBROCK, *The Right to Family Reunification of Third-Country Nationals under EU Law*, in *European Common Law Review*, 2010, p. 462 ss.; J. HARDY, *The Objective of Directive 2003/86 Is to Promote the Family Reunification of Third Country Nationals*, in *European Journal of Migration Law*, 2012, p. 439 ss.

¹¹ Cfr. sentenza del 12 aprile 2016, causa C-561/14, *Genc*. Una questione simile era già stata affrontata dalla Corte di giustizia nella pronuncia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo*

Trattasi della controversia tra il sig. Genc, cittadino turco all’epoca dei fatti minore di età, e il Ministero dell’integrazione danese in ordine al rigetto della sua domanda di rilascio di permesso di soggiorno in Danimarca per il ricongiungimento ai suoi germani e al padre cui era stato affidato dopo la separazione dei genitori. Tra i motivi del rigetto la mancanza dei requisiti necessari a consentire una sua possibile integrazione riuscita in Danimarca, richiesti dalla normativa sugli stranieri introdotta con legge n. 427 del 9 giugno 2004, e applicabili solo allorquando l’istanza sia stata presentata decorsi due anni dal rilascio al genitore del permesso di soggiorno a tempo indeterminato.

Occorre precisare che i parametri in virtù dei quali le autorità danesi valutano discrezionalmente l’integrazione riuscita del minore constano, fra l’altro, della durata e natura del soggiorno del minore nello Stato di origine e in quello di accoglienza, dello Stato in cui ha frequentato la scuola, della lingua parlata e, da ultimo, dell’influenza dei valori e delle norme danesi durante la sua infanzia¹².

La Corte d’appello danese, investita della causa, ha adito pregiudizialmente la Corte di giustizia circa la conformità della disciplina statale menzionata alla clausola di *standstill*, prevista dall’art. 13 della decisione n. 1/80, del 19 settembre 1980, del Consiglio di associazione CEE-Turchia, annessa al relativo Accordo di associazione, e concernente il trattamento dei lavoratori turchi e dei loro familiari. Tale norma vieta agli Stati membri di imporre nuove restrizioni sulle condizioni di accesso dei lavoratori turchi e dei loro familiari richiedenti il ricongiungimento familiare successivamente all’entrata in vigore dell’Accordo. Le uniche restrizioni previste sono quelle elencate nell’art. 14 della decisione 1/80 concernenti i motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica.

Per il Governo danese obiettivo di tale disposizione è impedire che i genitori scelgano deliberatamente di lasciare il proprio figlio nello Stato di origine affinché questi riceva un’educazione conforme alla cultura dello Stato di origine, e non sia influenzato dalle norme e dai valori dello Stato di accoglienza.

Dal canto suo, la Corte di Lussemburgo nella prima parte della pronuncia ha ribadito la logica soggiacente alle clausole di *standstill* specificando che tali clausole hanno efficacia diretta e comportano la disapplicazione di condizioni, sia sostanziali sia procedurali, suscettibili di limitare l’ammissione nel territorio di uno Stato membro di cittadini stranieri e dei loro familiari che intendono avvalersi della libertà di circolazione¹³.

Difatti, finalità della clausola è limitare la potenzialità dissuasiva di nuove condizioni imposte alla prima ammissione, situazione configurabile nel caso in commento posto che l’accertamento da parte delle autorità statali della mancata possibile

c. Consiglio, e della quale si dirà oltre. Per un commento alla sentenza *Genc*, S. ADAMO, *What is successful Integration? Family Reunification and the Rights of Children in Denmark*, in *Nordic Journal of Law and Justice*, 2016, p. 38 ss.; M. MESSINA, *La Corte di giustizia si pronuncia sulle “nuove” condizioni più restrittive previste dalla normativa nazionale di uno Stato membro Ue in materia di ricongiungimento familiare di cittadini turchi economicamente attivi in possesso di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato nello Stato membro in questione, da parte di familiari economicamente inattivi*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 439 ss., C. RAGNI, *Ricongiungimento familiare, tutela dei diritti umani e interessi dello Stato nella giurisprudenza della Corte di giustizia: considerazioni a margine dei casi Genc e Khachab*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016, in corso di stampa.

¹² Cfr. la sentenza *Genc*, punto 10.

¹³ V. le sentenze del 29 aprile 2010, causa C-92/07, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 49, e del 9 dicembre 2010, cause riunite C-300/09 e 301/09, *Toprak e Oguz*, punto 53 s.

integrazione del figlio minore, e dunque il rigetto dell'istanza di ricongiungimento, costringerebbe il lavoratore straniero a scegliere tra la sua attività nello Stato di accoglienza e la vita familiare nello Stato di origine. Si rammenta che in tal modo si contravverrebbe allo scopo di favorire l'integrazione del lavoratore straniero nello Stato membro, realizzabile per mezzo della sua unità familiare, disattendendo, pertanto, sia la finalità e l'effetto utile della decisione 1/80¹⁴, sia uno degli obiettivi essenziali dell'Unione consistente nel facilitare l'integrazione dei lavoratori stranieri e promuovere la coesione economica e sociale (art. 3, par. 3, TUE)¹⁵.

Ciò premesso, tuttavia, i giudici di Lussemburgo hanno confermato un recente orientamento secondo cui, in principio, l'obiettivo di una "integrazione riuscita" del minore straniero nello Stato di accoglienza può legittimamente costituire un "motivo imperativo di interesse generale" in virtù del quale, in assenza dei requisiti integrativi, è possibile escludere il ricongiungimento, sempre che tale misura sia proporzionale, necessaria e persegua un obiettivo legittimo¹⁶. Quanto detto, però, non riguarda nello specifico la disciplina della potenziale integrazione riuscita danese la quale non è risultata conforme al requisito della proporzionalità per i seguenti motivi. In primo luogo, la Corte di giustizia ha sottolineato che tale legislazione si baserebbe su una valutazione formalisticamente temporale, in quanto la verifica delle condizioni di integrazione sarebbe effettuata solo nei confronti dei minori stranieri la cui istanza di ricongiungimento sia stata presentata dal genitore oltre il termine dei due anni dall'autorizzazione a risiedere legalmente nello Stato membro. In tal modo si trascurerebbe del tutto la situazione personale del minore la quale, dal punto di vista dell'integrazione, potrebbe essere del tutto simile a quella degli altri minori stranieri i quali, però, avendo presentato l'istanza anteriormente alla scadenza indicata, non sarebbero *ipso facto* soggetti alle condizioni in parola¹⁷. In tal modo il legislatore statale avrebbe operato una discriminazione soggettiva ingiustificata e applicata esclusivamente su base procedurale.-

In secondo luogo, la censura riguarda anche la mancata individualizzazione dell'esame circa la situazione personale del minore in violazione della stessa finalità del conseguimento della sua integrazione, ciò che ha spinto la Corte di giustizia a elaborare un nuovo obbligo positivo a carico dello Stato sul presupposto che l'esame sulla potenziale integrazione del minore debba concludersi con una decisione motivata, suscettibile, a sua volta, di un ricorso effettivo, al fine di prevenire una eventuale prassi amministrativa statale di rifiuto sistematico¹⁸.

¹⁴ Sul punto v. le sentenze *Sahin*, punti 63-65; *Toprak e Oguz*, punto 62; del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci*, punto 94. Per una rassegna della prassi in materia si rinvia a O. HAKAN YALINCAK, *Freedom of Movement Rights of Turkish Nationals in the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 2013, p. 39 ss.; E. PISTOIA, *L'ingresso dei cittadini turchi nell'Unione europea al tempo della sentenza Demirkan*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 254 ss.

¹⁵ In tal senso C. MURPHY, *The Concept of Integration in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of Migration Law*, 2010, p. 23 ss.; L. FUMAGALLI, *Commento all'art. 3 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2014, Milano, II ed., p. 14 ss.

¹⁶ Cfr. sentenza del 7 novembre 2013, causa C-225/12, *Demir*, punto 34, e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁷ Cfr. sentenza *Genc*, punti 61-65.

¹⁸ *Ivi*, punto 66. Si rammenta che già nella sentenza *Chakroun*, punto 48, la Corte di giustizia ha ritenuto non conforme alla direttiva 2003/86 una legislazione statale che escludeva un esame concreto della situazione del richiedente. Analogamente, la sentenza del 9 luglio 2015, causa C-153/14, *K. A.*, punti 58-60.

In tal modo è stata colmata una lacuna della decisione 1/80, relativa all’assenza di un mezzo di ricorso avverso il diniego statale al ricongiungimento del familiare, obbligando lo Stato membro a predisporre una tutela di ordine giurisdizionale in conformità con il diritto a un ricorso effettivo, quale principio generale del diritto dell’Unione *ex art. 47* della Carta di Nizza (nel prosieguo, Carta), e grazie alla quale l’esercizio della discrezionalità dello Stato, circa l’applicazione delle restrizioni, è finalmente soggetto a specifiche garanzie procedurali, analogamente a quanto previsto dall’art. 18 della direttiva 2004/38/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, e dall’art. 10 della citata direttiva 2003/109.

3. In realtà, la problematica centrale della causa in esame è l’assenza nel diritto dell’Unione di una nozione di condizione di integrazione, in quanto né l’art. 13 della decisione 1/80, né le altre direttive menzionate che prevedono le c.d. “azioni di integrazione” ai fini del ricongiungimento, chiariscono in cosa consistano le “condizioni” e le “misure” di integrazione ivi previste, né quali siano le modalità e i tempi della loro applicazione e, soprattutto, le conseguenze del loro mancato soddisfacimento da parte dei familiari¹⁹.

Una prima sistematizzazione delle “azioni di integrazione” imposte ai cittadini di Stati terzi è rinvenibile nelle conclusioni degli avvocati generali i quali, in talune cause relative al ricongiungimento, hanno distinto le “condizioni di integrazione” dalle “misure di integrazione” grazie ad un esame parallelo dei testi e della genesi delle direttive 2003/86 e 2003/109, in quanto atti contemporanei e concernenti ambiti assai prossimi²⁰. Ed infatti, per l’Avvocato generale Mengozzi (causa *Dogan*) premesso che “le due nozioni di ‘misure’ e di ‘condizioni’ di integrazione devono essere considerate come ben distinte, e certamente non come sinonimi” e, “sebbene né la direttiva 2003/86 né la direttiva 2003/109 diano indicazioni esplicite a tal proposito, è tuttavia chiaro che le ‘misure di integrazione’ devono essere considerate meno gravose rispetto alle ‘condizioni di integrazione’”, di talché mentre “le misure di integrazione (...) sono intese esclusivamente a facilitare il radicamento di una determinata persona nella vita economica e sociale di un determinato Paese”,

¹⁹ Cfr. le direttive 2003/86 e 2003/109 precedentemente citate.

²⁰ Così, nelle conclusioni del 28 gennaio 2015 dell’Avvocato generale M. Szpunar nella causa C-579/13, *P. S.*, punti 32-36 e 44-86, si legge: “l’obbligo di integrazione può riguardare diverse fasi dell’immigrazione, a seconda che esso sia definito come: i) condizione per il permesso d’ingresso e di soggiorno; ii) condizione per il permesso di soggiorno di lungo periodo; iii) condizione per l’ottenimento dello status di soggiornante di lungo periodo, o iv) condizione per l’acquisizione della cittadinanza per naturalizzazione. Tale obbligo di solito implica la necessità di dimostrare un certo livello di conoscenza della lingua ufficiale e, talvolta, anche conoscenze su tematiche della società di un determinato Stato (la sua storia, il suo ordinamento giuridico e i suoi valori). Alcuni Stati membri esigono il superamento di un esame, che può essere preceduto da corsi obbligatori. In altri è previsto soltanto l’obbligo di frequentare i corsi di integrazione. (...) Occorre rilevare che la direttiva 2003/109/UE utilizza due nozioni diverse in relazione alle azioni e alle condizioni di integrazione” e che “la necessità di distinguere tra le misure e le condizioni di integrazione compare anche nelle disposizioni della direttiva 2003/86”. Analogamente, sulla distinzione e la contrapposizione concettuale tra “condizione di integrazione” e “misura di integrazione”, si rinvia alle conclusioni dell’11 luglio 2013 dell’Avvocato generale N. Wahl nella causa *Demir*, punto 30, e del 19 marzo 2015 dell’Avvocato generale J. Kokott nella causa *K. A.*, punto 28.

in nessun caso le condizioni di integrazione possono essere il presupposto per il riconoscimento di uno *status* e fungere da strumento di selezione dei migranti o di controllo della immigrazione²¹.

Dal canto suo, la Corte di giustizia ha delineato alcuni profili applicativi delle condizioni di integrazione, con particolare riguardo ai criteri valutativi imposti ai fini di una probabile integrazione riuscita. Invero, aderendo alle conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi – il quale ha definito i criteri della normativa danese eccessivi da un punto di vista numerico oltre che imprecisi, specie riguardo all'accertamento “dell'influenza sul minore straniero delle norme e dei valori danesi”²² – i giudici europei hanno precisato che tali criteri devono essere sufficientemente precisi, oggettivi e non discriminatori, onde permettere la prevedibilità dell'esito dell'istanza.

Ma vi è di più, in quanto con la pronuncia *Genc* in principio è stata conferita legittimità alle “nuove” condizioni di integrazione, adottate dopo l'entrata in vigore della decisione 1/80, se e in quanto la loro introduzione ad opera degli Stati membri si giustifichi quale motivo imperativo di interesse generale. In tal modo, la Corte di giustizia ha fornito al legislatore statale indicazioni utili circa l'elaborazione di *nuove* politiche di integrazione sociale, autorizzando implicitamente l'introduzione da parte degli Stati membri di nuove deroghe formali al processo di ricongiungimento a dispetto del divieto di cui all'art. 13 della predetta decisione, concernente la clausola di *standstill*²³.

Sul punto, l'Avvocato generale Mengozzi, non senza esitazione, ha affermato che tale motivo imperativo costituirebbe un elemento di giustificazione degli ostacoli frapposti dagli Stati membri alle libertà fondamentali ben noto nella giurisprudenza UE²⁴. In realtà, i casi riferibili a tale motivo sono elencati in modo non esaustivo nel 40° ‘considerando’ della direttiva 2006/123/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, mentre la sua applicazione giurisprudenziale, fino a poco tempo fa, era limitata alla materia economica²⁵.

²¹ Cfr. le conclusioni del 30 aprile 2014 dell'Avvocato generale P. Mengozzi nella causa *Dogan*, punto 52.

²² Cfr. le conclusioni del 20 gennaio 2016 dell'Avvocato generale P. Mengozzi nella causa *Genc*, punti 52 e 54.

²³ Per un approfondimento della questione in dottrina si rinvia a C. BARNARD, *Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?*, in *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, 2009, p. 273.

²⁴ V. il punto 33, delle conclusioni *Genc*, in cui l'Avvocato generale P. Mengozzi constata una certa mancanza di rigore da parte della Corte quando dice che: “la Corte non risulta essere particolarmente esigente quando si tratta di riconoscere un motivo imperativo di interesse generale. Osservo che, nella sentenza *Demir*, la Corte si è accontentata di una constatazione non preceduta da alcuna dimostrazione. Inoltre, come osservato *supra*, essa stessa non ha preso posizione su detto punto nella sentenza *Dogan*”.

²⁵ La Corte di giustizia ha individuato i motivi imperativi di interesse generale in materia di regime di autorizzazione amministrativa ai fini della libertà di stabilimento (sentenza del 24 marzo 2011, causa C-400/08, *Commissione c. Spagna*, punto 20 ss.), della protezione dell'ambiente (sentenza dell'11 marzo 2010, causa C-384/08, *Attanasio Group*, punto 50), della razionale gestione del territorio (sentenza del 1° ottobre 2009, causa C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius*, punto 29, e giurisprudenza ivi citata), della tutela dei consumatori (sentenza del 13 settembre 2007, causa C-260/04, *Commissione c. Italia*, punto 27), mentre finora è stata esclusa per finalità di natura non economica (sentenza del 15 aprile 2010, causa C-96/08, *CIBA*, punto 48).

Segnatamente, di recente, i motivi imperativi sono stati richiamati, oltre che in ambito sociale²⁶, anche nelle sentenze *Abatay*, *Demir* e *Dogan* riferite a casi di ingresso irregolare e di ricongiungimento di cittadini di Stati terzi, in cui però non erano coinvolti minori²⁷.

In particolare, nei primi due casi i giudici UE hanno riconosciuto che le autorità statali competenti possono legittimamente adottare provvedimenti restrittivi nei confronti dei cittadini turchi, anche successivamente all’entrata in vigore della decisione 1/80, allorquando questi ultimi versino in una situazione di irregolarità nello Stato membro di accoglienza, in quanto tali provvedimenti sono giustificati da un legittimo motivo imperativo d’interesse generale, posto che l’art. 13 della decisione 1/80 presuppone implicitamente la regolarità dell’ingresso del lavoratore straniero²⁸.

Nel caso *Dogan*, invece, si afferma che l’obiettivo di contrastare i matrimoni forzati di cittadini di Stati terzi richiedenti il ricongiungimento, e di favorire la loro integrazione, può costituire un motivo imperativo di interesse generale²⁹.

Ciò premesso, e raffrontando le motivazioni addotte dalla Corte di giustizia nei casi testé menzionati con quelle della pronuncia *Genc*, mal si comprende l’inserimento del predetto motivo imperativo ai fini del ricongiungimento dei minori. Quel che è certo è che in quest’ultima sentenza il motivo imperativo di interesse generale giustifica, di fatto, sia una nuova deroga formale, come già accennato *infra*³⁰, sia una nuova deroga sostanziale al ricongiungimento del minore straniero, emersa nella prassi operativa statale e ultronea rispetto ai tradizionali limiti di ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica di cui all’art. 14 della decisione 1/80.

Nondimeno, la Corte ha ritenuto legittima la preoccupazione della Danimarca – circa l’importanza delle condizioni di integrazione – ritenendola coerente con gli obiettivi fissati sia dall’art. 79, par. 4, TFUE, il quale “fa riferimento alla promozione dell’integrazione di cittadini di Paesi terzi quale azione da incentivare e sostenere”, sia alle direttive 2003/86 e 2003/109, “le quali prevedono che l’integrazione dei cittadini di Stati terzi costituisca un elemento cardine per la promozione della coesione economica e sociale, obiettivo fondamentale dell’Unione enunciato nel Trattato”³¹. Sul punto, però, è appena il caso di sottolineare che la norma del Trattato richiamata indica esclusivamente una competenza normativa delle istituzioni dell’UE di soste-

²⁶ Cfr. M. CASTELLANETA, *La libera circolazione dei lavoratori ai tempi della Brexit: spunti di riflessione sul futuro dei rapporti tra Regno Unito e Unione europea*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, in corso di stampa.

²⁷ V. le sentenze del 21 ottobre 2003, cause riunite C-317 e 369/01, *Abtay e al.*, punto 84 s.; *Demir*, punto 34; del 10 luglio 2014, causa C-138/13, *Dogan*. In dottrina, si veda E. BRIBOSIA, S. GANTY, *Arrêt “Dogan”: quelle légalité pour les tests d’intégration civique?*, in *Journal de droit européen*, 2014, p. 378, nonché l’ampia dottrina citata alla nota 19 a p. 379; S. CARRERA, *Integration of Immigrants in EU Law and Policy*, in L. AZOULAI, K. DE VRIES (eds.), *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, 2014, p. 159.

²⁸ Cfr. le sentenze *Abatay*, punto 84, e *Demir*, punto 41.

²⁹ Cfr. la sentenza *Dogan*, punti 36-38.

³⁰ V. *supra*, par. 3.

³¹ Cfr. sentenza *Genc*, punto 55. L’art. 79, par. 4, TFUE recita: “il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire misure volte a incentivare e sostenere l’azione degli Stati membri al fine di favorire l’integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”. Per una ricostruzione storica e sistematica della norma in esame, si rinvia per tutti a L. DANIELE, *op. cit.*, p. 67 ss.

gno e incentivo all'azione degli Stati membri in materia di integrazione dei cittadini di Stati terzi, e che le direttive menzionate vietano espressamente l'adozione di nuove condizioni di integrazione preclusive del ricongiungimento successivamente al loro recepimento negli Stati membri³², di talché non rappresentano un fondamento giuridico adeguato alla legittimazione di nuove condizioni di integrazione.

4. In realtà, un'attenta riflessione sulla pronuncia *Genc* permette altresì di cogliere ulteriori suoi effetti applicativi. Il riferimento è all'applicazione delle deroghe procedurali e sostanziali testé individuate non solo all'ingresso dei minori di cittadinanza turca, bensì anche ai minori cittadini di Stati terzi richiedenti il ricongiungimento ai sensi della direttiva 2003/86³³. Ed invero, nulla osta a che la recente pronuncia legittimi l'inserimento da parte degli Stati membri di "nuove" condizioni di integrazione al ricongiungimento di minori stranieri, come disciplinato dagli articoli 4, par. 1, lett. d), e 6, par. 1, della direttiva 2003/86.

In particolare, per quel che concerne l'art. 4, par. 1, lett. d) – relativo alle condizioni di integrazione applicabili ai minori stranieri ultradodicesenni che giungano non accompagnati nello Stato membro in cui risiede legalmente il genitore –, il legislatore dell'UE ha previsto l'applicazione di una clausola di *standstill* del tutto analoga a quella dell'art. 13 della decisione 1/80³⁴. Cui si aggiunge l'art. 6, par. 1, il quale disciplina le ipotesi di diniego della domanda di ingresso e soggiorno dei familiari giustificabili solo per ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica o sanità pubblica, al pari dell'art. 14 della decisione 1/80³⁵.

Invero, della questione della conformità al diritto dell'UE delle predette condizioni di integrazione imposte dagli Stati membri, se e in quanto già vigenti al momento dell'entrata in vigore della direttiva 2003/86, si è già occupata la Corte di giustizia nella nota pronuncia *Parlamento europeo c. Consiglio* del 2006 con riferimento alla loro incidenza sul diritto al ricongiungimento dei minori³⁶. Nel caso di specie, il Parlamento europeo nell'impugnare l'art. 4, par. 1, lett. d), della direttiva, riteneva tali condizioni lesive del principio del rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU, art. 7 Carta), dell'interesse superiore del minore (art. 24, par. 2, Carta) e del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU, art. 21, par. 1, Carta).

Dal canto suo, nella pronuncia del 2006 la Corte di Lussemburgo ha ricordato che, nelle ipotesi contemplate dalla citata direttiva, gli Stati membri devono autorizzare il ricongiungimento senza potersi avvalere di discrezionalità, anche sul pre-

³² Cfr. art. 4, par. 1, della direttiva 2003/86.

³³ Si rammenta che dall'applicazione della direttiva in esame è esente la Danimarca, al pari del Regno Unito e dell'Irlanda, avendo scelto l'*opting out* (18° 'considerando').

³⁴ L'art. 4, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/86 recita: "in deroga alla disposizione che precede, qualora un minore abbia superato i dodici anni e giunga in uno Stato membro indipendentemente dal resto della sua famiglia, quest'ultimo, prima di autorizzarne l'ingresso ed il soggiorno ai sensi della presente direttiva, può esaminare se siano soddisfatte le condizioni per la sua integrazione richieste dalla sua legislazione in vigore al momento dell'attuazione della presente direttiva".

³⁵ Cfr. N. COLACINO, *Ricongiungimento familiare e superiore interesse del minore: la Direttiva 2003/86/CE al vaglio della Corte di Giustizia*, in M. R. SAULLE, L. MANCA (a cura di), *L'integrazione dei cittadini di Paesi terzi nell'Europa allargata*, Napoli, 2006, p. 59; F. IPPOLITO, *Corte di giustizia e diritto al ricongiungimento familiare: verso un diritto davvero "fondamentale" nell'ordinamento dell'Unione?*, in *Eurojus*, 2015, reperibile online.

³⁶ Cfr. la sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*.

supposto che gli atti derivati devono essere interpretati e applicati nel rispetto dei diritti fondamentali, in particolare della tutela della vita familiare e del principio del preminente interesse del minore³⁷. Tuttavia, pur proclamando in maniera solenne l'importanza dei diritti fondamentali sanciti nella Carta e nella Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 (di seguito Conv.), i giudici europei hanno affermato la conformità della direttiva sia al principio del superiore interesse del minore, in quanto espressamente richiamato dall'art. 5, par. 5, della direttiva, sia alla giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 8 CEDU, posto che il potere discrezionale attribuito agli Stati membri di applicare le già *vigenti* condizioni di integrazione sarebbe del tutto analogo a quello esercitato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo, Corte EDU) nel decidere, caso per caso, la legittimità dei provvedimenti statali di diniego dei permessi di soggiorno dei minori per ricongiungimento³⁸. Da quanto premesso scaturisce la considerazione che la sentenza *Genc* completa la lettura interpretativa della pronuncia del 2006, inserendosi nella sua linea argomentativa e rappresentando un tassello significativo di una giurisprudenza in via di formazione relativa alla compatibilità, rispetto al diritto dell'UE, della prassi, ormai diffusa negli Stati membri, di imporre nuove condizioni di integrazione sociale obbligatorie superando, di fatto, le clausole di *standstill*.

5. L'approccio seguito dalla Corte di giustizia, se da un lato può certamente condividersi, almeno nella parte in cui uno stringente controllo sulle modalità applicative delle condizioni di integrazione consente di evitare un abuso dello strumento e una automaticità del rigetto della domanda di ricongiungimento³⁹, dall'altro lato non appare in sintonia col diritto alla vita familiare, di cui all'art. 7 della Carta, e con il principio del superiore interesse del minore la cui natura vincolante è pacifica, giusta l'art. 24, par. 2, e, in generale, alla luce del precetto di cui all'art. 52, par. 3, della Carta⁴⁰. Ed infatti, in base a quest'ultimo presupposto, la Corte di giustizia ha mutuato l'indirizzo giurisprudenziale della Corte EDU in virtù del quale, benché l'art. 8, par. 1, CEDU non garantisca a favore dello straniero alcun diritto a entrare o risiedere nel territorio di uno Stato determinato, l'esclusione di un minore da un Paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare⁴¹. Una simile ingerenza viola

³⁷ *Ivi*, punto 60. Tali principi sono stati ribaditi anche nella sentenza *Chakroun*, punto 44, e nella pronuncia del 6 dicembre 2012, cause riunite C-356 e 357/11, *O. e S.*, punto 74.

³⁸ Cfr. la sentenza *Parlamento europeo c. Consiglio*, punti 60, 62-76, 101 e 105. In dottrina, v. F. MACRÌ, *La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare di cittadini di Stati terzi: la sentenza del Parlamento c. Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 793 ss.

³⁹ Analogamente, la sentenza *Dogan*, punto 38.

⁴⁰ L'art. 52, par. 3, della Carta recita: “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”. Ed invero, in relazione all'art. 7 della Carta, le Spiegazioni a essa allegate affermano che “conformemente all'articolo 52, paragrafo 3 [della Carta], il significato e la portata di questi diritti sono identici a quelli del corrispondente articolo della CEDU. Le limitazioni che vi possono legittimamente essere apportate sono pertanto quelle autorizzate ai sensi del suddetto articolo 8 (...)”. Cfr. C. CAMPIGLIO, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 279 ss.

⁴¹ Cfr. sentenze dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, punto 42; del 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Akrich*, punto 59; e *Parlamento c. Consiglio*, punto 35 ss.

la CEDU, salvo in caso di corrispondenza ai requisiti di cui al par. 2 dello stesso articolo, cioè sia “prevista dalla legge”, dettata da uno o più scopi legittimi ai sensi della disposizione citata, “necessaria, in una società democratica” e proporzionata al fine legittimo perseguito⁴². Dal canto suo, la Corte di Strasburgo nei casi *Sen e Tuquabo-Teckle*⁴³, relativi al ricongiungimento di minori stranieri, pur in assenza di espliciti riferimenti testuali al principio del superiore interesse del minore, lo ha pretoriamente valorizzato includendolo tra i criteri che ispirano la giurisprudenza relativa all’art. 8 CEDU⁴⁴. Tanto premesso, essa è giunta a ritenere contrario alla norma in parola il diniego di entrata e di soggiorno a favore del minore, nonostante il forte radicamento di questi nel Paese d’origine e indipendentemente dalla valutazione delle condizioni di integrazione nel Paese in cui si erano trasferiti i genitori e dall’età del minore richiedente, seguendo l’approccio *case by case* e stante la mancanza di un equo bilanciamento tra gli interessi del minore alla vita familiare e quelli dello Stato di accoglienza concernenti la normativa sull’immigrazione⁴⁵.

Tuttavia, a dispetto del richiamo della CEDU, della giurisprudenza della Corte EDU e di un graduale superamento della visione mercantilista dell’ordinamento dell’UE, i giudici di Lussemburgo sono ancora distanti dal conferire al ricongiungimento dei minori cittadini di Stati terzi la natura di diritto “fondamentale”, non solo in quanto ispirati da un diverso impianto normativo, ma perché attenti a seguire una traiettoria giurisprudenziale basata sul ricongiungimento se e in quanto strumentale alla libertà di circolazione dei lavoratori e non quale diritto (umano) a sé stante⁴⁶.

⁴² V. le sentenze del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, par. 67 s.; del 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera*, par. 38; del 28 novembre 1996, *Ahmut c. Paesi Bassi*, paragrafi 63 e 67; del 21 ottobre 1997, *Boujlifa c. Francia*, par. 42; del 28 giugno 2011, *Nunez c. Norvegia*, paragrafi 69, 84; del 30 luglio 2013, *Berisha c. Svizzera*, par. 49. In dottrina, fra gli altri, v. B. DE HART, *Love Thy Neighbour: Family Reunification and the Rights of Insiders*, in *European Journal of Migration Law*, 2009, p. 235 ss.; S. MOANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in Europe: the ECJ and ECtHR*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 1080 ss.; M. O’BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, III ed., p. 244 ss.

⁴³ Cfr. le sentenze del 21 dicembre 2001, *Sen c. Paesi Bassi*, par. 45 ss., e del 1° dicembre 2005, *Tuquabo-Teckle c. Paesi Bassi*, par. 50. Sulla tutela dei minori nella CEDU, v. M. BUQUICCHIO DE BOER, *Children and the European Convention on Human Rights*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: the European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Köln, 1988, p. 73 ss.; U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot, 1999; L. COUTURUER-BOURDINIÈRE, *La Convention européenne des droits de l’homme et la protection des droits des enfants, in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen G. Cohen-Jonathan*, I, Bruxelles, 2004, p. 523 ss.

⁴⁴ V. da ultimo la sentenza *Berisha*, in cui al par. 51 si legge: “[T]he Court has further held that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount (see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, § 135, ECHR 2010). For that purpose, in cases regarding family reunification the Court pays particular attention to the circumstances of the minor children concerned, especially their age, their situation in their country of origin and the extent to which they are dependent on their parents”.

⁴⁵ V. Cfr. le sentenze *Sen*, par. 45 ss., e *Tuquabo-Teckle*, par. 50. Sul punto v. C. SMYTH, *The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the ECHR: How Principled is the Court’s Use of the Principle?*, in *European Journal of Migration Law*, 2015, p. 70.

⁴⁶ Circa l’importanza del ricongiungimento quale diritto umano si veda, *inter alia*, la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio di Europa del 26 marzo 2002, Rec(2002)4, sullo *status* giuridico delle persone ammesse al ricongiungimento familiare, e la decisione del Comitato europeo

Unica eccezione quella del minore cittadino europeo, il quale è tutelato ampiamente dal principio – sempre di origine giurisprudenziale – del godimento effettivo dei diritti fondamentali derivanti dalla cittadinanza europea⁴⁷. Ed infatti, nel caso *Genc* la prospettiva della Corte di giustizia non è stata certo quella di facilitare il rispetto della vita familiare del minore in un determinato Stato membro – come nel caso *Ruiz Zambrano*⁴⁸ riferito invece ai minori cittadini dell’UE – ben potendo la prima svolgersi altrove in virtù del c.d. *elsewhere approach*.

La pronuncia *Genc*, dunque, è il risultato di una valutazione della condizione del minore straniero all’interno del prisma delle attività economiche e delle nascenti politiche integrative spesso non inclusive, lasciando però in ultima analisi alla Corte EDU l’eventuale impegno di una lettura della sua essenza di diritto umano, come

dei diritti sociali del 20 ottobre 2009, sulla doglianza n. 47/2008, *Defence for Children International v. The Netherlands*, par. 29.

⁴⁷ Cfr. sentenze del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*, punto 56; *Aloka*, punti 28-32; del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*, punto 47; *Dereci*, punti 64, 66 e 67; dell’8 novembre 2012, causa C-40/11, *Iida*, punto 71. V. parimenti, l’analisi dell’evoluzione di tale giurisprudenza nelle conclusioni dell’Avvocato generale M. Szpunar del 4 febbraio 2016, cause riunite C-165 e 304/14, *Rendón Marín e CS*. In dottrina, fra gli altri, v. P. DE CESARI, *L’interesse del minore nella prospettiva del diritto comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001; L. DANIELE, *La protezione dei diritti dell’uomo dell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2009, p. 645 ss.; B. NASCIBENE, *La cittadinanza europea e la cittadinanza di residenza. Quali prospettive per uno statuto del cittadino di Paese terzo*, in P. DE PASQUALE, C. PESCE (a cura di), *I cittadini e l’Europa. Principio democratico e libertà economiche*, Napoli, 2015, p. 149 ss.

⁴⁸ V. la sentenza dell’8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*. In dottrina, fra gli altri, M. CON-DINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Leiden, 2008; M. C. BARUFFI, *La cittadinanza dell’Unione e i diritti di minori nello spazio giudiziario europeo*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010, p. 78 ss.; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010; A. ADINOLFI, *Diritto di soggiorno di cittadini di Stati terzi per rendere effettivo il diritto di soggiorno di cittadini dell’Unione nel loro Stato di cittadinanza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 467 ss.; M. E. BARTOLONI, *Il caso Ruiz-Zambrano: la cittadinanza dell’Unione europea tra limiti per gli Stati membri e garanzie per i cittadini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 652 ss.; R. DE MEO, *Status di cittadino europeo del figlio e diritto derivato di soggiorno del genitore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, c. 763 s.; S. A. DE VRIES, *A NEW ROUTE INTO THE PROMISED LAND? BEING A EUROPEAN CITIZEN AFTER RUIZ ZAMBRANO*, in *European Law Review*, 2011, p. 704 ss.; 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 *Common Market Law Review*, 2011, p. 1253 ss.; A. HINAREJOS, *Extending Citizenship and the Scope of EU Law*, in *Cambridge Law Journal*, 2011, p. 309 ss.; P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, p. 417 ss.; R. MORRIS, *European Citizenship and the Right to move Freely: Internal Situations, Reverse Discrimination and Fundamental Rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, p. 179 ss.; R. PALLADINO, *Il diritto di soggiorno nel “proprio” Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, p. 331 ss.; F. PICOD, *Reconnaissance d’un droit de séjour à un ressortissant colombien père de deux enfants devenus citoyens de l’Union*, in *La Semaine juridique-édition générale*, 2011, p. 543; P. VAN ELSUWEGE, *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 *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 263 ss.; N. SHUIBHNE, *(Some Of) The Kids Are All Right: Comment on McCarthy and Dereci*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 349 ss.; ID., *The Coherence of EU Free Movement Law: Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford, 2013, p. 133; K. LENAERTS, *The Concept of EU Citizenship in the Case Law of the European Court of Justice*, in *ERA Forum*, 2013, p. 569 ss.; L. S. ROSSI, *Sul nucleo essenziale del diritto alla cittadinanza. La giurisprudenza europea da Zambrano a Ymeraga*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, p. 957.

proposto peraltro dalla stessa Corte di giustizia nel caso *Dereci*⁴⁹, e come accolto dalla Corte EDU nel caso *Jeunesse*⁵⁰.

In verità, una valutazione qualitativa del rispetto dei diritti dei minori migranti nella direttiva 2003/86 è stata effettuata anche dalla Commissione nel Libro verde del 2011 sul diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini di paesi terzi che vivono nell'Unione europea, nel quale sono già stati individuati taluni problemi trasversali di recepimento non corretto della disciplina, giungendo alla conclusione che tale direttiva lascia agli Stati membri un margine di discrezionalità troppo ampio nell'applicare le clausole facoltative, in particolare riguardo alle eventuali condizioni di integrazione dei minori⁵¹.

Sul punto, pertanto, sarebbe stato auspicabile che nel caso in commento la Corte di giustizia avesse seguito le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi nella parte in cui, usando una "metafora medica", suggerisce di indicare adeguate "misure terapeutiche" onde favorire l'assimilazione del minore straniero nel nuovo contesto sociale, ossia "misure di integrazione" – piuttosto che le condizioni – da applicare dopo il loro primo ingresso nello Stato di accoglienza, o cui eventualmente subordinare il rinnovo del permesso di soggiorno⁵².

Segnatamente, quest'ultima misura, auspicata anche dalla Commissione nella sua Agenda per l'immigrazione del 2015⁵³, è stata adottata dal legislatore italiano con l'art. 2 del D.P.R. del 14 settembre 2011, n. 179, il quale prevede a carico dei minori stranieri, che abbiano superato i 16 anni e che entrino in Italia per ricongiungimento, o a seguito dei genitori autorizzati all'ingresso (art. 29 del Testo unico sull'immigrazione), la firma di un accordo di integrazione, articolato per crediti, con l'impegno a sottoscrivere specifici obiettivi di integrazione da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno, pena la sua revoca o il rifiuto del suo rinnovo (art. 6, co. 7)⁵⁴.

⁴⁹ V. la sentenza *Dereci*, punti 69-72, e il commento di V. DI COMITE, *Il desiderio di "vivere insieme" e il mancato diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini europei "statici" alla luce del caso Dereci*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 463 ss.

⁵⁰ Cfr. la sentenza della Corte EDU del 3 ottobre 2014, *Jeunesse c. Paesi Bassi*, par. 111 s., in cui si legge che premesso che: "[I]n the *Dereci* case, the Court of Justice of the EU, whilst finding no obligation under EU law to admit the third country national, also held that this finding was without prejudice to the question whether, on the basis of the right to respect for family life, a right of residence could not be refused but that this question had to be considered in the framework of the provisions on the protection of fundamental rights. It is precisely in that latter framework that the Court will now examine the applicant's case, namely – and as noted above – the alleged failure of the Netherlands authorities to protect the applicant's fundamental right to respect for family life as guaranteed by Article 8 of the Convention".

⁵¹ Cfr. COM(2011)735 def., p. 4.

⁵² V. le citate conclusioni *Genc*, punto 53, e *Dogan*, punto 42.

⁵³ Cfr. Agenda per l'immigrazione della Commissione europea del 13 maggio 2015, COM(2015) 240 final, reperibile *online*.

⁵⁴ Cfr. art. 4-bis, co. 2, del Testo unico sull'immigrazione di cui al decreto legislativo del 25 luglio 1998 n. 286. È appena il caso di rammentare che, attualmente, sono all'esame del Senato le modifiche al predetto T.U. concernenti le misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, rel. On. Zampa, Atto Camera: 1658. Sul punto si vedano le osservazioni di V. N. ZORZELLA, *Il dovere di integrarsi*, in M. RUSSO SPENA, V. CARBONE (a cura di), *Il dovere di integrarsi: cittadinanze oltre il logos multiculturalista*, Roma, 2014, p. 136; e di J. VITERALE, *Il minore straniero*, in A. MACRILLÒ (a cura di), *I diritti del minore e la tutela giurisdizionale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2015, p. 515.

Alla luce di quanto fin qui detto c'è da chiedersi quale funzione assuma nel diritto dell'UE il principio del superiore interesse del minore, sul quale si fondano, nella visione olistica del Comitato sui diritti del fanciullo, l'insieme dei diritti dei minori sanciti dalla Conv. e definiti indivisibili e interdipendenti specie se connessi alla sua condizione migratoria⁵⁵. Certo è che il principio in parola ha avuto ed ha sempre più un ruolo cardine nel diritto minorile e che, già prima della sua positivizzazione in ambito internazionale, esso ha ispirato progressivamente le pronunce di giudici nazionali e sovranazionali. Si aggiunga che la sua ampia applicazione in tutti i livelli ordinamentali farebbe propendere per la sua natura di principio consuetudinario, come confermato dalla prassi degli Stati e dalla giurisprudenza internazionale⁵⁶.

⁵⁵ Si veda del Comitato sui diritti del fanciullo il Commento generale n. 14 del 29 maggio 2013 sul diritto dei minori a veder garantito il loro migliore interesse, CRC/C/GC/14. In dottrina si rinvia, fra gli altri, a C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di “best interests of the child”*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 981 ss.; P. MARTINELLI, J. MOYERSON, *L'interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero*, in *Minori e giustizia*, 2011, p. 7 ss.; R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, *ivi*, p. 15 ss.

⁵⁶ In tal senso si veda il par. 16 del Commento generale n. 6 del 3 giugno 2005 sul trattamento dei bambini separati dalle proprie famiglie e non accompagnati fuori dal loro paese d'origine in cui il Comitato sui diritti del fanciullo dichiara “*la natura cogente degli obblighi derivanti dalla Convenzione e il loro carattere di lex specialis*”; la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali del 20 ottobre 2009 sulla doglianza n. 47/2008, *Defence for Children International v. The Netherlands*, par. 29, secondo il quale, sebbene il principio in parola non sia previsto nella Carta sociale europea, “when ruling on situations where the interpretation of the Charter concerns the rights of a child, the Committee considers itself bound by the internationally recognized requirement to apply the best interests principle”; la sentenza della Corte EDU del 5 aprile 2011, affare *Rahimi c. Grecia*, par. 108, in cui si legge: “enfin, la Cour note que, dans le contexte de sa jurisprudence sur l'article 8 de la Convention et la protection de la vie familiale, elle a déjà admis qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer” con esplicito riferimento agli articoli 3 e 37 della Conv., principio ripreso ampiamente dalla sentenza *Berisha*, par. 51. Tale principio è anche consacrato, senza volere essere esaustivi, nell'art. 24 del Patto sui diritti civili e politici; nell'art. 10, par. 3, del Patto sui diritti economici, sociali e culturali; nell'art. 1, par. 2, della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996; nell'art. 4 della Carta africana sui diritti e sul benessere del fanciullo del 11 luglio 1990; nell'art. 19 della Convenzione interamericana sui diritti umani del 22 novembre 1969 e dall'art. 16 del suo Primo Protocollo addizionale in materia di diritti economici, sociali e culturali del 17 novembre 1988. Si aggiunga che tale principio è stato inserito anche nelle Linee guida su una giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010, e nei tre Protocolli annessi alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 di cui l'ultimo, del 2011, relativo alle procedure di comunicazione al Comitato sui diritti del fanciullo e alle Regole di procedura, conferma il rilievo dell'interesse superiore del minore, rivolto questa volta non solo agli Stati parti, bensì allo stesso Comitato quale principio procedurale. In dottrina sulla natura del principio in esame, si rinvia, tra gli altri, a M. R. SAULLE, *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994; A. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 1999; A. M. DEL VECCHIO, *La protezione dei minori nell'evoluzione delle convenzioni internazionali in materia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, p. 655; C. BREEN, *The Emerging Tradition of the Best Interests of the Child in the European Convention on Human Rights*, in C. BREEN (ed.), *The Standard of the Best Interest of the Child*, Dordrecht, 2002; M. C. MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 232 ss.; G. GIOFFREDI, *Effettività e limiti della tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 391 ss.; C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 987 ss.; C. PITEA, L. TOMASI, *Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012; A. LUCIFORA, *Il minore straniero tra*

A dispetto di ciò, è dato di osservare che in tema di ricongiungimento di minori stranieri, i giudici europei raramente hanno richiamato il principio del superiore interesse del minore migrante⁵⁷. Questo silenzio sembra denotare una carenza valutativa sulla portata della fonte richiamata, ovvero una scarsa permeabilità dell'ambito giurisprudenziale verso i diritti umani fondamentali dei minori sanciti a livello internazionale ed europeo, e rappresenta una assenza di non poco momento a fronte della nozione univoca di minore contenuta nell'art. 1 Conv. A quest'ultima, infatti, si contrappone la frammentarietà dei regimi dell'ordinamento UE, applicabili ai minori stranieri in funzione della loro età e *status* personale e familiare, e i cui profili non sono del tutto coerenti con il divieto di discriminazione (art. 2 Conv.), ciò che determina, di fatto, una tutela asimmetrica del minore a seconda della cittadinanza.

Si aggiunga che al superiore interesse del minore (art. 3 Conv.) è riconosciuta la natura di diritto fondamentale e di principio informatore di tutta la normativa a tutela del minore, il quale trova esatta corrispondenza nell'art. 24 della Carta, che al par. 3 sancisce il diritto del minore a intrattenere regolari rapporti personali con i genitori, privilegiando l'assetto di interessi più favorevole a una sua crescita e maturazione equilibrata e sana⁵⁸. Del pari, non va trascurata la lettura dell'art. 3 Conv. in combinato disposto con gli articoli 8 e 9, par. 1, Conv., i quali impegnano gli Stati contraenti a preservare le relazioni familiari del minore affinché egli non sia separato dai genitori contro la sua volontà se non nel suo precipuo interesse; e ancora, con l'art. 10, par. 1, Conv., in virtù del quale la domanda di ricongiungimento deve essere esaminata dallo Stato richiesto in uno spirito positivo, con umanità e diligenza.

6. Diventa a questo punto utile svolgere alcune considerazioni conclusive circa l'atteggiamento dimostrato dalla Corte di giustizia la quale, nonostante l'iniziale centralità assegnata alla tutela dei diritti fondamentali, quali garantiti in particolare dal sistema convenzionale all'interno dell'ordinamento UE e dalla loro interpretazione alla luce della giurisprudenza di Strasburgo più volte richiamata, approda a conclusioni non pienamente coerenti con tali premesse.

Ed infatti, se tener conto in concreto della capacità di integrazione dei minori può essere ragionevole, le conseguenze che possono derivare dalla sentenza *Genc* suscitano qualche perplessità. In primo luogo, in quanto assegnare preminenza all'integrazione, e quindi alla "vita sociale" del minore, rispetto alla tutela della sua "vita familiare" potrebbe non rappresentare un equo bilanciamento dei *competing interests* se non giustificato alla luce dei limiti contemplati dal par. 2 dell'art.

ordine pubblico e superiore interesse del fanciullo, in *I quaderni europei*, 2012, p. 4 ss.; I. INGRAVALLO, *La tutela internazionale dei minori dopo l'entrata in vigore del terzo Protocollo opzionale alla Convenzione del 1989*, in *La Comunità Internazionale*, 2014, p. 431 ss.

⁵⁷ V. *supra* le sentenze della nota 41. Per una panoramica sulla normativa UE in materia di tutela dei diritti dei minori, si veda *EU acquis and policy documents on the rights of the child*, Commissione europea, DG Giustizia, dicembre 2015.

⁵⁸ Sul *favor minoris* v. C. MCGLYNN, *Rights for Children? The Potential Impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, 2002, p. 387 ss.; A. VETTOREL, *L'incidenza del judicial activism della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia sugli ordinamenti statali: i nuovi diritti delle famiglie migranti*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, reperibile online; R. LAMONT, *Article 24*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 209 ss.

8 CEDU⁵⁹. Peraltro, la stessa Corte EDU ha ribadito che, anche in materia di ricongiungimento ai sensi della direttiva 2003/86, “lorsqu’il y a des enfants, les autorités nationales doivent, dans leur examen de la proportionnalité aux fins de la Convention, faire primer leur intérêt supérieur”⁶⁰.

In secondo luogo, con la pronuncia *Genc* la Corte di giustizia ha avvalorato il trattamento discriminatorio cui soggiace il ricongiungimento del minore straniero nell’UE, specie se paragonato a quello riservato sia al coniuge del cittadino di uno Stato terzo, sia ai rifugiati e/o ai loro familiari. Riguardo a questi ultimi, infatti, l’art. 7, par. 2, della direttiva 2003/86 impone solo il rispetto di “misure di integrazione”, da applicare successivamente al loro ingresso nello Stato membro e con l’espressa finalità di facilitare il loro inserimento sociale⁶¹.

Ciò premesso, e atteso che l’originaria impostazione del legislatore dell’Unione era quella di estendere il principio della tutela della vita familiare, affermatosi con riferimento ai cittadini UE, anche ai cittadini di Paesi terzi legalmente soggiornanti⁶², mal si comprendono le ragioni di un obbligo di integrazione imposto in termini più rigorosi al figlio minore, il quale, di fatto, è altresì discriminato a causa della sua incapacità di agire, posto che la presentazione della istanza di ricongiungimento dipende dalla esclusiva volontà dei genitori i quali, a prescindere dai *desiderata* del minore, possono decidere della sua permanenza nello Stato nazionale.

Pertanto, conseguenza dell’inadeguata considerazione del preminente interesse del minore è la privazione della sua innegabile condizione di vulnerabilità riconosciuta dal diritto internazionale, secondo cui la garanzia dei diritti fondamentali dovrebbe travalicare ogni confine territoriale, per proteggere l’estrema fragilità psico-fisica in cui “ogni essere umano avente un’età inferiore a diciotto anni” si trova (art. 1 Conv.)⁶³.

⁵⁹ Vedi altresì il punto 53 delle conclusioni *Genc*, in cui l’Avvocato generale P. Mengozzi sostiene che le autorità statali, in luogo di un diniego sulla base di una previsione pessimistica in termini di integrazione, potrebbero ipotizzare la concessione di un permesso di soggiorno di durata determinata il cui rinnovo sia subordinato alla frequentazione, da parte del minore, di corsi di lingua o di educazione civica statali. In senso analogo, le conclusioni *Demir*, punto 27.

⁶⁰ Cfr. sentenza della Corte EDU del 10 luglio 2014, *Mugenzi c. Francia*, par. 45.

⁶¹ L’art. 7, par. 2, della direttiva 2003/86 recita: “gli Stati membri possono chiedere ai cittadini di paesi terzi di soddisfare le misure di integrazione, conformemente alla legislazione nazionale. In riferimento ai rifugiati e/o ai loro familiari di cui all’art. 12, le misure di integrazione di cui al primo paragrafo possono essere applicate soltanto dopo che alle persone interessate sia stato accordato il ricongiungimento familiare”. In tal senso, l’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *K. A.*, punto 57.

⁶² V. in dottrina S. PEERS, *Towards Equality: Actual and Potential Rights of Third-Country Nationals in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 7 ss.; H. STAPLES, *Legal Status of Third Country Nationals Resident in the EU*, The Hague, 1999; M. HEDEMANN ROBINSON, *An Overview of Recent Legal Developments at Community Level in Relation to Third Country Nationals Resident within the European Union, with Particular Reference to the Case Law of the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 525 ss.; G. BARRETT, *Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members*, *ivi*, 2003, p. 369 ss.; C. U. DE SOUSA, *Le regroupement familial au regard des standards internationaux*, in F. JULIENE-LAFERRIERE, H. LABAYLE, O. EDSTROM (dirs.), *La politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique des cinq ans après le traité d’Amsterdam*, Paris, 2005; R. BALL, *The Legitimacy of the European Union through Legal Rationality: Free Movement of Third Country Nationals*, Abingdon, 2014.

⁶³ In proposito, parte della dottrina ha attirato l’attenzione sulla scarsa valorizzazione della dimensione internazionale dei diritti dei minori da parte della Corte di giustizia, specie riguardo alle indicazioni del Comitato sui diritti del fanciullo nell’applicazione della Convenzione medesima, cfr. B. MASSON,

Infine, per completezza, riteniamo utile specificare che la sentenza in commento contribuisce, insieme ad altri precedenti, a delineare i limiti alle azioni di integrazione statali, nel senso di considerare incompatibili con il diritto dell'UE tutte quelle condizioni e/o misure di integrazione la cui applicazione impedisca *automaticamente* il ricongiungimento dei familiari del soggiornante ai sensi della direttiva 2003/86, come nel caso dell'eccessiva onerosità dei contributi per il rilascio dei permessi di soggiorno e/o delle spese sostenute per l'esame di integrazione civica⁶⁴.

Abstract

The New Requirements Imposed by EU Member States to the Reunification of Third-country Children for a Potential Successful Integration: A View from the EU Court of Justice

The recent trend of immigration laws in EU member States is to add new and more stringent conditions on third-country children family reunification in order to enable a foreseeable successful integration. Recently, the legitimacy of these conditions has been examined by the EU Court of Justice in the light of its standstill clause jurisprudence evaluating whether the new integration conditions may be justified by an “overriding reason in the public interest”. This contribution analyses the assessments stemming from the Court’s decision which may have important repercussions also on the application of others UE Directives on family reunification. Furthermore, it has also implications on the right of family reunification, as enshrined in Article 8 ECHR, and in the light of the best interests of the child protected by the International Convention of 1989.

op. cit., p. 823; I. DE JESUS BUTLER, *The European Union and International Human Rights Law*, 2011, p. 11, pubblicazione a cura dell'Ufficio Regionale per l'Europa dell'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite, reperibile *online*. Da ultimo, è appena il caso di dare di conto dell'attuazione da parte della Danimarca di quanto disposto nella pronuncia *Genc*. Sul punto, il Parlamento danese, con legge n. 191 del 3 giugno 2016, ha provveduto ad abolire “l'obbligo di integrazione riuscita” se e in quanto imposto esclusivamente al minore la cui istanza di ricongiungimento sia stata presentata dopo due anni dal rilascio del permesso di soggiorno al genitore, facendo venire meno il discrimine formale tra i minori stranieri. A seguito di tale provvedimento legislativo, il Ministero danese per l'immigrazione ha disposto la disapplicazione del predetto requisito temporale sia riguardo alle istanze pendenti al 31 maggio 2016, sia alle istanze respinte a far data dal 1° luglio 2004, data di entrata in vigore della normativa censurata. V. il sito ufficiale del Servizio di immigrazione danese.

⁶⁴ In tal senso si vedano le sentenze del 26 aprile 2012, causa C-508/10, *Commissione c. Paesi Bassi*, punti 64-75, e *K.A.*, punti 64 e 75 ss., nelle quali la Corte ha dichiarato che, sebbene gli Stati membri conservino un margine di discrezionalità nel fissare l'importo di tali contributi, quest'ultimo “non deve avere né per scopo né per effetto di creare un ostacolo al conseguimento dello status di soggiornante di lungo periodo”. Lo stesso dicasi riguardo alla valutazione del “livello di conoscenze richieste per superare l'esame di integrazione civica, dell'accessibilità ai corsi e al materiale necessario per preparare questo esame, degli importi applicabili ai cittadini di Paesi terzi a titolo di costi d'iscrizione per sostenere detto esame”, nonché delle “circostanze individuali particolari, come l'età, l'analfabetismo o il livello di istruzione”, cfr. sentenza *P. S.*, punto 49.

Giovanni Zaccaroni*

La struttura del giudizio sull'uguaglianza davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo

SOMMARIO: 1. Introduzione: la struttura e le caratteristiche del giudizio sull'uguaglianza davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. – 2. La fase di valutazione ed ammissibilità dei motivi di ricorso. – 3. L'individuazione della forma della discriminazione. – 4. *Segue*: le discriminazioni dirette. – 5. *Segue*: le discriminazioni indirette. – 6. *Segue*: l'intimidazione, gli *hate speeches* e gli *hate crimes*. – 7. La fase di comparazione. – 8. *Segue*: tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio c.d. "leggero". – 9. *Segue*: tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio severo: i *serious grounds of discrimination*. – 10. La fase di giustificazione o di riconoscimento della violazione. – 11. Conclusioni: oltre la comparazione?

1. Questo lavoro si occuperà della struttura del giudizio sull'uguaglianza davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti, la Corte). La giurisdizione della Corte, che assicura la corretta interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti, la Convenzione), rappresenta infatti l'ultimo grado della tutela dei diritti fondamentali in Europa, una volta esauriti gli ulteriori mezzi di soluzione delle controversie presenti a livello nazionale. Da qui discende l'esigenza di analizzare la struttura del giudizio davanti alla Corte di un particolare diritto fondamentale: il diritto all'uguaglianza, che costituisce il fondamento del patrimonio comune dei diritti dell'uomo. Le ragioni che portano a delineare la struttura del giudizio sull'uguaglianza sono diverse. Innanzitutto, una questione di economia argomentativa: un giudizio strutturato è un giudizio più fruibile per l'interprete e per coloro che vi si avvicinano. Poi c'è una questione di ordine: i dispositivi delle sentenze delle maggiori corti europee rappresentano in molti casi il compromesso fra posizioni diverse all'interno dei collegi. Per questo non è a prima vista semplice riconoscere la struttura del ragionamento e dunque il percorso che i giudici hanno compiuto per arrivare alla sentenza. In questo caso il ruolo dell'interprete è quello di riconoscere, fra le pieghe del ragionamento della Corte, i punti comuni, e di tentare di restituire una struttura il più possibile coerente, che costituisca una guida nel lavoro di ricerca e di interpretazione. È pur vero che in molti casi sono le stesse corti a fornire gli elementi necessari a riconoscere la struttura del giudizio. Ma vi sono casi in cui non è altrettanto semplice, e la ricostruzione del percorso logico è dunque nuovamente affidata all'interprete.

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

* Ricercatore post-dottorale nell'Università del Lussemburgo.

Lo studio della struttura del giudizio sull'uguaglianza è probabilmente la modalità più interessante in cui si può comprendere in che modo la Corte abbia sviluppato la tutela offerta dalla Convenzione all'uguaglianza¹. Nel momento in cui la Convenzione è stata aperta alla firma il 4 novembre 1950 il testo prevedeva la menzione del divieto di discriminazione all'art. 14 secondo una formulazione che per l'epoca rappresentava una novità di rilievo, soprattutto per l'individuazione di specifiche tipologie di discriminazione nei confronti delle quali il testo della Convenzione era espressamente indirizzato².

Il testo prende spunto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, nella quale si prevede la menzione del divieto di discriminazione nell'art. 2. Il divieto di discriminazioni iscritto all'art. 14 della Convenzione, tuttavia, si sviluppa in un contesto diverso: il carattere della Dichiarazione è eminentemente programmatico, mentre la Convenzione è stata concepita come testo giuridicamente vincolante destinato all'applicazione giurisdizionale. Questo non limita naturalmente la dimensione storica dell'asserzione contenuta nella Dichiarazione, che permette al principio di uguaglianza di fare il suo ingresso all'interno del diritto internazionale moderno³.

¹ Su cui si vedano: N. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, 1976, p. 175; F. JACOBS, *The European Convention of Human Rights*, Oxford, 1976, p. 188; S. LIVINGSTONE, *Article 14 and The Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, p. 25 ss.; J. SCHOKKENBROEK, *The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 20 ss.; O. M. ARNADOTTIR, *Equality and Non-discrimination under the European Convention of Human Rights*, L'Aja, 2004; R. WINTEMUTE, "Within the Ambit": *How is the Gap in Article 14 European Convention on Human Rights?*, in *European Human Rights Law Review*, 2004, p. 366 ss.; F. VAN DIJK, F. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, L'Aja, 2006, p. 1027 ss.; M. MALIK, N. BAMFORTH, C. O'CONNOR, *Discrimination Law, Theory and Context*, London, 2008; F. SUDRE, H. SURREL, *Le droit à la discrimination au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, 2008; p. 211 ss.; P. WACHSMANN, *Droits de l'homme*, Parigi, 2008, V ed.; ID., *Libertés publiques*, Parigi, 2013, VII ed.; U. VILLANI, *Tutela dei diritti fondamentali nel 'dialogo' tra corti europee e giudici nazionali*, in L. MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 115 ss.; ID., *Dalla dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2016, II ed.; L. S. ROSSI, *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei Diritti UE e standards internazionali*, Napoli, 2011; P. DOLSO, F. SPITALIERI, *Commento all'14*, in R. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla CEDU*, Milano, 2012, p. 518 ss.; P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013.

² Si veda però anche la versione francese (ugualmente vincolante), che pare avere un ambito di applicazione ancora più ampio a causa dell'utilizzo della parola 'distinction'. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 giugno 1968, *Caso Linguistico Belga*, in cui la Corte afferma che la versione che più risponde alla natura del divieto di discriminazione secondo il mandato degli Stati membri è quella inglese.

³ Il diritto internazionale ha poi assicurato la tutela dalla discriminazione attraverso altri strumenti: si richiamano, in particolare, l'art. 3 della Convenzione sui rifugiati del 1951, l'art. 3 della Convenzione sugli apolidi del 1954, l'art. 1, par. 1 della Convenzione n. 111 del 1958 dell'Organizzazione internazionale sul lavoro, concernente la discriminazione in materia di impiego e professionale., l'art. 1, par. 1 della Convenzione Unesco del 1960 concernente la lotta alla discriminazione nel campo dell'educazione, e l'art. 1, par. 1 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965. Si ricordano poi anche la Carta sociale europea del 1961, che nel preambolo menziona il termine discriminazione, ed i Patti internazionali del 1966 relativi ai diritti

Dal punto di vista del testo convenzionale, la nozione di discriminazione all'interno della Convenzione è rimasta immutata sin dal 1950. L'unica novità di rilievo è stata quella dell'introduzione, nel 2000, della clausola generale di divieto di discriminazione prevista all'art. 1 del Protocollo n. 12.

L'obiettivo principale del Protocollo n. 12 è quello di introdurre una censura delle discriminazioni che sia autonoma ed indipendente dal contenuto degli altri diritti della Convenzione, in modo tale da permetterne una più estesa tutela. Tuttavia, non sono giunti ad ora all'attenzione della Corte casi di rilievo che ne domandano l'applicazione. Il numero di ratifiche da parte degli Stati membri⁴, per quanto sufficiente alla sua entrata in vigore, vede poi soltanto Spagna e Olanda come Stati ratificanti fra i Paesi maggiormente popolati ed influenti.

Dall'analisi dello stato dell'arte, si comprende quale sia stata la dimensione innovativa del primo divieto di discriminazione inscritto all'interno di una Convenzione internazionale che, dopo l'istituzione della Corte nel 1959, ha avuto un organo esclusivamente deputato al controllo giurisdizionale sull'applicazione della Convenzione da parte degli Stati che vi hanno aderito. Attraverso l'introduzione di questo obbligo, si mirava a creare uno spazio giuridico europeo dove i cittadini di tutti gli Stati membri fossero trattati in maniera paragonabile a quelli di altri Stati membri.

La tutela giurisdizionale assicurata dal principio all'interno del Consiglio d'Europa però pone dei problemi fondamentali: innanzitutto, assicurare la protezione della Convenzione in un sistema che è arrivato sino ad avere 47 Stati membri, espressione di tradizioni giuridiche molto diverse. E, ancora più importante, garantire la legittimazione di una Corte che è basata sul mandato degli Stati membri e non su un testo costituzionale o sulla necessità di amministrare la giustizia a livello nazionale. Per questo il giudizio sull'uguaglianza ha sostenuto la nascita di strumenti⁵ di interpretazione che permettessero di lasciare agli Stati membri la possibilità di applicare la Convenzione adattandola alle proprie tradizioni giuridiche. Tra questi quello che ha avuto più successo è sicuramente il "margine di apprezzamento", che, insieme alla teoria che prende in considerazione il "consenso" di cui gode un determinato strumento giuridico all'interno della disciplina degli Stati membri, ha influenzato in molti casi il giudizio sulla violazione della Convenzione⁶.

Un altro elemento che ha influito notevolmente sul giudizio di uguaglianza è l'esigenza di interpretare la Convenzione secondo lo spirito dei tempi. In effetti una

sociali, economici e culturali, nonché quelli relativi ai diritti civili e politici, che menzionano all'art. 2 una formula molto simile a quella già proposta nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Da ultimo, ricordiamo anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴ Sinora sono 19 gli Stati che hanno ratificato il Protocollo n. 12.

⁵ Nel riferirsi alle modalità con cui la Corte ha affrontato le peculiarità dell'ordinamento giuridico della Convenzione si preferisce qui ricorrere alla parola "strumenti", anziché a quella di "dottrine". Questo perché la sistematizzazione delle costruzioni giurisprudenziali, come vedremo in seguito, non ha i caratteri di coerenza e rigore tipici delle dottrine giuridiche (né ci si aspetta che li abbia, per il suo carattere finalistico), ma è il prodotto dell'analisi dei costi e dei benefici che ciascuna decisione della Corte può portare al compromesso alla base del Consiglio d'Europa.

⁶ Celebri le cause sui simboli religiosi. V. Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande camera), sentenza del 18 maggio 2011, *Lautsi c. Italia*; del 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turchia*; del 1° luglio 2014, *S.A.S. c. Francia*.

Convenzione introdotta nel 1950 (per quanto sia generale il carattere della sua formulazione) è uno strumento che pone problemi interpretativi di natura multiforme. Per questo si ricorre sempre più spesso alla nozione di interpretazione evolutiva o dinamica⁷ della Convenzione per giustificare il discostarsi dei giudici dall'interpretazione letterale. Un esempio particolarmente evidente dell'utilizzo di questa tecnica è la tutela nei confronti della discriminazione basata sull'orientamento sessuale, non inclusa fra le tipologie espresse nell'art. 14 della Convenzione. Tuttavia, essa deve essere combattuta proprio in virtù del fatto che all'epoca della stipula della Convenzione non era ancora emersa la necessità di contrastare questa categoria di discriminazioni.

Gli strumenti di interpretazione di cui si è dato brevemente conto caratterizzano in modo del tutto peculiare il giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte (per esempio, rispetto a quello davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea). Pur senza nulla togliere alla centralità delle diverse fasi del giudizio, ne influenzano fortemente lo sviluppo, aumentando o diminuendo le possibilità di giustificare la violazione della Convenzione.

La tutela in giudizio del principio di non discriminazione ha una articolazione che la distingue da tutte le altre ipotesi di verifica delle violazioni della Convenzione. Se negli altri casi la tutela della Convenzione segue lo schema tradizionale fondato su vaglio di ammissibilità, individuazione della violazione incorsa e riconoscimento di eventuali cause di giustificazione, il giudizio sull'uguaglianza ne aggiunge una ulteriore: quella di comparazione⁸. Come emerge dall'analisi dei testi convenzionali sopra richiamati, la tutela dalla discriminazione non può esistere come fatto a sé stante, ma necessita di essere abbinata alla tutela assicurata dalla Convenzione ad altri diritti. In virtù del suo carattere *accessorio*, le cause intentate sulla base dell'art. 14 rappresentano un numero meno cospicuo rispetto a quelle intentate sulla base di altri articoli⁹.

L'accessorietà del giudizio è dunque un dato che è necessario tenere presente quando si istruisce una causa davanti alla Corte. È anche una differenza importante rispetto alla tutela fornita dall'ordinamento geograficamente e politicamente più vicino, quello dell'Unione europea, poiché nell'Unione la tutela dell'uguaglianza ha una netta connotazione autonoma, collegata anche al suo carattere di propulsore dell'integrazione degli Stati membri. Mentre nella Convenzione, che è l'ultimo

⁷ Su cui si veda: P. WACHSMANN, *Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme*, in *SFDI, La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Parigi, 1998; K. DZEHTISIAROU, *European Consensus and Evolutive Interpretation of the Convention*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1730 ss.; G. LETSAS, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*, in G. ULFSTEIN, A. FOLLESDAL, B. PETERS (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013, p. 106 ss.

⁸ V. in particolare, seppure con riferimento all'esperienza degli Stati Uniti d'America, S. B. GOLDBERG, *Discrimination by Comparison*, in *Yale Law Journal*, 2011, p. 728 ss.

⁹ Sulla base di un'analisi condotta nel database della Corte (Hudoc), ove sono reperibili tutte le sentenze citate in questa sede (www.hudoc.echr.coe.int), il numero più alto di cause si rileva soprattutto per le violazioni in congiunzione con i diritti inclusi all'art. 8 (diritto alla vita privata e familiare) e 9 (libertà di religione). Sono un buon numero anche le violazioni richiamate sulla base del combinato disposto fra l'art. 12 e l'art. 14.

livello di giudizio disponibile negli ordinamenti degli Stati che vi aderiscono, si procede sempre attraverso l'aggancio della tutela offerta dall'art. 14 a quella degli altri diritti protetti. Questo perché la tutela dell'uguaglianza offerta dalla Corte è una tutela sul merito, diversamente da quanto accade per la Corte di giustizia dell'Unione europea, dove la tutela è incidentale, sull'interpretazione o sulla validità della norma impugnata secondo il diritto dell'Unione europea¹⁰. Anche per questa ragione, la protezione offerta dalla Convenzione *ex art. 14* è più vasta (ma non altrettanto penetrante) rispetto a quella offerta dall'Unione europea, che invece deve mantenersi all'interno dell'ambito delle sue competenze¹¹. Il principio di attribuzione infatti limita la censura delle ipotesi di discriminazione a quelle descritte nei Trattati (TUE e TFUE) e nella Carta dei diritti fondamentali, cosa che non accade per la Convenzione, che non è soggetta a limitazioni materiali riguardo all'ambito di applicazione. Questo fattore ha creato i presupposti per un'interpretazione ampia del divieto di discriminazione da parte della Corte, che ha precisato in diverse occasioni come la natura della proibizione delle discriminazioni non sia limitata a determinate tipologie ma sia piuttosto un divieto generale. Un tale riconoscimento pone una questione non da poco, rispetto a quanti sostengono che il mandato originale della Convenzione fosse ben più ristretto¹². Non si può ignorare però pure che vi sono esigenze di effettività della tutela, le quali fanno propendere per una interpretazione della Convenzione che abbracci anche quelle tipologie di discriminazione non presenti nel piano originale degli Stati membri della Convenzione. D'altra parte, la Convenzione presenta già per sua natura dei problemi intrinseci in relazione alla efficace trasposizione delle pronunce della Corte a livello nazionale, legate al carattere monista o dualista degli ordinamenti che ne fanno parte; sarebbe dunque molto delicato non tenere conto in sede interpretativa delle esigenze emerse dalla evoluzione della società¹³.

2. Compiuta un'analisi preliminare delle caratteristiche generali del giudizio sulla discriminazione, pare opportuno procedere nell'esposizione della struttura peculiare del giudizio.

Innanzitutto, deve essere valutata l'ammissibilità dei motivi di ricorso che descrivono la violazione dell'uguaglianza, e che è determinata dal suo carattere accessorio e sussidiario rispetto a quello degli altri diritti protetti. La Corte in questa fase si preoccupa soprattutto di valutare se la violazione di cui si chiede la censura

¹⁰ Fatto salvo quanto previsto per i singoli direttamente ed individualmente interessati da un atto dell'Unione all'art. 263, co. 4, TFUE.

¹¹ All'interno dell'ordinamento dell'Unione però gli Stati non possono contare sui complessi meccanismi di giustificazione che invece caratterizzano la Convenzione, come il margine di apprezzamento (sui cui v. *infra*, par. 5).

¹² Un esempio interessante è quello del difficile rapporto fra alcuni studiosi inglesi e l'interpretazione evolutiva della Convenzione, bene testimoniata in M. PINTO-DUSCHINSKY, *Bringing Rights Back Home: Making Human Rights Compatible with Parliamentary Democracy in the UK*, in *HDS & Policy Exchange*, London, 2011. V. anche S. LAMBRECHT, *Reform, Repeal, Replace? Criticism of the European Court of Human Rights; A UK Phenomenon?*, in *Blog della UK Constitutional Law Association*, 2015, reperibile *online*.

¹³ Si veda il rapporto 2013 del Comitato dei Ministri sull'esecuzione ed applicazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, reperibile *online*.

implichi effettivamente un coinvolgimento dell'art. 14 e non abbia invece una natura diversa, basata sulla violazione indipendente di uno degli altri articoli della Convenzione. Questo perché, come già detto, la valutazione sulla sussistenza di una violazione dell'art. 14 è sempre preceduta, nella struttura del giudizio di non discriminazione, dalla valutazione sulla sussistenza di una violazione di altro articolo della Convenzione (carattere sussidiario). Oltre a ciò, bisogna anche rilevare che il divieto di discriminazione deve sempre presentare un legame con uno degli altri diritti tutelati nella Convenzione, perché non può sussistere, almeno secondo un'interpretazione dominante, in maniera autonoma rispetto ad essa (carattere accessorio). Questa posizione parrebbe suggerire un ruolo meno importante di quello che ci si aspetterebbe per il principio di non discriminazione¹⁴ all'interno della Convenzione. Vi è però chi nota¹⁵ come attraverso l'interpretazione evolutiva della Convenzione sia possibile mettere in dubbio la concezione meramente sussidiaria del principio di non discriminazione fino a giungere ad una sua progressiva emancipazione, rilevando come la Corte in almeno una decisione riguardo l'ammissibilità¹⁶ sembri avere accettato la sempre maggiore portata del principio di cui all'art. 14, affermando che la tutela offerta dal suddetto articolo si estende ben oltre la portata letterale del testo della Convenzione¹⁷.

È dunque limitato descrivere il divieto di discriminazione soltanto in termini di dipendenza da altri principi della Convenzione, poiché l'evoluzione cui sono sottoposti i diritti protetti ha il potenziale necessario per superare questa distinzione.

3. Qualora la Corte ritenga che la questione possa riguardare effettivamente una violazione dell'art. 14, allora si pone il problema dell'individuazione della forma che assume la violazione del divieto di discriminazione. A questo livello, la discriminazione rimane ancora una ipotesi, poiché per valutarne l'effettiva sussistenza è necessario attendere la fase successiva, quella della comparazione.

Per il vero, le due fasi non sono nettamente separabili¹⁸, non solo da un punto di vista temporale, in quanto alla fase dell'individuazione segue immediatamente quella della comparazione, ma anche perché tra le due vi è uno stretto rapporto funzionale. La ragione per cui larga parte della dottrina propende per questa scelta è dettata dal timore che, ponendo eccessivamente l'accento sulla comparazione, si possa sminuire il ruolo del principio di non discriminazione. Di conseguenza, si tende a ricomprenderla ora all'interno di quella che individua la forma della discriminazione, ora all'interno di quella che invece la giustifica. È invece vero che per

¹⁴ O. M. ARNADOTTIR, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵ F. TULKENS, *L'evolution du principe de non discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, 2010, p. 197 ss.; Cfr. P. DOLSO, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 luglio 2005, *Stec e al. c. Regno Unito*.

¹⁷ *Ibidem*, par. 40: "The prohibition of discrimination in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and Protocols require each State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention article, for which the State has voluntarily decided to provide".

¹⁸ In generale, si veda per esempio l'approccio seguito da M. MAHLIK, *op. cit.*, O. M. ARNADOTTIR, *op. cit.*, e nell'*Handbook on non Discrimination*, FRA, *op. cit.* che trattano la fase di comparazione e quella di individuazione della forma di discriminazione in maniera non disgiunta.

l'orizzonte sempre più pregnante della tutela della discriminazione, che introduce una sorta di presunzione di uguaglianza rispetto a molte tipologie di discriminazione, è importante trattare in maniera autonoma la fase di comparazione. La comparazione, oltretutto, restituisce centralità al ruolo del giudice, che non può essere un mero esecutore della legge, ma deve esercitare il proprio scrutinio per affermare la comparabilità delle situazioni.

Le tipologie più comuni che le forme di discriminazione possono assumere sono diverse: discriminazione diretta, discriminazione indiretta e intimidazione (*harassment*). Rispetto all'ordinamento dell'Unione, però, dove tutte e tre le forme sono riconosciute a livello della legislazione secondaria, la Corte ha riconosciuto soprattutto le forme di discriminazione diretta, lasciando in secondo piano discriminazione indiretta e le varie forme di intimidazione. Questo è naturalmente connesso con la moltitudine di ordinamenti che fanno parte della Convenzione, e che rendono più difficile trovare punti di accordo fra le differenti tradizioni giuridiche. È invece più semplice riuscire a trovare espressioni comuni sulle forme più evidenti di discriminazione, quelle dirette, che sono quantomeno formalmente riconosciute dagli ordinamenti di molti Stati membri. Le problematiche poste sono comunque rilevanti, poiché le forme che le discriminazioni assumono ormai nella maggior parte dei casi sono sempre meno dirette e sempre più indirette o intimidatorie.

4. Quando una persona è trattata in maniera manifestamente diversa rispetto ad un'altra persona che si trova in una situazione uguale (o almeno comparabile) allora si versa in una situazione di discriminazione diretta¹⁹. Questo tipo di discriminazione è relativamente più semplice da individuare²⁰, perché la differenza di trattamento è spiegabile soltanto con l'appartenenza del soggetto discriminato ad una delle categorie individuate dall'art. 14, che comunque non costituisce un catalogo chiuso, ma ampliabile dalla giurisprudenza. Il concetto di discriminazione diretta non ha trovato sin da subito una collocazione all'interno della giurisprudenza della Convenzione, perché con ogni probabilità all'epoca della prima causa in cui la Corte si fa carico di esaminare una violazione dell'art. 14 della Convenzione, il *Caso Linguistico Belga*²¹, non era ancora sorta l'esigenza di distinguere fra le diverse tipologie. Per il vero, questa distinzione non appare neppure nella giurisprudenza successiva, essenzialmente perché l'unica forma di discriminazione riconosciuta dalla Corte è stata, per lungo tempo, solo quella diretta²².

¹⁹ Sentenza *Caso Linguistico Belga*, par. 9. Più recentemente V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 marzo 2010, *Carson e al. c. Regno Unito*, par. 61; del 13 novembre 2007, *D.H. e al. c. Repubblica Ceca*, par. 175; del 29 aprile 2008, *Burden c. Regno Unito*, par. 60.

²⁰ In realtà la discriminazione diretta non esclude la possibilità della dissimulazione. Questo perché l'aggettivo "diretta" non è riferito alla tipologia di comportamento discriminatorio, ma alla categoria di soggetti che sono obiettivo del comportamento.

²¹ Sentenza *Caso Linguistico Belga*.

²² Anche in questo senso la tutela offerta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea si differenzia da quella offerta dalla Corte di Strasburgo. L'Unione europea infatti ha codificato esplicitamente anche le discriminazioni indirette nella sua normativa, e la Corte di giustizia stessa ha riconosciuto questa tipologia di discriminazione sin dal 1975, seppure con un significato diverso da quello che vi viene attribuito oggi (V. sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1975, causa 21/74, *Airola*) e dal 1981

La riluttanza della Corte nel riconoscere le diverse forme di discriminazione sembra dovuta ad una concezione analitica²³ e rigorosa²⁴ di uguaglianza, da cui poi discende una minore probabilità di individuare la discriminazione. Il rovescio della medaglia è che se la concezione di uguaglianza è particolarmente rigorosa, allora l'ambito in cui il divieto di discriminazione potrà operare sarà ridotto in maniera considerevole. Per questo Mahlik, criticando la giurisprudenza della Corte, afferma che la nozione di discriminazione diretta non deve riflettere una concezione ristretta di uguaglianza, bensì essere strumentale al concetto di uguaglianza. La lettura di alcuni stralci delle motivazioni del *Caso Linguistico Belga* può fare comprendere la differenza profonda che vi è nel ragionamento dei giudici della Corte di allora rispetto al linguaggio tipico del diritto antidiscriminatorio odierno, che ha un approccio decisamente più propositivo²⁵.

Il primo tentativo di dare una definizione più ordinata al concetto di discriminazione diretta è comunque di qualche anno successivo al *Caso Linguistico Belga: Kjeldsen, Busk Madsene Pedersen c. Denmark*²⁶, un caso di supposta discriminazione sulla base dell'appartenenza religiosa di studenti di scuole danesi che erano sottoposti all'obbligo di frequentare le lezioni di educazione sessuale all'interno delle scuole pubbliche. In questa circostanza, la Corte evidenzia come l'art. 14 proibisca trattamenti discriminatori aventi come giustificazione una caratteristica personale sulla base della quale alcune persone sono distinguibili dalle altre²⁷.

Rispetto alla tendenza visibile nel diritto nazionale e nel diritto dell'Unione europea, la giurisprudenza successiva della Corte non innova in maniera sensibile la posizione presa in queste prime sentenze. Esse tuttavia costituiscono un punto di partenza: da qui si diramano tutte le linee direttrici che conducono alle ulteriori tipologie di discriminazioni ed alle altre fasi del giudizio.

5. I comportamenti che, a fronte di un'apparente neutralità, svantaggiano una persona o una determinata categoria di persone, rappresentano una delle ipotesi di discriminazione più frequentemente individuate nella prassi e nella normativa degli Stati membri. Non sono per il vero ipotesi di facile evidenziazione, poiché

in maniera quasi sovrapponibile al significato che viene attribuito ad oggi al concetto di discriminazione indiretta (V. sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1981, causa 96/80, *Jenkins*).

²³ O. M. ARNADOTTIR, *op. cit.*, p. 39.

²⁴ M. MAHLIK, *op. cit.*, p. 237.

²⁵ V. sentenza *Caso Linguistico Belga*, par. 10: "In spite of the very general wording of the French version ('sans distinction aucune'), Article 14 (art. 14) does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms recognized. This version must be read in the light of the more restrictive text of the English version ('without discrimination'). In addition, and in particular, one would reach absurd results were one to give Article 14 (art. 14) an interpretation as wide as that which the French version seems to imply. One would, in effect, be led to judge as contrary to the Convention every one of the many legal or administrative provisions which do not secure to everyone complete equality of treatment in the enjoyment of the rights and freedoms recognized".

²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 dicembre 1976, *Kejlsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*.

²⁷ Sentenza *Kejlsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, par. 56: "The Court first points out that Article 14 prohibits, within the ambit of the rights and freedoms guaranteed, discriminatory treatment having as its basis or reason a personal characteristic ('status') by which persons or groups of persons are distinguishable from each other".

rappresentano comportamenti che *prima facie* non paiono discriminatori, e che rivelano il loro intento soltanto ad una analisi più accurata. Le discriminazioni indirette rappresentano la seconda fase del contrasto alle discriminazioni, quella in cui ci si pone il problema di ridimensionare quelle pratiche che, dietro una apparente neutralità, servono lo scopo di escludere alcune categorie dal godimento di determinati privilegi. Un esempio di scuola è quello, ai fini dell'attribuzione di un contratto di lavoro, di prediligere persone disposte a dare una disponibilità a tempo pieno rispetto a quelle disposte a darla a tempo parziale, requisito che finisce inevitabilmente per danneggiare le candidate di sesso femminile rispetto a quelli di sesso maschile²⁸.

Per identificare questo genere di discriminazioni è molto importante conoscere l'ambiente in cui si sviluppano. Proprio per questo la Corte di Strasburgo ha impiegato più tempo di altre corti ad accoglierle fra le forme di discriminazione riconosciute, preferendo lasciare questo ruolo al giudice nazionale. Il ruolo della Corte infatti si declina all'interno del margine di apprezzamento per la sua applicazione che è concesso agli Stati membri. All'interno di questo margine i giudici di ciascuno Stato dovrebbero poter essere in grado di giudicare quali prassi o misure introdotte sono, attraverso un criterio neutro, in grado di essere discriminatorie. Il giudice internazionale ha invece maggiore cautela nell'effettuare l'analisi, che potrebbe peraltro condurre alla sopravvalutazione di determinati fattori anziché alla sottovalutazione di altri, che possono invece essere meglio giudicati a livello nazionale. Solo in ragione della consapevolezza di questo ruolo di arbitro ultimo dei diritti fondamentali si può spiegare l'accortezza con cui la Corte ha accolto le istanze provenienti dai ricorrenti in merito al riconoscimento delle ipotesi di discriminazioni indirette. Nel tempo però esse hanno comunque trovato una propria collocazione, ed è interessante riflettere sul modo in cui le discriminazioni indirette sono state riconosciute nell'ordinamento della Convenzione: l'impulso infatti è giunto per la maggior parte dall'introduzione delle due direttive quadro sulla discriminazione da parte dell'Unione europea²⁹ e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, spesso citata dalla Corte nella ricognizione legislativa e giurisprudenziale che precede l'analisi della posizione delle parti in causa.

A partire dal 2000 in almeno tre sentenze, *Hoogendijk c. Paesi Bassi*³⁰, *Hugh Jordan c. Regno Unito*³¹, *D. H. c. Repubblica Ceca*³², la Corte ha riconosciuto che la discriminazione indiretta consiste nell'individuazione di una norma o regola

²⁸ V. S. BURRI, H. AUNE, *Sex Discrimination in Relation to Part-Time and Fixed-Term Work The application of EU and National Law in Practice in 33 European Countries*, Commissione europea (DG Giustizia), 2013, reperibile *online*.

²⁹ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 gennaio 2005, *Hoogendijk c. Paesi Bassi*.

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 maggio 2001, *Hugh Jordan c. Regno Unito*.

³² Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande camera), sentenza del 13 novembre 2007, *D. H. c. Repubblica Ceca*.

specifica, la quale, sebbene formulata in maniera neutrale, di fatto stabilisce una differenza di trattamento fra le categorie individuate³³.

Una caratteristica fondamentale delle discriminazioni indirette è il loro carattere oggettivo ed indipendente. La loro individuazione, infatti, spesso non dipende dalla sussistenza della volontà di discriminare del soggetto (come avviene invece nella maggioranza dei casi di discriminazione diretta), ma dalla semplice introduzione della regola, che si presta in maniera surrettizia a introdurre una differenza di trattamento fra due categorie individuabili di persone.

6. Vi sono poi altre forme di discriminazione non ascrivibili alle categorie descritte perché non costituiscono un vero e proprio comportamento discriminatorio, ma lo precedono oppure lo favoriscono. La categoria più interessante è di certo quella delle intimidazioni³⁴ perché è quella che più ha trovato un riconoscimento giurisprudenziale. Gli *hate speeches*³⁵ e gli *hate crimes*³⁶ sono, invece, comportamenti che possono essere perseguiti soprattutto attraverso strumenti legislativi e che richiedono l'intervento delle corti, ma nei quali l'opera interpretativa dei giudici non ha sicuramente i connotati di centralità che possiede rispetto a definizioni ampie e generali come quella di discriminazione indiretta e intimidazione. In effetti l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa si è pronunciata contro questi comportamenti con una risoluzione rivolta ai suoi Stati membri in cui si richiede di introdurre misure legislative a censura di questo tipo di azioni, sottolineando la centralità del legislatore nella regolazione di questo ambito.

Vi sono tuttavia alcuni casi di intimidazione che si possono individuare nella giurisprudenza della Corte e che sono prodromici alla realizzazione di un vero e proprio comportamento discriminatorio.

7. La seconda parte del giudizio, che riguarda essenzialmente la comparazione, è una parte molto delicata perché una buona percentuale della probabilità di deter-

³³ Sentenza *D. H. c. Repubblica Ceca*, par. 180: “[W]here an applicant is able to show, on the basis of undisputed official statistics, the existence of a prima facie indication that a specific rule – although formulated in a neutral manner – in fact affects a clearly higher percentage of women than men, it is for the respondent Government to show that this is the result of objective factors unrelated to any discrimination on grounds of sex. If the onus of demonstrating that a difference in impact for men and women is not in practice discriminatory does not shift to the respondent Government, it will be in practice extremely difficult for applicants to prove indirect discrimination”.

³⁴ V. *Handbook on non-discrimination*, cit., p. 34.

³⁵ Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo gli *hate speeches* vengono spesso giustificati attraverso il ricorso alla libertà di espressione, al punto che molti ricorrono alla Corte proprio per ottenere una condanna nei confronti dello Stato che li sanziona. Tuttavia la Corte di regola dichiara inammissibile il ricorso alla libertà di espressione nel caso in cui questa libertà venga utilizzata per incitare ad una discriminazione. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 ottobre 2015, *M'Bala M'Bala c. Francia*, dove la Corte ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso teso ad impugnare sanzioni pecuniarie di natura penale comminate nei confronti di un comico francese che aveva ospitato, durante una *pièce* teatrale, uno spettacolo dai toni fortemente discriminatori nei confronti degli ebrei.

³⁶ A questa categoria si ascrivono tutte le categorie di reati che vengono commessi con lo scopo di colpire una particolare categoria (credenti di altre religioni, appartenenti ad altra etnia, orientamento sessuale, disabili). La Corte di Strasburgo ha dichiarato compatibili con la Convenzione questa tipologia di reati, per esempio, in Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 febbraio 2012, *Vedjeland c. Svezia*.

minare la violazione dipende dall'individuazione del corretto termine di paragone (*comparator*) che si utilizza per sottolineare la differenza di trattamento. L'obiettivo finale del giudizio sulla discriminazione è infatti quello di trattare in maniera eguale situazioni uguali, ed in maniera diversa situazioni diverse³⁷. Questa concezione (per quanto riguarda lo studio del diritto) è stata però duramente messa in crisi dalle posizioni emerse nella seconda parte del XX secolo, perché è evidente che l'individuazione di situazioni perfettamente sovrapponibili integra gli estremi di una vera e propria *probatio diabolica*. Per questa ragione in alcuni studi sul tema si dà conto dell'esistenza di costruzioni dogmatiche che criticano fortemente l'idea stessa di comparazione alla base del giudizio di uguaglianza³⁸, perché sarebbe origine di un'interpretazione restrittiva del principio di non discriminazione, che porrebbe in grave pericolo l'effettività della legislazione antidiscriminatoria.

Ma la natura non è l'unica caratteristica ad essere messa in discussione della fase di comparazione, poiché si può mettere in dubbio anche l'autonomia della sua collocazione all'interno del giudizio sull'uguaglianza.

In effetti non è affatto agevole trovare tracce di uno sforzo autonomo di comparazione delle diverse situazioni di fatto all'interno delle prime pronunce sull'art. 14 della Corte (come si vede, per esempio, nel *Caso Linguistico Belga*³⁹). La struttura del giudizio in queste prime decisioni della Corte si limita all'individuazione della discriminazione ed alla sua successiva giustificazione sulla base della supposta profonda diversità intercorrente fra gli ordinamenti degli Stati membri. Questo avviene tuttavia non perché le fasi non siano strutturalmente autonome, ma in virtù di un rapporto di funzionalità che le lega e che rende difficile distinguere l'una dall'altra. Per questo nel processo argomentativo delle motivazioni delle sentenze della Corte non è facile distinguere la fase di comparazione. Il processo logico però è necessariamente distinto: affinché a) implichi b), che implica a sua volta c), è prima necessario identificare a), b) e c). Se da a) – individuazione della discriminazione – la Corte giunge a c) – giustificazione o meno – deve essere necessariamente passata attraverso b), oppure avere deciso di presumere che il passaggio b) di comparazione si sia concluso in maniera positiva per esigenze superiori di tutela.

Il problema che ruota intorno al riconoscimento della fase di comparazione è che l'accoglimento o meno di una determinata categoria come termine di paragone stabilisce il grado di severità dello scrutinio della Corte rispetto alla discriminazione che si chiede di censurare, e, dunque, l'aumentare o il diminuire delle possibilità di giustificare le discriminazioni eventualmente individuate. Il dettaglio con cui è analizzata la situazione di fatto è infatti inversamente proporzionale alla severità cui soggiace la fase di giustificazione. Se la Corte decide di sottoporre ad un rigoroso test di comparazione le situazioni proposte, allora verranno alla luce le differenze (poiché non si hanno mai due situazioni veramente sovrapponibili), con conseguente

³⁷ ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, libro V, 1130 a, 10-30 (v. ed. ita. Bompiani, Torino, 2000), ove lo Stagirita espone la sua concezione di uguaglianza distributiva.

³⁸ Cfr. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, 2011, p. 10, in cui l'autrice fa l'esempio dell'individuazione del corretto termine di paragone rispetto, per esempio, alla discriminazione sulla base del sesso. V. anche C. CAMPBELL, D. SMITH, *Direct Discrimination Without a Comparator? Moving to a Test of Unfavourable Treatment*, in *Melbourne Legal Studies Research Paper*, 2015, n. 708, p. 1 ss.

³⁹ Sentenza *Caso Linguistico Belga*.

allargamento del margine di discrezionalità che viene concesso agli Stati membri. Ma più la Corte introduce una presunzione di comparabilità, meno è probabile che allora abbracci la giustificazione addotta dal governo e sia indotta ad applicare a categorie diverse ma quantomeno comparabili la stessa normativa.

Per evitare dunque che una concezione troppo rigorosa di uguaglianza possa mettere in crisi il giudizio, la Corte ha evidenziato delle categorie particolari di c.d. scrutinio severo per le quali il margine di apprezzamento nei confronti dello Stato membro si riduce considerevolmente con evidenti riflessi anche sull'onere della prova nei confronti del soggetto che perpetra la discriminazione (o del governo che dà attuazione alla legislazione) di dimostrare che vi sono buone ragioni per mantenere la differenza di trattamento. Le ulteriori categorie, a scrutinio c.d. leggero, rappresentano una lista aperta, nella quale il giudice di Strasburgo, pur naturalmente scoraggiando queste tipologie di discriminazione, ritiene che i margini per permettere una differenza di trattamento siano più ampi.

8. Le tipologie sottoposte a scrutinio leggero sono quelle in cui la Corte ritiene di concedere un più ampio margine di apprezzamento, perché i soggetti coinvolti non appartengono ad una categoria protetta. Pertanto in questi casi opera una piena comparazione che, per le ragioni esposte, è più probabile si concluda con esito negativo (e dunque senza l'individuazione della differenza di trattamento). Seguendo una impostazione convincente⁴⁰, si ritiene che queste tipologie possano essere divise in due grandi gruppi: a) le tipologie di discriminazione non basate su caratteristiche personali e b) quelle basate su caratteristiche personali.

- a) Le discriminazioni non basate su caratteristiche personali sono sicuramente la categoria più eterogenea, poiché al loro interno troviamo (senza pretesa di completezza, poiché ulteriori ipotesi possono sempre insorgere) tipologie basate sulla i) localizzazione geografica, sull'appartenenza ad un ordinamento federale, sulla ii) professione, sulla iii) proprietà o su altri diritti reali o persino sulla base delle iv) classificazioni legislative,
 - i) All'interno di questa, prima, tipologia, si possono trovare quelle discriminazioni che sono determinate dalla appartenenza ad una determinata forma di Stato o ad un determinato ordinamento. Per esempio, all'interno di un ordinamento federale possono verificarsi differenze di trattamento sulla base della legislazione che si applica ad uno degli Stati membri rispetto agli altri. In questo caso il termine di paragone, cioè l'appartenenza allo Stato che non applica la legislazione discriminatoria, non viene considerato in una situazione analoga e quindi nemmeno sottoposto a test sulla giustificazione⁴¹ (in quanto non può per nessun motivo costituire una discriminazione). Anche in *Magee c. Regno Unito*⁴² la Corte compie una valutazione simile, poiché non ritiene di dovere individuare una discriminazione nella applicazione di una diversa legislazione antiterrorismo fra

⁴⁰ O. M. ARNADOTTIR, *op. cit.*, p. 129.

⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 22 ottobre 1981, *Dungeon c. Regno Unito*. Sul punto si veda l'opinione dissenziente del giudice Matscher, seconda parte (reperibile in fondo alle motivazioni) la quale finisce per essere sostanzialmente appoggiata dalla Corte.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 giugno 2000, *Magee c. Regno Unito*.

- Inghilterra e Galles, adducendo quale motivazione che l'appartenenza ad una diversa articolazione federale giustifica la differenza di trattamento (avvalorando dunque la tesi secondo la quale fra comparazione e giustificazione c'è un rapporto di proporzionalità inversa). Un discorso analogo viene fatto in merito alla disparità di trattamento basata sull'appartenenza ad un determinato ordinamento, in una causa che aveva avuto origine dal fatto che alcuni quotidiani inglesi lamentavano di essere discriminati avverso le testate straniere poiché la legislazione inglese li sottoponeva ad un maggiore numero di vincoli e controlli⁴³. Anche qui la Corte ha affermato di non essere in grado di mettere a confronto soggetti appartenenti a giurisdizioni differenti e dunque ha argomentato in favore dell'insussistenza della discriminazione.
- ii) In questa tipologia di discriminazioni troviamo quelle causate dal trattamento riservato ad alcune professioni che non vengono giudicate comparabili ad altre categorie professionali. Un esempio comune alle tradizioni giuridiche di molti Stati membri è quello della differenza di trattamento fra militari e civili (anche con riferimento alle sanzioni penali) giudicata dalla Corte non in grado di superare il test di comparazione⁴⁴. Poi, ancora, la differenza di trattamento fra gli avvocati e le altre categorie professionali sulla base dei loro specifici diritti e doveri deontologici⁴⁵. Da ultimo, la proibizione per i membri delle forze di polizia di fare parte di partiti politici o associazioni di ispirazione politica⁴⁶, rispetto alla quale la Corte afferma che i membri delle forze armate non sono in una posizione paragonabile ai comuni cittadini.
- iii) Alla presente categoria appartengono i possessori a vario titolo di diritti reali su beni immobili. Per esempio, una sentenza della Corte ha giudicato non comparabile la differenza di trattamento imposta dalla legislazione italiana fra proprietari residenti e non residenti all'interno di un immobile sottoposto ad espropriazione per pubblica utilità⁴⁷. In *P. M. c. Italia*⁴⁸ la Corte ribadisce la sua posizione anche per quello che riguarda il trattamento privilegiato concesso ai proprietari che concedono l'immobile in locazione rispetto a quelli che non lo fanno. Non in tutti i casi in cui la Corte si trova ad avere a che fare con questo genere di differenze di trattamento però si può dire che il test di comparazione abbia sempre esito negativo: in *Larkos c. Cipro*⁴⁹ i soggetti vincolati da un contratto di locazione su immobili dello Stato non erano protetti dallo spossamento una volta cessato il termine del contratto, mentre quelli che avevano stipulato un contratto di locazione con privati potevano comunque ottenere la pro-

⁴³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Regno Unito; The Guardian and The Observer c. Regno Unito*.

⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'8 giugno 1976, *Engels e al. c. Paesi Bassi*.

⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 novembre 1983, *Van der Mussel c. Belgio*.

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 maggio 1999, *Rekvenj c. Ungheria*, par. 68.

⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 settembre 1995, *Spadea e Scalabrino c. Italia*.

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'11 gennaio 2001, *P. M. c. Italia*.

⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 febbraio 1999, *Larkos c. Cipro*.

roga del contratto. La Corte afferma l'inaccettabilità di questa differenza di trattamento, poiché i soggetti locatari del governo e dei privati cittadini versano in una situazione comparabile. Anche in un'altra sentenza la Corte considera paragonabile la condizione dei grossi e piccoli proprietari terrieri⁵⁰ in relazione all'obbligo di questi ultimi di mettere a disposizione i loro terreni per attività venatorie, vincolo che i grossi proprietari terrieri riuscivano invece ad evitare.

- iv) Questa categoria è molto eterogenea, e comprende essenzialmente tutte quelle distinzioni che trovano la loro ragion d'essere esclusivamente nella scelta del legislatore. Naturalmente, è piena discrezionalità della Corte stabilire quali siano le tipologie di discriminazione che non hanno superato il test di comparazione, pertanto non è escluso che alcune di queste tipologie possano passare da uno scrutinio leggero ad uno severo. Alcuni esempi sono l'appartenenza a determinate categorie di sindacati, oppure a determinate categorie di lavoratori all'interno del medesimo sindacato⁵¹. Altre ancora, per esempio, riguardano differenze di trattamento minime nei diritti delle parti nei processi civili o penali⁵², sulla base delle peculiarità dei sistemi giuridici all'interno degli Stati membri. Altre ancora vertono sulla distinzione fra vittime di fatto illecito doloso invece che colposo⁵³. Questa differenza di trattamento è rilevabile soprattutto in sentenze in cui la Corte stabilisce in maniera piuttosto arbitraria e con un approccio caso per caso di non applicare alcun test di comparazione, perché ritiene le situazioni diverse. Questo approccio è però suscettibile di cambiare in maniera piuttosto repentina.
- b) Come vedremo in seguito, gran parte delle tipologie di discriminazione legate a caratteristiche personali (religione, orientamento sessuale, razza e così via) sono sottoposte a scrutinio severo dalla Corte. Vi sono però alcuni casi in cui le discriminazioni basate su caratteristiche personali sono sottoposte a scrutinio leggero. Ricadono all'interno di questa categoria, per esempio, le differenze di trattamento legate alle relazioni personali⁵⁴, come la condizione degli immigrati sposati con cittadini europei rispetto a quelli che non possono dimostrare tale legame affettivo. O, ancora, quelle legate al luogo di nascita, come dimostrato dalla mancata censura del requisito imposto dall'amministrazione dell'isola inglese di Guernsey⁵⁵ di dimostrare uno stretto legame con il territorio per ottenere una "licenza per risiedere"⁵⁶. Persino i transessuali sono stati, per un certo periodo,

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 aprile 1999, *Chassagnou e al. c. Francia*.

⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 febbraio 1976, *Swedish Engine Drivers' Union c. Svezia*.

⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 19 dicembre 1989, *Kamarinski c. Austria*; del 16 ottobre 2001, *Eliazer c. Paesi Bassi*.

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 22 ottobre 1996, *Stubbing e al. c. Regno Unito*.

⁵⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*.

⁵⁵ L'isola, infatti, in qualità di *Crown Dependency* (Dipendenza della Corona Britannica), gode di particolare autonomia amministrativa.

⁵⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 novembre 1986, *Gillow c. Regno Unito*.

una categoria che non veniva considerata paragonabile al sesso maschile e femminile (in questo senso poi è noto come ormai la loro eventuale disparità di trattamento venga assimilata ad una discriminazione sulla base del genere, e dunque sottoposta a scrutinio severo). Un'ulteriore categoria basata su caratteristiche personali sottoposta a scrutinio leggero sembrerebbe essere il linguaggio, in seguito alla decisione della Corte nel *Caso Linguistico Belga*⁵⁷ di giustificare gran parte delle violazioni della Convenzione (tutte a parte una) rilevate dal ricorrente sulla base di ragioni di interesse pubblico addotte dallo Stato membro. Pare dunque di potere affermare che in questo, come in altri casi, la fase di comparazione e quella di giustificazione siano legate da un vincolo molto stretto, fin quasi a fondersi, perché dall'esito del test di comparazione dipende l'andamento della fase di giustificazione.

9. Se nel paragrafo precedente abbiamo visto alcuni esempi in cui è più probabile che il test di comparazione riveli la diversità delle situazioni, in questo paragrafo daremo conto invece di quei casi in cui il test di comparazione rivela al contrario una disparità di trattamento, poiché si è in presenza di categorie considerate particolarmente delicate, all'interno delle quali la tollerabilità di una differenza di trattamento non è dunque ammissibile. Ciò ha conseguenze naturalmente anche sul margine di apprezzamento che viene accordato agli Stati membri nell'applicazione di queste specifiche tipologie di discriminazione.

a) L'importanza della tutela dalle discriminazioni sulla base del sesso in Europa è tale che sin dagli anni '70 la legislazione comunitaria ha affermato la parità di trattamento fra uomo e donna nella retribuzione, e che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato l'effetto diretto orizzontale del corrispondente principio generale⁵⁸. Non deve dunque stupire che anche la Corte di Strasburgo abbia deciso di includere il sesso fra le tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio severo. Come affermato con chiarezza dalla Corte in *Abdulaziz, Cabales Balkandali c. Regno Unito*⁵⁹, il raggiungimento della parità di genere è uno degli obiettivi principali delle politiche perseguite in seno al Consiglio d'Europa. La Corte sostiene infatti che, per la particolare importanza dell'obiettivo del raggiungimento della parità di genere, sia possibile giustificare questa tipologia di discriminazione soltanto in circostanze eccezionali⁶⁰.

Per la prima volta la Corte utilizza in questa sentenza un'espressione che diventerà estremamente importante in seguito, le "motivazioni particolarmente

⁵⁷ Sentenza *Caso Linguistico Belga*, par. 32.

⁵⁸ Si veda in particolare la giurisprudenza *Defrenne* (sentenze della Corte di giustizia del 25 maggio 1971, causa 80/70, *Gabrielle Defrenne c. Belgio*.; dell'8 aprile 1976, causa 43/75, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*.; del 15 giugno 1978, causa 149/77, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*.), ben rappresentativa di quella fondata sull'ex art. 119 TCE, ora 157 TFUE.

⁵⁹ Sentenza *Abdulaziz, Cabales Balkandali c. Regno Unito*.

⁶⁰ *Ivi*, par. 78: "The advancement of equality of sexes is today a major goal in the member states of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention".

stringenti” (“*very weighty reasons*”) che debbono essere adottate dagli Stati membri per giustificare la discriminazione perpetrata. Una proposizione simile a quella in *Abdulaziz* viene utilizzata anche in *Schluler-Zraggen c. Svizzera*⁶¹, dove si affermava che per privare una donna di una pensione di invalidità non bastava sostenere che la sua condizione di giovane madre le avrebbe impedito di trovare lavoro anche se fosse stata sana. Queste “motivazioni particolarmente stringenti” sono il connotato distintivo delle tipologie di discriminazione a scrutinio severo (“*serious grounds of discrimination*”). È attraverso una valutazione molto rigorosa delle stesse che la Corte decide se accettare la giustificazione dello Stato, concedendo un certo “margine di apprezzamento”.

Il comportamento della Corte non è meno severo quando vengono in gioco discriminazioni perpetrate avverso gli uomini, come dimostrano alcune sentenze sia sull’attribuzione del cognome⁶² sia sul servizio civile obbligatorio⁶³. La Corte ha invece avuto maggiori remore nell’attribuzione del congedo di paternità⁶⁴ (per il quale ha concesso agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento, ma sul quale si dovrebbero attendere pronunce più recenti anche alla luce della pertinente legislazione dell’Unione⁶⁵). La ragione di questa differenza sta nel fatto che i congedi parentali appartengono alla categoria delle azioni positive, che hanno, per natura, come obiettivo quello di colmare uno svantaggio dato da fattori ambientali o da stereotipi.

b) Anche la discriminazione sulla base della razza rientra fra le categorie sottoposte a scrutinio severo dalla Corte. Come è stato rilevato in *Cipro c. Turchia*⁶⁶: “A special importance should be attached to discriminations based on race”. Alcuni autori⁶⁷ tuttavia lamentano una ambiguità della Corte nei confronti di questo genere di discriminazioni, soprattutto in merito al mancato riconoscimento dell’inversione dell’onere della prova (che, nelle discriminazioni razziali, è particolarmente importante).

Un caso a parte è rappresentato invece dalle discriminazioni etniche perpetrate attraverso gli appartenenti all’etnia Rom. Queste discriminazioni sono state affrontate dalla Corte in modo particolare in *Beard e al. c. Regno Unito*⁶⁸. Più di recente, invece, la Corte ha affrontato un caso specifico di discriminazione intersezionale⁶⁹ (etnia e nazionalità) nel quale alcuni cittadini serbi di etnia rom avevano subito una differenza di trattamento sulla base delle condizioni di acco-

⁶¹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 24 giugno 1993, *Shuler-Zraggen c. Svizzera*.

⁶² Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 22 febbraio 1994, *Burgharitz c. Svizzera*.

⁶³ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 18 luglio 1994, *Karlheinz Schmidt c. Germania*.

⁶⁴ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 27 marzo 1998, *Petrovic c. Austria*.

⁶⁵ Direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell’8 marzo 2010, che attua l’accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da Business Europe, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE.

⁶⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 10 maggio 2001, *Cipro c. Turchia*.

⁶⁷ O. M. ARNADOTTIR, *op. cit.* p. 146.

⁶⁸ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 18 gennaio 2001, *Beard e al. c. Regno Unito*.

⁶⁹ Per il concetto di discriminazione intersezionale, mutuato dall’ordinamento dell’Unione europea, si veda D. SCHIEK, A. LAWSON (eds.), *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, Londra, 2011, p. 177 ss.

glianza alle quali lo Stato belga assicurava la presentazione della domanda di protezione internazionale⁷⁰.

c) La Corte poi pare avere giudicato a scrutinio severo anche quelle tipologie di discriminazione basate sullo stato di famiglia. I rapporti in questione sono per lo più quelli di filiazione naturale, per esempio inerenti alla comparazione fra figli nati all'interno del matrimonio rispetto a quelli nati all'esterno del rapporto. Anche in questo caso la Corte ha stabilito in diverse sentenze⁷¹ come ricorrano motivazioni particolarmente stringenti al fine di determinare una differenza di trattamento fra figli naturali e figli concepiti all'interno del matrimonio⁷². Un comportamento simile, seppure mitigato dalla necessaria volontà del padre, è stato tenuto dalla Corte nei casi di differenza di trattamento fra padri riconosciuti e padri non riconosciuti⁷³, i quali non hanno in taluni ordinamenti gli stessi diritti nei confronti dei figli. La Corte ha sostenuto che anche in questo caso operi, previa valutazione della disponibilità del padre a prendere parte al rapporto familiare, la regola dei motivi stringenti che soli possono giustificare la disparità di trattamento.

d) La nazionalità è stata riconosciuta come tipologia di discriminazione sottoposta a scrutinio severo nella causa *Gaygusuz c. Austria*⁷⁴, nella quale la Corte ha affermato: "Very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment on the ground of nationality as compatible with the Convention".

Questa considerazione particolarmente sintetica della Corte, secondo un'interpretazione letterale, pone però delle problematiche essenziali in considerazione del grado di integrazione che è raggiungibile all'interno del Consiglio d'Europa. Molti Stati membri hanno aderito alla Convenzione per ottenere una maggiore legittimazione sulla protezione dei diritti fondamentali, ma sono molto gelosi di ambiti in cui uno scrutinio severo in materia di discriminazioni sulla base della nazionalità può avere una certa influenza (come le politiche di accoglienza). Gli Stati membri della Convenzione che sono anche membri dell'Unione europea⁷⁵ sono invece già assoggettati a una regolamentazione della discriminazione sulla base della nazionalità che impone in molti ambiti degli obblighi più restrittivi di quelli derivanti dall'appartenenza alla Convenzione⁷⁶, al punto che alcuni commentatori sono portati a

⁷⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 luglio 2015, *C. M. e al. c. Belgio*. La sentenza è stata poi impugnata di fronte alla Grande camera dallo Stato belga nel dicembre 2015. La Corte ha giudicato non equivalente la protezione offerta dallo Stato belga.

⁷¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 giugno 1976, *Marckx c. Belgio*; del 28 ottobre 1987, *Inze c. Austria*; del 29 novembre 1991, *Vermiere c. Belgio*.

⁷² Con riferimento all'ordinamento italiano, le rimanenti differenze di trattamento fra figli naturali e figli legittimi sono state abrogate tramite decreto legislativo del 28 dicembre 2013, n. 154, revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della l. 10 dicembre 2012, n. 219.

⁷³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 febbraio 1992, *McMichel c. Regno Unito*.

⁷⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*.

⁷⁵ Con tutti i distinguo del caso, dati naturalmente dalle evoluzioni che si sono susseguite in materia di politica migratoria nel 2015 e 2016 all'interno dell'Unione europea, che hanno rivelato quanto sia difficile, anche in quell'ordinamento, la gestione comune di una materia così delicata.

⁷⁶ V. però alcuni ambiti in cui la giurisprudenza della Corte appare conferire una maggiore tutela, F. PENNING, *Non-Discrimination on the Ground of Nationality in Social Security: What are the Conse-*

sostenere che lo scrutinio severo non possa operare nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea⁷⁷, in nome del principio di protezione equivalente⁷⁸. Tuttavia, la Corte non ha mai inteso interpretare il divieto di discriminazione in maniera tale da escludere qualunque differenza di trattamento fra cittadini di Stati membri e cittadini di Stati non membri⁷⁹. Questa considerazione è avvalorata anche dal fatto che, per esempio, la Convenzione stessa all'art. 16 (seppure non letto alla luce di un'interpretazione evolutiva) riconosce che l'opera di comprensione degli articoli 10, 11 e 14 non può in alcun modo condizionare le politiche degli Stati membri in materia di trattamento degli stranieri.

e) L'appartenenza della religione alle categorie di discriminazione sottoposte a scrutinio severo è storicamente abbastanza dibattuta, vuoi per il bilanciamento che richiede con altre categorie, vuoi per le tradizioni costituzionali di alcuni degli Stati membri del Consiglio d'Europa che hanno religioni di Stato o in cui lo Stato mostra un supporto particolare nei confronti di un determinato credo, mentre altri hanno come valore fondante una più profonda idea di laicità⁸⁰. Tuttavia a partire dagli anni '90, con *Hoffmann c. Austria*⁸¹ e *Thilemmenos c. Grecia*⁸² la Corte ha confermato che la discriminazione sulla base della religione è una categoria che ricade all'interno di quelle tipologie di discriminazione che meritano una particolare protezione. Recentemente questa posizione è stata di nuovo confermata in *Eweida e al. c. Regno Unito*⁸³, dove la Corte ha ricordato la dimensione fondamentale della libertà religiosa all'interno della società democratica⁸⁴. La tutela particolare di cui gode la libertà religiosa rende tuttavia paradossalmente più arduo in taluni casi contestare la discriminazione. Come testimoniato in *Lautsi c. Italia*⁸⁵ ed in diverse sentenze in

quences of the Accession of the EU to the ECHR?, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 118 ss.

⁷⁷ A questo punto però si potrebbe argomentare che ciò sia in violazione del principio di non discriminazione fra gli Stati all'interno delle organizzazioni internazionali. V. L. S. ROSSI, *Il principio di uguaglianza fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, Napoli, 2015.

⁷⁸ Su cui v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Tollary c. Turchia*. Questo principio di protezione equivalente si basa sulla presunzione (che può essere vinta), che l'ordinamento UE assicura una protezione equivalente a quello della Convenzione. Non sono però pochi i casi in cui la Corte ha giudicato non equivalente la protezione offerta dall'Unione europea. V. per esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 gennaio 2011, *M. S. S. c. Belgio e Grecia*.

⁷⁹ L sentenze in cui la Corte ha stabilito che è giustificata una differenza di trattamento sulla base della nazionalità con riguardo per esempio, alle procedure di rimpatrio delle persone che non dispongono dei requisiti per risiedere legittimamente nel territorio di uno Stato membro. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio* e, più di recente del 2 giugno 2015, *K. M. c. Svizzera*.

⁸⁰ Su cui si veda F. CASOLARI, *L'azione dell'Unione Europea contro le discriminazioni sulla base della religione: l'impatto della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, p. 475 ss. Sull'idea di laicità che permea lo spazio giuridico europeo, e sulle differenze esistenti, v. L. S. ROSSI, *Diritto, religioni, diritti fondamentali: la via europea*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, p. 131 ss.

⁸¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 22 giugno 1993, *Hoffmann c. Austria*.

⁸² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 aprile 2000, *Thilemmenos c. Grecia*.

⁸³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 gennaio 2013, *Eweida e al. c. Regno Unito*.

⁸⁴ Sentenza *Eweida e al. c. Regno Unito*, par. 79.

⁸⁵ Sentenza *Lautsi c. Italia (Grande camera)*.

materia di esposizione di simboli religiosi, gli Stati membri hanno a disposizione un certo margine di apprezzamento nell'applicazione della disciplina di cui all'art. 9 della Convenzione⁸⁶. Questo ha come conseguenza che la Corte non abbia rilevato in maniera frequente la violazione dell'art. 9 della Convenzione insieme all'art. 14 (bisogna tenere poi anche presente, come specificato nel primo paragrafo di questo lavoro, che spesso viene contestata una violazione autonoma dell'art. 9 da solo, per cui non si rende necessario proseguire con l'analisi della violazione ai sensi del combinato disposto degli articoli 9 e 14).

f) L'orientamento sessuale ha goduto di una sempre maggiore protezione nell'ultimo decennio, alla luce dell'interpretazione evolutiva della Convenzione⁸⁷. Bisogna però considerare che l'inclusione dell'orientamento sessuale fra le tipologie a scrutinio severo ha avuto una storia piuttosto tormentata, al punto tale da fare ritenere, soprattutto negli anni '90, che la Convenzione non fornisse una protezione adeguata avverso questo tipo di discriminazioni⁸⁸. Tuttavia, la giurisprudenza più recente, inaugurata da alcune sentenze in apertura degli anni 2000, ha decisamente invertito la tendenza. Sono numerose infatti le cause nelle quali la Corte ha stabilito con decisione che si richiedono motivazioni particolarmente stringenti per giustificare una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale⁸⁹. Di conseguenza, il test di comparazione si conclude in buona sostanza con la comparabilità delle situazioni se la disciplina o la prassi nazionale tratta in maniera diversa le persone omosessuali rispetto a quelle eterosessuali⁹⁰ (non senza però un certo dibattito in dottrina)⁹¹.

La situazione diventa più complessa quando si affronta la differenza di trattamento rispetto al diritto delle persone eterosessuali di contrarre matrimonio oppure una unione stabile, negato in molti Paesi del Consiglio d'Europa⁹². In questo ambito

⁸⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 febbraio 2001, *Dahlab c. Svizzera*.

⁸⁷ Cfr. C. DANISI, *How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight Against Discrimination? Defining New Standards in its Nondiscrimination Jurisprudence*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 793 ss.; M. BELL, *Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways under EU Equality Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2012, p. 127 ss.; J. GERARDS, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2013, p. 99 ss.; D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO, *Same-sex Couples before National, International and Supranational Jurisdictions*, Heidelberg, 2014.

⁸⁸ Si veda, *ex multis*, R. WINTERMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford, 1995, in cui già si afferma la insufficiente tutela offerta dalla Convenzione.

⁸⁹ V. in particolare: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 27 settembre 1999, *Smith e Grady c. Regno Unito*; del 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*; Opinione dissenziente dei giudici Bratza e Tulkens del 26 febbraio 2002, *Frette c. Francia*; sentenza del 24 luglio 2003, *Karner c. Austria*; del 22 gennaio 2008, *E. B. c. Francia*; del 2 marzo 2010, *Kozak c. Polonia*; del 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*.

⁹⁰ Per esempio quanto è accaduto nell'ambito dei diritti successori: sentenza *Kozak c. Polonia*.

⁹¹ Cfr. C. DANISI, *op. cit.*; Si veda poi anche il recente *report* dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali, *Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU*, 2015, reperibile *online*.

⁹² La situazione, però come rilevato dalla Corte in *Schalk e Kopf*, è in costante evoluzione, al punto che sono ormai almeno 20 (inclusendo anche l'Italia, dall'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016, n. 76, *regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*) gli Stati membri del Consiglio d'Europa (su 48) che prevedono una qualche forma di regolamentazione

la Corte, pur avendo affermato che le situazioni possono essere comparabili poiché la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è una categoria a scrutinio severo⁹³, ha però ribadito che la difesa della famiglia in senso tradizionale può essere una motivazione particolarmente stringente⁹⁴, tale da giustificare una differenza di trattamento. Non basta naturalmente questa considerazione ad ammettere una distinzione in tutti i casi, poiché, per esempio, in *Kozak c. Polonia* la Corte ha stabilito la modalità in cui la Polonia esercitava questa giustificazione non era proporzionata allo scopo. In *Schalk e Kopf c. Austria* la Corte ha invece ritenuto che gli Stati membri del Consiglio d'Europa siano liberi (cioè rientri all'interno del loro margine di apprezzamento) di stabilire delle differenze di trattamento in merito al diritto di coppie dello stesso sesso e di sesso opposto di sposarsi. Bisogna però segnalare che nella ben più recente *Oliari e al. c. Italia*⁹⁵ la Corte di Strasburgo ha giudicato contraria alla Convenzione l'assenza di una regolamentazione per la condizione delle coppie di persone dello stesso sesso.

10. La fase di giustificazione è un aspetto di grande interesse nel giudizio di uguaglianza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Come infatti sottolineato dalla Corte di Strasburgo in *Caso Linguistico Belga*, la violazione del divieto di discriminazione deve essere perseguita dalla Corte a meno che non sia obiettivamente giustificata⁹⁶. Ogni deroga alla Convenzione, per essere giustificata, deve essere prevista dalla legge⁹⁷, perseguire un fine legittimo⁹⁸ ed essere “necessaria in una società democratica”⁹⁹.

È all'interno di questo contesto che opera il margine di apprezzamento¹⁰⁰, una tecnica di composizione delle antinomie con la disciplina della Convenzione che costituisce un caso unico nel suo genere¹⁰¹. Il margine di apprezzamento, infatti, è una tecnica utilizzata dalla Corte per conciliare il contenuto molto ampio dei diritti compresi all'interno della Convenzione con le diverse tradizioni giuridiche dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa (per evitare che si generino tensioni

delle relazioni fra persone dello stesso sesso. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 novembre 2013, *Vallianatos e al. c. Grecia*, par. 91.

⁹³ Sentenza *Vallianatos e al. c. Grecia*, par. 77.

⁹⁴ Sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 77; sentenza *Kozak c. Polonia*, par. 98; sentenza *Karner c. Austria*, par. 40.

⁹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 luglio 2015, *Oliari e al. c. Italia*.

⁹⁶ Sentenza *Caso Linguistico Belga*, par. 10.

⁹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*; sentenza del 23 marzo 1983, *Silver c. Regno Unito*.

⁹⁸ M. JANIS, R. KAY, A. BRADLEY, *European Human Rights Law. Texts and Materials*, Oxford, 2000, pp. 146-164.

⁹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, par. 48, dove il requisito della necessità in una società democratica viene definito come “pressing social need”.

¹⁰⁰ Questa tecnica prende spunto dalla dottrina francese sul *margin d'appréciation*, sviluppata dal Conseil d'Etat, che ha operato un bilanciamento volto a comporre i conflitti fra la tutela degli interessi generali perseguiti dall'ordinamento e la tutela dei diritti fondamentali.

¹⁰¹ Un corrispondente nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea può essere reperito nel “margine di discrezionalità” accordato agli Stati membri nella applicazione e trasposizione a livello nazionale di determinati strumenti giuridici, quali le direttive.

che possono giungere sino al limite estremo del loro recesso dalla Convenzione¹⁰²). Per questo, infatti, viene in rilievo nel momento in cui i giudici, che si trovano di fronte ad una ipotesi di discriminazione, devono decidere se perseguirla o meno. Logicamente, infatti, dopo l'ammissibilità del giudizio, l'individuazione della violazione e la comparazione delle due situazioni, il collegio giudicante che si trova di fronte alla scelta di condannare o meno lo Stato membro in violazione della Convenzione deve prendere in considerazione il margine di apprezzamento del quale dispongono gli Stati membri nel dare attuazione al diritto cui all'art. 14. Il margine di apprezzamento è, dunque, la discrezionalità a cui possono attingere gli Stati membri nel dare attuazione alla disciplina della Convenzione. Questa discrezionalità può essere più o meno ampia in base alla tipologia di scrutinio a cui la Corte sottopone la discriminazione. Per le discriminazioni a "scrutinio severo" il margine sarà minore, mentre per quelle a "scrutinio leggero" la Corte concederà agli Stati la possibilità di interpretare con maggiore libertà il significato dei diritti inclusi all'interno della Convenzione¹⁰³.

Il margine di apprezzamento concede agli Stati membri una libertà di manovra considerevole sulla base di considerazioni di diversa natura: politica, sociale o culturale¹⁰⁴. È tuttavia in virtù di questo margine che la Corte decide se sottoporre a scrutinio severo o leggero la tipologia di discriminazione, e dunque anche il peso specifico da attribuire al test di comparazione. Per questo si presta a numerose critiche, soprattutto tra coloro che, con l'intento di evidenziarne i tratti più problematici, sostengono, non a torto, che non si possa parlare di una dottrina (come del resto fa anche la Corte il più delle volte), ma si debba parlare di uno strumento¹⁰⁵ che, difettando della sistematicità e coerenza necessarie ad una ricostruzione dogmatica, restituisce risultati diversi ad ogni utilizzo. È però molto probabilmente questa la ragione per la quale il margine di apprezzamento gode di un simile successo all'interno della giurisprudenza della Corte. Per fornire un esempio di come possa operare il margine di apprezzamento nella disciplina di applicazione dell'art. 14 è molto utile la giurisprudenza della Corte in materia di esposizione dei simboli religiosi. Se in *Lautsi c. Italia*¹⁰⁶, infatti, nella sentenza della Camera era stata individuata una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 2 del Protocollo n. 1 della Convenzione, la Corte in appello ribalta il giudizio, affermando che la possibilità di esporre il

¹⁰² Cosa peraltro già accaduta con il caso della Grecia, che aveva receduto dalla Convenzione nel 1969 per poi tornare a farne parte nel 1974.

¹⁰³ Si rimanda al paragrafo precedente per un'analisi più approfondita delle diverse tipologie di scrutinio.

¹⁰⁴ O. M. ARNADOTTIR, *The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2014, p. 647 ss.

¹⁰⁵ Tra chi ritiene che il margine di apprezzamento costituisca una dottrina, si veda R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss. Fra chi invece non lo ritiene sufficientemente coerente si veda R. GREER, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights*, in *Human Rights Files*, Strasburgo, 2000. Per una ricostruzione completa si veda invece Y. ARAI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Bruxelles, 2002.

¹⁰⁶ Sentenza *Lautsi c. Italia* (Grande camera).

crocefisso rientra nel margine di apprezzamento dello Stato membro. Al contrario, il margine di apprezzamento di uno Stato membro permette alla Turchia¹⁰⁷ ed alla Francia¹⁰⁸ di mantenere in vigore la propria disciplina che impedisce alle donne di portare in pubblico determinate tipologie di velo. Queste sentenze rivelano in effetti come la tecnica del margine di apprezzamento abbia, all'interno dell'operabilità del principio di non discriminazione, una strumentalità tale da rendere impossibile prevederne con coerenza il risultato dell'utilizzo. L'ordinamento della Convenzione, tuttavia, si fonda su questo compromesso, al punto tale che nel Protocollo n. 15, firmato il 26 giugno 2013 ed aperto tuttora all'adesione degli Stati membri, si cita espressamente che gli Stati hanno: “[a] margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention”. La ragione per la quale si è sentita la necessità di codificare nell'ordinamento della Convenzione la presenza del margine di apprezzamento sta probabilmente nelle critiche che sono state rivolte nei suoi confronti da parte della dottrina¹⁰⁹. Codificandolo, dunque, si cerca di rafforzarlo e sistematizzarlo.

Il margine di apprezzamento viene utilizzato spesso assieme alla “teoria del consenso”, attraverso la quale un singolo Stato membro può vedere limitato od aumentato il suo margine di apprezzamento in virtù del diverso livello di tutela assicurato da un numero considerevole di Stati membri, comunque tale da fare ritenere che vi sia un diffuso favore alla messa in opera od alla censura della misura¹¹⁰.

11. A margine di questo ragionamento, sembra di potere affermare che la maggior parte del dibattito presente e probabilmente anche futuro ruoti attorno al ruolo della comparazione. È lecito però chiedersi se il suo utilizzo possa essere ancora, in futuro, una tecnica di centrale importanza per i giudici europei. Per quanto infatti la sua inclusione all'interno della struttura del giudizio, a prescindere dalle tecniche di scelta del termine di paragone, garantisca una maggiore certezza, e riconoscibilità, delle decisioni dei giudici, non si può non rilevare una tendenza sempre più stringente al suo superamento¹¹¹. Questo perché il termine di paragone mette in luce il paradosso della questione filosofica dell'uguaglianza: non ci sono due situazioni che siano fino in fondo uguali, e non è dunque probabilmente la comparazione lo strumento più idoneo a proteggere le categorie che più spesso sono discriminate. Non bisogna infatti dimenticare che la caratteristica fondamentale, ad oggi, del giudizio sull'uguaglianza davanti alla Corte è quella di supplire alle mancanze degli

¹⁰⁷ Sentenza *Leyla Sahin c. Turchia*.

¹⁰⁸ Sentenza *S. A. S. c. Francia*.

¹⁰⁹ Si vedano A. LESTER, *Universality versus Subsidiarity: A Reply*, in *European Human Rights Law Review*, 1998, p. 73 ss.; E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 843 ss.; J. L. MURRAY, *Consensus: Concordance, or Hegemony of the Majority?*, in *Dialogue between Judges*, 2008, reperibile online; G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the ECHR*, Oxford, 2010; G. ITZCOVICH, *One, None and a Hundred Thousand Margins of Appreciation: The Lautsi Case*, in *Human Rights Law Review*, 2013, p. 287 ss.

¹¹⁰ K. DZEHTSIAROU, *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2011, p. 541 ss.

¹¹¹ Benché la Corte sia, fra i giudici europei ed internazionali, uno di quelli che più regolarmente mantiene all'interno delle proprie sentenze una fase di comparazione abbastanza riconoscibile (in questo senso v. sentenza *Vallianatos c. Grecia*, par. 78).

Stati membri e di fornire delle alternative alla loro (spesso insufficiente) tutela. Tutto questo deve però essere letto, come si è tentato di argomentare, per esempio, con riguardo alle varie tipologie di discriminazione a scrutinio severo, insieme all'interpretazione che la Corte dà dell'art. 14 della Convenzione attraverso la lente del margine di apprezzamento¹¹². La progressiva complessità delle ipotesi di discriminazione e la sempre più dettagliata disciplina nazionale e dell'Unione europea rendono dunque difficile pensare di fare del tutto a meno della comparazione. La natura specifica della Convenzione di fragile ponte fra 47 Stati membri con diverse tradizioni giuridiche rende difficilmente pensabile che i giudici della Corte possano prendere posizioni che esponano questo fragile equilibrio ad ulteriori tensioni¹¹³. Dopotutto, lo spirito alla base del Consiglio d'Europa, che ha promosso la stipula della Convenzione, rimane quello di mediare la costituzione di una piattaforma comune di valori nella quale tutti gli Stati membri possano riconoscersi.

Abstract

The Structure of the Equality Scrutiny in Front of the European Court of Human Rights

With this paper the author aims to underline the structure of the equality scrutiny in front of the European Court of Human Rights, exploring the different parts of which it is composed: i) admissibility, ii) individuation of the discrimination, iii) finding of the appropriate comparator, and, finally, iv) justification or declaration of the discrimination. The purpose of this analysis is to draw the attention in particular on the individuation of the appropriate comparison. This part of the scrutiny, which according to a large part of the doctrine is the core of the scrutiny, seems to be overruled by a recent trend towards the presumption of the discrimination, and its survival is at stake.

¹¹² V. in particolare O. M. ARNADOTTIR, *The Differences that Makes a Difference*, cit., p. 669.

¹¹³ Si veda, per esempio, l'introduzione (dicembre 2015), da parte della Russia, di una legislazione che permette alla Corte costituzionale di stabilire se dare o meno attuazione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Marco Bolognese*

Il giudicato a formazione progressiva e il diritto sovranazionale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti storici alla base della sentenza n. 11/2016 – 3. L'inosservanza del diritto dell'UE da parte della Adunanza plenaria. – 4. I dubbi sulla tenuta del giudicato a formazione progressiva davanti alle norme sovranazionali. – 5. Conclusioni.

1. La sentenza n. 11/2016 della Adunanza plenaria¹, si pone all'attenzione in quanto conferma la permanenza nell'ordinamento processuale-amministrativo del giudicato a formazione progressiva².

Per meglio comprendere la rinnovata valenza dell'istituto è sufficiente osservare che il medesimo è stato elaborato dalla giurisprudenza all'interno del giudizio di ottemperanza³ che costituisce lo strumento processuale attraverso cui dare esecuzione alle sentenze amministrative passate in giudicato. La sentenza amministrativa di annullamento, divenuta definitiva, ha un contenuto complesso, poiché comporta per la pubblica amministrazione non solo l'eliminazione dell'atto viziato ed il conseguente ripristino della situazione giuridica preesistente, ma anche l'obbligo di conformarsi alle statuizioni in essa contenute. Qualora l'autorità amministrativa non osservi tale ultimo obbligo conformativo, omettendo l'esercizio del suo potere discrezionale circa la scelta del provvedimento da emanare, il giudice amministrativo, adito successivamente in sede di ottemperanza, può ordinare alla pubblica amministrazione l'adozione dei provvedimenti necessari, eventualmente fissando un termine e nominando l'autorità (commissario *ad acta*) che adotti il provvedimento in via sostitutiva, in caso di renitenza protratta della pubblica amministrazione.

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Macerata.

¹ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza del 9 giugno 2016, n. 11, www.giustizia-amministrativa.it.

² La sezione remittente del Consiglio di Stato esprimeva perplessità derivanti dal novellato processo amministrativo che ha introdotto nuove azioni rispetto a quella di annullamento. Su quest'ultima, invero, era incentrato il vecchio processo amministrativo ed i limiti della stessa avevano dato vita all'elaborazione giurisprudenziale del giudicato a formazione progressiva.

³ L. VERRIENTI, *Giudizio di ottemperanza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2008, Torino, p. 257 ss.; S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, V ed., p. 577 ss.; M. CLARICH, *L'esecuzione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, p. 297 ss.

Il giudice interpellato, però, nel tracciare l'obbligo conformativo deve tener conto anche del verificarsi di sopravvenienze (di fatto e di diritto) che possono incidere sulla sentenza definitiva di annullamento. Al riguardo il Consesso, richiamando i propri precedenti, ha stabilito che l'azione di ottemperanza è suscettibile di condurre alla formazione del giudicato sostanziale, ogniqualevolta il giudice, con essa adito, abbia risolto questioni concernenti il significato e la portata del titolo formatosi nel giudizio di cognizione, concorrendo con quest'ultimo alla creazione della regola di diritto applicabile al rapporto amministrativo controverso. Le sentenze rese nel processo di ottemperanza, dunque, sono idonee a passare in giudicato, integrando e colmando le parti vuote lasciate dal giudicato della decisione di cognizione. Tuttavia, in presenza di una situazione giuridica durevole, il formarsi della *res judicata* sulla sentenza di ottemperanza verrebbe impedito da una sopravvenienza normativa, come una sentenza interpretativa della Corte di giustizia, che incida nel tratto di interesse ancora non coperto dal giudicato. La sopravvenienza, pertanto, non determinerebbe un contrasto tra giudicati ma una successione cronologica di regole.

La presente indagine cercherà di analizzare se il giudicato *in fieri* possa porsi in contrasto con il diritto internazionale costituito dalla CEDU e con le fonti primarie dell'Unione europea, e segnatamente con la Carta dei diritti fondamentali. La ricercata compatibilità rappresenta un particolare aspetto del più ampio tema riguardante la tendenziale intangibilità del giudicato delle decisioni nazionali nei casi in cui le medesime siano in contrasto con il diritto europeo. Gli approdi della Corte di giustizia, infatti, lasciano all'autonomia procedurale degli Stati membri la disciplina della formazione del giudicato. Ne segue, in generale, che una sentenza interna definitiva, contrastante con diritto dell'Unione, può essere rimessa in discussione per emendare la violazione in essa contenuta, solo se sul piano interno lo stesso rimedio processuale sia previsto per decisioni scese su situazioni analoghe a quelle disciplinate dal diritto UE⁴.

In altri termini, la particolare struttura del giudizio di ottemperanza – sul piano del diritto interno – rappresenta lo strumento utilizzabile dal giudice nazionale per incidere sulle proprie decisioni passate in giudicato, al fine di dare ingresso, pur in tale ristretto ambito, alle fonti del diritto dell'Unione europea.

⁴ Sull'intangibilità del giudicato contrario al diritto dell'UE come rientrante nel principio di autonomia processuale degli Stati membri, v. R. BARATTA, *La cosa giudicata non limita il principio della primauté ... peraltro espunto dal progetto di riforma dell'Unione europea*, in *Giustizia civile*, 2007, p. 2659 ss.; T. U. DO, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Lucchini"*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, p. 732 ss.; A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 617 ss.; E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra i sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008; G. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 221 ss.; G. VITALE, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di giustizia: i casi Olimpclub e Asturcom*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 727 ss.; V. TRSTENJAK, E. BEYSEN, *European Consumer Protection: Curia Semper Dabit Remedium*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 95 ss.; R. BARENTS, *EU Procedural Law and Effective Legal Protection*, *ivi*, 2014, p. 1437 ss.; P. MENGOZZI, *La Corte di giustizia dell'Unione e il diritto nazionale degli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 167 ss.; A. WALLERMAN, *Towards an EU Law Doctrine on the Exercise of Direction in National Courts? The Member States' Self-Imposed Limits on National Procedural Autonomy*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 339 ss.

2. La verifica della compatibilità del giudicato a formazione progressiva con il diritto sovranazionale non può prescindere da un breve accenno ai fatti di causa. L'Adunanza plenaria veniva interrogata se la sopravvenuta sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia – resa in materia di appalti di lavori pubblici⁵ – nell'affermare l'esistenza dell'obbligo di ricorrere alla procedura ad evidenza pubblica per la costruzione di una cittadella giudiziaria, si ponesse in contrasto non tanto con quanto deciso precedentemente dal giudice amministrativo in sede di cognizione, quanto con i diversi *dicta* del giudice dell'ottemperanza, che sembravano prescrivere come modalità esecutiva della sentenza amministrativa, l'affidamento diretto del contratto all'operatore. La sezione remittente del Consiglio di Stato reputava, infatti, che il giudicato delle sentenze di ottemperanza avrebbe riconosciuto all'impresa il diritto di costruire l'opera e l'obbligo del Comune di prenderla in locazione a titolo oneroso. L'incompatibilità, sul piano dell'ordinamento europeo, era quindi rappresentata dall'assenza di un nuovo bando per edificare la cittadella giudiziaria.

Il Collegio risolveva il dubbio affermando che nel caso di specie, la sentenza di cognizione ed i successivi giudizi di esecuzione in sede di ottemperanza avevano solo stabilito il diritto dell'impresa alla conclusione congrua del procedimento. Tale interesse procedimentale consisteva nella mera possibilità di costruire l'opera, ma non nel diritto di realizzarla. Di conseguenza, atteso che il diritto alla edificazione dei manufatti non era stato sancito da alcuna sentenza, il giudicato sul punto non solo non si era formato, ma non poteva più formarsi a causa della decisione sopravvenuta della Corte di giustizia che richiedeva l'applicazione della normativa in materia di appalti, in luogo di un semplice affidamento diretto.

3. La risposta fornita dalla Adunanza plenaria, però, ad una attenta lettura, sembra volta ad allontanare lo spettro della violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale, compiuta dallo stesso Consiglio di Stato quale giudice di ultimo grado, tanto in sede di cognizione quanto di ottemperanza, con il conseguente formarsi di un giudicato contrario alla normativa europea sugli appalti pubblici di lavori. Pericoli che, se non scongiurati, avrebbero esposto lo Stato al risarcimento dei danni causati a terzi⁶.

La formazione di un giudicato, in sede di ottemperanza, contrario al diritto dell'UE, emerge in modo evidente ponendo mente alla sentenza pregiudiziale C-213/13, *Pizzarotti*, originata ed intervenuta nel contenzioso amministrativo⁷.

⁵ M. ROBLES, *Il contratto di appalto nella disciplina italo-comunitaria*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 55 ss.

⁶ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 15 maggio 2014, causa C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. Spa c. Comune di Bari e altri (Pizzarotti)*, punto 102. Per la violazione del diritto dell'UE da parte del giudice di ultimo grado e sui conseguenti rimedi risarcitori v. sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*; del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo Spa in liquidazione c. Repubblica Italiana*. In dottrina E. SCODITTI, *Violazione del diritto "comunitario" derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Il Foro italiano*, 2006, IV, c. 418 ss.; F. FERRARO, *The Consequences of the Breach of the Duty to Make Reference to ECJ for Preliminary Ruling*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 589 ss.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*. V. il commento di G. MARCHEGIANI, *The Pizzarotti Case and the Sale of Public Property in the Light of EU Law*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 111.

In primo luogo, se è vero come afferma l'Adunanza plenaria che il giudicato riguarda il solo obbligo di verificare la possibilità di costruire la cittadella giudiziaria, e dunque non il diritto di realizzarla, tale interesse procedimentale si colloca in una situazione giuridica che, temporalmente, precede l'eventuale applicazione della normativa sull'appalto di lavori di matrice europea. Quest'ultima, dunque, non sarebbe dovuta entrare in gioco. In altri termini, vertendosi in una situazione puramente interna dello Stato, la Corte di giustizia si sarebbe dichiarata incompetente⁸.

Secondariamente se la questione del formarsi del giudicato contrario al diritto dell'UE, proposta dal Consiglio di Stato come "eventuale" alla Corte di giustizia, fosse stata ritenuta veramente tale dai giudici europei, gli stessi avrebbero dichiarato il ricorso irricevibile, in quanto la Corte non si pronuncia su questione ipotetiche⁹.

Infine, l'esistenza del giudicato non compatibile con il diritto dell'Unione europea emerge dalla stessa risposta della Corte che, sul punto, riafferma il proprio indirizzo costante: la disapplicazione del giudicato contrastante con tale diritto è consentito al giudice solo se analoga facoltà gli sia attribuita dalla normativa processuale domestica in riferimento al diritto interno¹⁰.

Per altro verso, nemmeno la qualificazione della sentenza della Corte di giustizia come sopravvenienza normativa, rispetto alle sentenze di ottemperanza, sembrerebbe ripristinare la conformità della vicenda processuale con il diritto dell'UE. Al riguardo si rileva che la pronuncia interpretativa ha efficacia *ex tunc*, poiché definisce la portata della norma europea così come avrebbe dovuto essere intesa ed applicata fin dal momento della sua entrata in vigore¹¹. Per contro l'efficacia *ex nunc* (la sopravvenienza) resta una ipotesi eccezionale¹², in cui in ogni caso vengono sempre fatti salvi i diritti di coloro che, relativamente alla normativa nazionale controversa e prima della data di tale sentenza, avessero esperito un'azione giudiziaria¹³.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 2016, cause C-692 a 694/15, *Security Service Srl e altri c. Ministero dell'Interno*, punto 22.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2011, causa C-197/10, *Unió de Pagesos de Catalunya c. Administración del Estado*, punto 18.

¹⁰ Sentenza *Pizzarotti*, punti 58-62 e giurisprudenza ivi indicata. L'Assise davanti ad una manifesta violazione della normativa sugli appalti, cristallizzata nelle sentenze passate in giudicato, si sforza di recuperare la compatibilità, al diritto dell'U.E., delle decisioni definitive che via via si sono succedute, ricostruendo il contenuto dell'obbligo conformativo nelle stesse contenuti. La norma comportamentale della pubblica amministrazione, vale a dire la verifica da parte dell'autorità comunale della sola possibilità per l'impresa di costruire l'opera, viene definita richiamando la natura del giudizio di annullamento, che non consente al giudice amministrativo di sindacare la fondatezza della pretesa e di predeterminare il contenuto del provvedimento finale, se non nei casi in cui l'attività sia vincolata o si siano comunque esauriti gli spazi di discrezionalità riconosciuti alla pubblica amministrazione. Il criterio di giudizio prescelto è tuttavia inidoneo a superare il chiaro contenuto della sentenza di ottemperanza (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 15 aprile 2010, n. 2153, in particolare i paragrafi 7, 9 e 11 della motivazione, www.giustizia-amministrativa.it) in cui *expressis verbis* si individua l'obbligo in capo al Comune di adottare la variante al piano regolatore generale e nell'obbligo di stipulare il contratto di locazione di opera futura.

¹¹ U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 2016, Bari, IV ed., p. 391 ss.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richards*, punti 40-42.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 1999, causa C-262/96, *Surul*, punto 112.

Il carattere di sopravvenienza sembra, poi, escludersi anche nel particolare caso dei provvedimenti amministrativi definitivi¹⁴ – divenuti tali a seguito del passaggio in giudicato della sentenza del giudice di ultima istanza – che siano risultati contrari al diritto dell’Unione europea alla luce di una giurisprudenza della Corte, successiva alla decisione del giudice di ultima istanza, senza che quest’ultimo abbia adito la Corte in via pregiudiziale. I giudici di Lussemburgo hanno ribadito che una norma di diritto europeo deve essere applicata da un organo amministrativo anche a rapporti sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza della Corte. Sulla base di tale premessa e in riferimento al principio di leale cooperazione (art. 4 TFUE) la Corte ha stabilito che solo l’organo amministrativo è obbligato a riesaminare la propria decisione¹⁵ ma non il giudice allorché tale potere non gli sia conferito sul piano domestico¹⁶.

4. Prescindendo per un momento dalla complessa vicenda giudiziaria in oggetto e spostandosi su un piano di riflessione più generale, il giudicato a formazione pro-

¹⁴ G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto “comunitario”*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2007, p. 747.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Küne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, punti 22, 26-27. Questi brevemente i fatti. La società olandese Küne, negli anni 1986-87 esportava verso Paesi terzi dei pezzi di pollame. Nella dichiarazione presentata alle autorità doganali olandesi la società designava la merce come “cosce e pezzi di cosce di altri volatili” con un relativo codice previsto dalla tariffa doganale comune. Sulla base di tali dichiarazioni l’autorità doganale concedeva e pagava alla società le restituzioni all’esportazione. In seguito ad un verifica le autorità doganali riclassificano la merce “altri” con conseguente richiesta di rimborso delle somme in precedenza pagate a titolo di restituzioni. Il provvedimento veniva impugnato con ricorso dalla Kühne & Heitz davanti all’autorità doganale che lo respingeva. Anche il giudice d’appello (quale ultimo grado), nel 1991, respingeva la domanda della società, in quanto la merce in questione non rientrava nella nozione di “cosce”. In tali giudizi la società esportatrice non aveva chiesto nemmeno un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Successivamente la Corte di giustizia con sentenza del 1994, in altra causa, stabiliva che “una coscia alla quale rimanga attaccato un pezzo di dorso deve essere quindi considerata come coscia, se detto pezzo di dorso non è sufficientemente grande da conferire al prodotto il suo carattere essenziale”. La Kühne & Heitz, sulla base di detta sentenza, richiedeva il rimborso delle somme che aveva dovuto restituire alla autorità doganale. La richiesta veniva respinta. La società impugnava la decisione. Il giudice d’appello sollevava la questione pregiudiziale.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*. Il fatto storico da cui scaturiva il rinvio pregiudiziale riguardava i premi promessi (destinati ad agevolare la conclusione di un contratto e quindi preparatori all’accordo), ma non pagati ad una consumatrice, nell’ambito di una campagna pubblicitaria tramite invii postali. La sentenza di primo grado aveva stabilito che una ingannevole promessa di vincita, preparatoria al contratto, presentasse un collegamento sufficientemente stretto con la preventiva conclusione del contratto con un consumatore, tale da legittimare la competenza del foro del consumatore, costituito nel caso di specie dal giudice austriaco, in forza degli artt. 15 e 16 del reg. n. 44/01. Il giudice d’appello, non essendo stato impugnato tale capo della sentenza, e reputandolo manifestamente contrario alla giurisprudenza comunitaria formata sulla specifica questione (la competenza), chiedeva alla Corte di giustizia se avesse potuto disattendere il giudicato per dar attuazione al regolamento “comunitario”. La Corte fornisce una risposta negativa. Al riguardo è interessante notare che al punto n. 23 i giudici di Lussemburgo affermano come la sentenza *Küne & Heits*, invocata dal giudice remittente, non si attagliava al caso ad essi sottoposto, poiché da un lato non si era in presenza di una decisione amministrativa, ma di una sentenza. Dall’altro, il diritto interno austriaco non prevedeva il riesame di una sentenza passata in giudicato. Al contrario, il diritto olandese (causa *Küne & Heits*) affidava all’organo nazionale amministrativo il potere di ritornare sulla propria decisione definitiva.

gressiva, nel suo concreto atteggiarsi, potrebbe esporsi a rischi sia di incompatibilità con il diritto europeo (atteso che l'applicabilità del diritto dell'Unione da parte della normativa nazionale implica anche l'applicabilità della Carta di Nizza¹⁷), sia di contrasto con la CEDU¹⁸ (in evenienze puramente interne). Molto spesso infatti le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione tutelano diritti analoghi a quelli della Convenzione: in tali ipotesi il loro significato e portata sono determinati anche dagli indirizzi forniti dalla Corte EDU¹⁹.

Sulla base delle Spiegazioni della Carta (CDFUE)²⁰, che devono essere tenute in debito conto dai giudici dell'Unione e degli Stati membri²¹, l'analogia di contenuto si rinviene in riferimento al diritto ad un ricorso effettivo, disciplinato dall'art. 47, par. 2, CDFEU e dall'art. 6, par. 1, CEDU²².

Partendo dal raffronto con tali disposizioni, si evidenziano dei contrasti sotto plurime angolazioni.

In primo luogo, si nutrono dubbi sulla legittimità del giudicato nel suo formarsi e quindi completarsi ad opera delle successive sentenze di ottemperanza. Ciò in particolare nel momento in cui, a fronte della sentenza di annullamento non contenente l'obbligo conformativo o stabilendolo in modo incompleto, la pubblica amministrazione rimanga inerte; oppure il commissario *ad acta* non ponga rimedio all'immobilismo della medesima o addirittura egli stesso eluda il giudicato della sentenza da ottemperare. In tali ipotesi l'istituto *de quo* violerebbe il principio del diritto all'esecuzione della decisione giudiziale passata in giudicato. Infatti nel caso *Hornsby c. Grecia*²³ la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che il diritto di ricorrere

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 2015, cause riunite C-446 a 449/12, *W. P. Willem e altri*, punto 49.

¹⁸ U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7; *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2015, II ed., *passim*.

¹⁹ Art. 52, par. 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, su cui v. le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*. Sentenze della Corte di giustizia del 4 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *Mc. B c. L. E.*; del 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*. Per un commento v. P. OLIVER, *Case C-279/09, DEB v. Germany, Judgment of the Court of Justice (Second Chamber) of 22 December 2010*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 2023 ss. Di recente nella dottrina v. A. DI STASI, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: ancora a proposito dell'articolo 51, paragrafo 1*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 445 ss.; E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione delle competenze nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 623 ss.; P. MENGOCZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 23 ss.; C. AMALFITANO, *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 21 ss.; G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 677 ss.

²⁰ *Spiegazioni*, cit.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, punto 54.

²² Come esplicitato nelle *Spiegazioni*, cit.

²³ Sentenza della Corte EDU del 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia*. Due coniugi inglesi residenti in Grecia e abilitati all'insegnamento della lingua inglese, chiedevano allo Stato ellenico il rilascio del nulla osta per aprire una scuola privata per insegnare la lingua inglese. L'organo amministrativo competente negava l'autorizzazione a causa della loro cittadinanza. I richiedenti denunciavano il caso alla

in giudizio, sancito dall'art. 6, par. 1, sarebbe illusorio e meramente teorico se non si estendesse anche all'attuazione ed esecuzione delle decisioni giudiziarie (par. 40). I giudici di Strasburgo hanno affermato che, tramite il ricorso presentato innanzi alla corte amministrativa interna di ultima istanza, la parte mira non solo all'annullamento della decisione impugnata, ma anche e soprattutto alla rimozione dei suoi effetti. La tutela giurisdizionale effettiva e il ripristino della legalità presuppongono l'obbligo da parte delle autorità amministrative di eseguire la sentenza e dunque di conformarsi alla stessa. Dal momento che esse sono parti integranti dello Stato, devono sottostare alle regole imposte dal diritto internazionale. Ne segue che se le amministrazioni si rifiutano o non riescono a rispettare, o anche solo ritardano l'esecuzione della sentenza amministrativa definitiva, negano la tutela accordata dalla norma pattizia (par. 41).

L'omissione della pubblica amministrazione, inoltre, con il susseguirsi di plurimi giudizi di ottemperanza e di eventuali incidenti di esecuzione avverso il non corretto operare del commissario *ad acta*, può determinare lungaggini processuali che frustrano l'esigenza di tutela della posizione sostanziale del privato, ossia di quell'interesse procedimentale e/o finale, con conseguente violazione del principio della ragionevole durata del processo²⁴. Anzi, molto spesso, tale violazione si aggiunge a quella poc'anzi accennata del diritto alla realizzazione della sentenza passata in giudicato²⁵. Entrambe le ipotesi prospettate non sono meramente teoriche. Ponendo mente al caso di specie si nota che l'operatore economico, sulla base del giudicato a formazione progressiva ha atteso tredici anni (dal 2003 al 2016), per sentirsi semplicemente dichiarare che il suo progetto di costruire l'opera era conforme al bando, ma che, purtuttavia, non aveva il diritto di realizzarlo. Le due garanzie internazionali violate traducono, quindi, in termini giudici "il paradossale contenzioso" sul progetto di costruzione, come definito dall'Avvocato generale Wahl nelle sue conclusioni²⁶.

Altro profilo di incompatibilità con l'art. 6 emerge in riferimento a quella parte di interesse che si deve ancora svolgere, dunque non coperto dal giudicato, nel momento in cui la sopravvenienza normativa impedisca definitivamente la possibilità di realizzarlo. Lo *jus superveniens*, invero, innestandosi sul processo amministrativo di ottemperanza in corso tra il privato e lo Stato falserebbe "la parità delle armi", sbilanciando l'esito del giudizio in favore della pubblica amministrazione.

Commissione. Si apriva la procedura d'infrazione conclusasi con la sentenza della Corte di giustizia che rinveniva la violazione della libertà di stabilimento. Sulla base di tale sentenza i coniugi presentavano nuovamente istanza di autorizzazione alla Grecia, che veniva espressamente rigettata. Contro tale diniego ricorrevano alla Suprema corte amministrativa la quale annullava il provvedimento, invocando la diretta applicabilità della libertà di stabilimento che non può subire limitazioni sulla base della cittadinanza ellenica. I coniugi inglesi, in forza di tale sentenza presentavano nuova istanza di autorizzazione per l'apertura della scuola. L'amministrazione non forniva alcuna risposta.

²⁴ Sentenza della Corte EDU del 26 luglio 2016, *Veiga Da Silva Braga c. Portogallo*, par. 14. La Corte ribadisce che la ragionevolezza della durata del processo deve essere valutata alla luce delle circostanze del caso e con riferimento ai seguenti criteri: la complessità del caso (le decisioni del 27 ottobre 1994, caso *Katte Klitsche de la Grange c. Italia*); il comportamento dei ricorrenti (cfr. la decisione del 23 aprile 198, caso *Erkner e Hofbauer c. Austria*) e delle autorità competenti; il rapporto giuridico controverso.

²⁵ Sentenza *Hornsby*, par. 40.

²⁶ Conclusioni Pizzarotti.

Benché tale pregiudizio per il singolo sia stato censurato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo solo in riferimento alle leggi d'interpretazione autentica²⁷, nulla vieta di estenderlo ad una legislazione sopravvenuta che, pur non avendo tali requisiti, sul piano pratico conduca alle medesime conseguenze²⁸.

Altre norme di identico contenuto²⁹, che potrebbero venire in conflitto con l'istituto in questione sono quelle poste a tutela del diritto di proprietà³⁰, ossia l'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU e l'art. 17 della Carta di Nizza. La situazione giuridica durevole, su cui si crea il giudicato a formazione progressiva, potrebbe essere determinata da un comportamento attivo ma erroneo della P.A. che si protrae per un consistente periodo di tempo. Poiché su questo comportamento, così caratterizzato, il privato ripone il legittimo affidamento di pervenire al godimento del bene, l'organo amministrativo non può successivamente emendare il proprio errore con effetti retroattivi. Così facendo vanificherebbe la predetta aspettativa ed il privato potrebbe subire ingenti danni³¹. Anche nel caso sottoposto all'attenzione della Adunanza plenaria emerge un comportamento erroneo dell'autorità comunale e del Ministero della giustizia su cui l'impresa nutre un legittimo affidamento.

5. Dalle considerazioni che precedono non c'è dubbio che, sulla base della giurisprudenza amministrativa, il giudicato a formazione progressiva, connesso al giudizio di ottemperanza, è destinato a permanere nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale, sebbene non previsto testualmente nel codice del processo amministrativo.

In un ottica europea, la caratteristica specifica dell'istituto, ossia il suo formarsi *in fieri*, costituisce una valvola di sicurezza per il sistema processuale amministra-

²⁷ A. VALENTINO, *Il principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista giuridica telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, n. 3, e giurisprudenza ivi citata.

²⁸ Nel caso di specie il Consiglio di Stato non ha analizzato la questione posta dalle parti circa l'incidenza sul giudicato della normativa italiana sopravvenuta che aveva trasferito dai Comuni allo Stato ogni competenza in tema di edilizia giudiziaria.

²⁹ *Spiegazioni*, cit.

³⁰ Nella giurisprudenza della Corte EDU la proprietà ricomprende non solo beni materiali ma anche diritti di credito, come pure un'aspettativa legittima e ragionevole di pervenire al godimento effettivo di un bene. Sull'art. 1 v. il commento di R. CHENAL, F. GAMBINI, A. TAMIETTI, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

³¹ In tali evenienze la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la lesione del diritto di proprietà: v. sentenze del 11 ottobre 2005, *N.A. e altri c. Turchia*; del 27 febbraio 2008, *Hamer c. Belgio*. Nel caso di specie le amministrazioni turche nel 1956 registravano, nei pubblici registri, il nominativo del proprietario di un appezzamento di terreno. Alla morte del *dominus* il terreno passava in successione agli eredi i quali continuavano a pagare le imposte sul fondo. Il 25 giugno 1986 gli eredi ottenevano un certificato di investimento turistico dal Ministero della cultura e del turismo, al fine di edificare un hotel sul suddetto appezzamento. Il 9 luglio 1986 l'amministrazione statale assegnava agli eredi un certificato di incentivo agli investimenti, sempre allo scopo di costruire un hotel. Il 28 ottobre 1986, dopo che i ricorrenti avevano iniziato i lavori, il Ministero del tesoro disponeva la cancellazione della proprietà del terreno e intimava la demolizione dell'hotel, poiché il terreno era parte di una zona costiera che non poteva essere oggetto di proprietà privata. Si apriva un contenzioso amministrativo in cui il giudice di ultimo grado accoglieva le richieste dell'amministrazione.

tivo in tutte quelle ipotesi che si pongono quasi al limite di compatibilità con il diritto dell'Unione europea. Questa sua capacità di adattarsi al mutare della situazione contingente consente di recuperare eventuali difformità della sentenza passata in giudicato, causate dal mancato esercizio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. È questa l'indicazione che proviene dai giudici del Lussemburgo, per i quali un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza, che abbia statuito senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia, se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, deve completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione e, finanche, ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima³².

L'elasticità dell'istituto *de quo*, tuttavia, come si è visto, non lo metterebbe al riparo da possibili antinomie con alcuni diritti fondamentali garantiti a livello sovranazionale. Ciò spinge ad una ulteriore considerazione, vale a dire se possa avere ancora rilevanza il vizio di eccesso di potere giudiziario. Esso, come noto, si concretizza nel momento in cui il giudice amministrativo annulli il provvedimento e, surrogandosi alle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, determini il contenuto dell'atto annullato³³. Tale aberrazione sarebbe però mitigata dalla necessità di applicare il diritto dell'UE, scongiurando procedure d'infrazione e azioni risarcitorie. Del resto l'invasione del giudice nazionale all'interno di un altro potere, come ad esempio quello legislativo, è già noto in ambito europeo: la Corte di giustizia ha reputato legittima l'adozione da parte del giudice interno di misure provvisorie d'urgenza per tutelare il diritto dell'Unione, non previste dall'ordinamento domestico³⁴. Analogamente la possibilità del giudice amministrativo, in sede di annullamento, di predeterminare con maggiore precisione i comportamenti della pubblica amministrazione potrebbe essere visto come adattamento dell'art. 31, co. 2, c.p.a. rispetto all'obbligo di tutela giurisdizionale effettiva imposta allo Stato membro dall'art. 19 TUE.

³² Sentenza *Pizzarotti*.

³³ Ipotesi vietata dall'art. 31, co. 2, c.p.a. *Ex multis* sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, del 2 maggio 2016, n. 1660, www.giustizia-amministrativa.it: "Nei giudizi sul silenzio il Giudice non può andare oltre la declaratoria di illegittimità dell'inerzia e l'ordine di provvedere, essendogli precluso il potere di accertare la fondatezza sostanziale sottesa alla richiesta avanzata dal soggetto (giacché se così non fosse si andrebbe a sostituire indebitamente alla stessa P.A. nelle sue valutazioni discrezionali). Il Giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione".

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *The Queen c. Secretary of State for transport, ex parte Factortame Ltd e altri*; P. OLIVER, *Interim Measure: Some Recent Developments*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 7 ss.

Abstract

The Progressive Formation of the *res judicata* and the International and EU Law

According to procedural administrative law a final and binding judicial decision, which sets aside an act of the administrative authorities, obliges them to comply with the judgment. If they refuse or fail to comply with it, the Court, using a specific proceeding (*giudizio di ottemperanza*), is empowered to impose them the behaviour they are supposed to carry on, through another subsequent decision. The second judgment, implementing the content of the first, becomes automatically definitive. This progressive formation of the *res judicata*, on one hand, is useful as a remedy for the omission of preliminary rulings to the CJ. On the other side the same flexibility could endanger some of the guarantees as the right to a fair trial or the protection of property, provided for in the ECHR and in the Charter of fundamental rights of the European Union.

Luca Minuti*

Il mutuo riconoscimento delle sanzioni pecuniarie: banco di prova per lo sviluppo della cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. L'azione dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria penale: tra libera circolazione delle decisioni e armonizzazione delle legislazioni nazionali. – 2. Il mutuo riconoscimento delle sanzioni pecuniarie in materia penale. – 3. L'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: il caso *Baláž*. – 4. La nozione di autorità giudiziaria le cui decisioni debbono essere riconosciute. – 5. Le nozioni autonome ricostruite dalla Corte di giustizia. – 6. La violazione dei diritti fondamentali come limite alla possibilità di riconoscere le decisioni e la necessità di interpretare gli atti adottati in materia di cooperazione giudiziaria penale alla luce dei diritti fondamentali. – 7. Mutuo riconoscimento, fiducia reciproca e armonizzazione delle legislazioni: un difficile equilibrio.

1. La progressiva realizzazione di obiettivi funzionali alla creazione del c.d. mercato interno, quali quelli relativi alla libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali, ha reso per gli Stati membri sempre più impellente l'esigenza di riconoscere un valore transnazionale anche alle decisioni giudiziarie nazionali. Sussisteva, infatti, la fondata preoccupazione che, stanti le predette libertà di circolazione, il sistema di prevenzione e di repressione dei crimini finisse per risultare ormai non più al passo con l'evolversi del cantiere Europa. All'uopo, occorre evitare che l'abolizione dei controlli alle frontiere e le conseguenti opportunità di circolazione, lasciando spazi di impunità per il crimine organizzato, andassero a detrimento della corretta amministrazione della giustizia e della certezza del diritto: le autorità statali, infatti, erano ancora paralizzate da frontiere politiche e giuridiche¹.

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, curriculum in Diritto internazionale e dell'Unione europea, dell'Università degli studi di Pisa.

¹ Sull'argomento cfr. M. DI FILIPPO, *Unione europea e lotta alla criminalità*, in M. DI FILIPPO (a cura di), *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione europea e del Mercosur*, Torino, 2012, p. 349 (ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

Benché gli Stati membri avessero già sviluppato forme di cooperazione penale nell'ambito di altri fori², solo a partire dal Trattato di Maastricht sono state attribuite alle istituzioni dell'Unione le prime competenze in materia.

Veniva così riconosciuta la necessità di una cooperazione in materia penale al fine di migliorare il funzionamento del mercato comune e di garantire la libera circolazione dei cittadini³. Il problema, però, era rappresentato dal fatto che il terzo pilastro dell'Unione (in origine dedicato a Giustizia e Affari Interni) era caratterizzato da un marcato carattere intergovernativo e che il potere decisionale era concentrato nelle mani del Consiglio, il quale deliberava all'unanimità. Inoltre, gli atti che potevano essere adottati (posizioni comuni, azioni comuni e convenzioni) non erano dotati di carattere particolarmente incisivo per l'ordinamento degli Stati membri.

Un significativo rafforzamento delle competenze dell'Unione veniva successivamente compiuto con il Trattato di Amsterdam, il quale si poneva l'obiettivo di fornire ai cittadini un elevato livello di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tale obiettivo veniva perseguito mediante una più stretta cooperazione fra le autorità giudiziarie, le forze di polizia, le autorità doganali e le altre autorità competenti degli Stati membri, nonché attraverso il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale. Il terzo pilastro, inoltre, pur avendo mantenuto un carattere essenzialmente intergovernativo, è stato, con il Trattato di Amsterdam, dotato di strumenti più incisivi. Ciò è avvenuto, in particolare, grazie alla possibilità – ex art. 34 TUE – di adottare lo strumento della decisione quadro, la quale – tenuto conto della somiglianza con la direttiva – è volta al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri.

Ma è solo con il Trattato di Lisbona e con la conseguente abolizione della struttura a pilastri, che gli Stati membri hanno avuto la possibilità di adoperare gli strumenti tipici che in precedenza contraddistinguevano il pilastro comunitario⁴. Tenuto conto delle differenze tra le varie legislazioni nazionali degli Stati membri, l'Unione ha provveduto ad individuare le direttrici lungo le quali orientare la propria azione in tale materia. In base all'art. 82, par. 1, TFUE il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni⁵ rappresenta il perno attorno al quale ruota l'intera materia della cooperazione giudiziaria in materia penale, e tale principio include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Sono proprio tali elementi, quindi, che permettono – certamente assieme alla comunitarizzazione dell'ex terzo pilastro – di porre in essere strumenti efficaci contro la criminalità transnazionale.

² In precedenza, la cooperazione in materia penale si è sviluppata in seno al Consiglio d'Europa, anche se vi sono stati alcuni precedenti nel Benelux e nei Paesi nordici.

³ V. A. TIZZANO, *Brevi note sul "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 391 ss.; R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, ivi, 1998, p. 481 ss.; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 78 ss.

⁴ Sul punto v. S. PEERS, *Mission accomplished? EU Justice and Home Affairs Law after the Treaty of Lisbon*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 661.

⁵ L'affermazione di tale principio a livello dei Trattati si è avuta solo con il Trattato di Lisbona, il quale si è posto in un'ottica di continuità con il naufragato Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, nel quale – appunto – era stato istituzionalizzato tale principio.

In breve, il fondamento del mutuo riconoscimento consiste nel riconoscimento automatico dei risultati applicativi di norme nazionali negli altri Paesi membri dell'Unione. In ambito penale, il principio in questione dà luogo al riconoscimento ed all'esecuzione di decisioni penali emesse dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro. Tale principio, dunque, impone allo Stato di destinazione di un *quid* (una decisione) di rinunciare ad applicare la propria normativa interna in favore di quella dello Stato di provenienza: l'oggetto del mutuo riconoscimento, pertanto, non è la decisione penale in quanto tale, bensì quale atto giuridico che risulta dall'applicazione delle regole in base alle quali le stesse merci o decisioni sono state emesse⁶.

Accanto all'affermazione del principio del mutuo riconoscimento viene ritenuta necessaria anche un'attività di armonizzazione, la quale – a norma dell'art. 82, par. 1, TFUE – deve svilupparsi lungo due direttrici. Da un lato, si prevede un ravvicinamento delle legislazioni sostanziali: mediante la procedura legislativa ordinaria, il Parlamento europeo ed il Consiglio possono adottare direttive (non più decisioni quadro) contenenti norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che presentano una dimensione transnazionale, le quali sono elencate dall'art. 83, par. 2, TFUE⁷. Quindi, lo scopo perseguito è quello di raggiungere una sia pur minima uniformità normativa riguardo alla definizione dei reati e delle relative sanzioni.

Dall'altro lato, invece, il ravvicinamento deve riguardare il diritto procedurale. Laddove necessario, infatti, per facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e la cooperazione in materia penale, le predette istituzioni, mediante direttive, possono stabilire norme minime riguardanti l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, i diritti della persona nella procedura penale, i diritti delle vittime della criminalità ed altri elementi della procedura penale individuati dal Consiglio (art. 82, par. 2, TFUE). Tali direttive, inoltre, devono tener conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, le quali, infatti, esercitano tuttora un peso importante. È per questo, dunque, che l'applicazione del mutuo riconoscimento in una materia delicata come quella penale ha incontrato notevoli resistenze, dettate perlopiù dall'assenza di fiducia nei confronti di ordinamenti stranieri.

Obiettivo primario della presente indagine è quello di verificare se effettivamente il principio del mutuo riconoscimento debba essere considerato una pietra miliare – in un certo senso, autosufficiente – nel panorama della cooperazione penale o se, invece, sia più opportuno che lo stesso proceda di pari passo con il ravvicinamento delle legislazioni.

Per far questo, si è scelto di prendere a riferimento un particolare ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, quale quello attinente al riconoscimento

⁶ Non è corretto, perciò, parlare in termini di “mutuo riconoscimento delle decisioni penali” poiché il principio in questione, come detto, riguarda le normative e non le decisioni in sé, le quali non sono altro che il frutto dell'applicazione di queste. Per questa ragione, sembra più corretto parlare di *libera circolazione delle decisioni penali* (o delle merci, o di qualsiasi altro *quid*).

⁷ Ciò non toglie, tra l'altro, che il Consiglio – ai sensi del par. 3 dell'art. 83 TFUE – possa adottare, deliberando all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo, una decisione che individua altre sfere di criminalità.

delle sanzioni pecuniarie emesse dalle autorità degli Stati membri a seguito di un reato, ovvero per atti che siano punibili come infrazioni a regolamenti.

Attraverso l'analisi delle modalità operative del principio del mutuo riconoscimento introdotte dagli strumenti di diritto derivato, e anche per mezzo della valutazione della prima prassi applicativa, si cercherà di mettere in luce la portata, i limiti, nonché l'attuale stato di concreta effettività del principio in questione, tenuto conto del particolare contesto all'interno del quale esso è chiamato ad operare.

2. L'importanza del principio del mutuo riconoscimento in materia penale, pur essendo stata sancita a livello primario con l'adozione del Trattato di Lisbona, era già stata in precedenza sottolineata da parte delle istituzioni dell'Unione. In particolare, con le conclusioni elaborate in seno al Consiglio europeo di Tampere del 1999⁸, il reciproco riconoscimento delle decisioni è stato affermato quale principio cardine ispiratore della materia.

Con particolare riferimento al settore penale, la decisione quadro istitutiva del Mandato d'arresto europeo (MAE)⁹ ha rappresentato il primo decisivo passo verso l'applicazione *tout court* del principio in questione entro i confini dell'Unione¹⁰. Infatti, nonostante i problemi interpretativi e attuativi creati da tale strumento, è indubbio che esso sia stato in grado di dar vita ad una modalità di consegna del ricercato semplice e veloce. Proprio per questo, le istituzioni dell'Unione hanno ritenuto opportuno proseguire il cammino intrapreso, estendendo il principio *de quo* anche ad ulteriori ambiti della cooperazione giudiziaria in materia penale. È così che, in vista della realizzazione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia¹¹, tale principio è stato reso applicabile alle misure reali di congelamento o blocco di beni (decisione quadro 2003/577/GAI¹²), alle sanzioni pecuniarie comminate da autorità giudiziarie o amministrative (decisione quadro 2005/214/GAI¹³),

⁸ V. Consiglio europeo di Tampere del 1999, Conclusioni della Presidenza, 15-16 ottobre 1999, n. 2001/99, reperibile *online*. Sul punto v. E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Le nuove frontiere della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*, in *Documenti giustizia*, 2000, c. 1314; L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cassazione penale*, 2000, p. 1114.

⁹ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Sul punto, si veda, *ex multis*, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI (a cura di), *Il mandato di arresto europeo. Commento alla l. 22 aprile 2005, n. 69*, Torino, 2006.

¹⁰ In questo senso si veda V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1283.

¹¹ Si veda, tra tutti, A. TIZZANO, *Brevi note sul "terzo pilastro"*, cit.; nonché B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 1295 ss.

¹² Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio. Tale decisione quadro, così come la decisione quadro 2008/978/GAI (v. nota 17), è stata sostituita dalla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale. La decisione quadro in questione è stata attuata in Italia con il d.lgs. 35/2016, in vigore dal 26 marzo 2016.

¹³ Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, tesa a rafforzare i diritti processuali delle persone

alle decisioni di confisca (decisione quadro 2006/783/GAI¹⁴), alle sentenze che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale (decisione quadro 2008/909/GAI¹⁵), alle sentenze ed alle decisioni di sospensione condizionale (decisione quadro 2008/947/GAI¹⁶), alla ricerca delle prove all'estero (decisione quadro 2008/978/GAI¹⁷), alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare (decisione quadro 2009/829/GAI¹⁸) ed all'ordine di protezione europea (direttiva 2011/99/UE¹⁹).

La decisione quadro sul riconoscimento delle sanzioni pecuniarie²⁰ si pone gli obiettivi di non lasciare impuniti i condannati, e di poter aggredire il loro patrimonio indipendentemente dal luogo nel quale esso si trovi. A tutela del principio della certezza del diritto, infatti, la decisione quadro si applica ad ogni decisione definitiva, emessa da un'autorità di uno Stato membro, che infligge una sanzione pecuniaria ad una persona fisica o giuridica (art. 1, lett. a)). Tale decisione, quindi, per essere definitiva deve essere irrevocabile, cioè non impugnabile tramite mezzi ordinari di ricorso contemplati dall'ordinamento giuridico dello Stato c.d. emittente.

La decisione stessa, inoltre, deve essere emanata da un'autorità giudiziaria a seguito della commissione di un reato o da un'autorità "diversa dall'autorità giudiziaria" a seguito di un reato, ovvero per atti che siano punibili come infrazioni a regolamenti (inclusi quelli contenenti norme sulla circolazione stradale²¹), purché, in ogni caso, alla persona interessata sia stata offerta la possibilità di essere giu-

e a promuovere l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

¹⁴ Decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca. La decisione quadro in questione è stata attuata in Italia con il d.lgs. 137/2015, in vigore dal 17 settembre 2015.

¹⁵ Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale. La decisione quadro in questione è stata attuata in Italia con il d.lgs. 161/2010, in vigore dal 16 ottobre 2010.

¹⁶ Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive. La decisione quadro in questione è stata attuata in Italia con il d.lgs. 38/2016, in vigore dal 29 marzo 2016.

¹⁷ Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali.

¹⁸ Decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare. La decisione quadro in questione è stata attuata in Italia con il d.lgs. 36/2016, in vigore dal 26 marzo 2016.

¹⁹ Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europea. La direttiva in questione è stata attuata in Italia con il d.lgs. 9/2015, in vigore dal 10 marzo 2015.

²⁰ L'Italia, con quasi dieci anni di ritardo, ha dato attuazione alla decisione in esame con il d.lgs. 37/2016, entrato in vigore il 10 aprile 2016. Per quanto riguarda il cammino che ha condotto alla decisione quadro 2005/214/GAI si veda R. GENSON, *Observations personnelles à propos des initiatives récentes relatives aux sanctions pécuniaires*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dirs.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001, p. 141 ss.

²¹ V. 4° 'considerando' decisione quadro 2005/214/GAI.

dicata da un'autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale. Si contempla, quindi, la possibilità, non prevista dal nostro ordinamento giuridico, che sanzioni penali possano essere imposte da autorità amministrative.

Una sanzione pecuniaria, infatti, in certi Paesi può essere inflitta come conseguenza della commissione di un reato, mentre in altri può essere comminata a seguito di un'infrazione a regolamenti, ed è proprio per questo che la decisione quadro 2005/214/GAI cerca di evitare che le differenze intercorrenti tra i vari ordinamenti giuridici possano ostacolare l'esecutività oltre i confini nazionali di questo tipo di sanzioni.

Peraltro, la decisione quadro chiarisce che, ai suoi fini, per sanzione pecuniaria si intende l'obbligo di pagare: una somma di denaro in seguito ad una condanna; il risarcimento delle vittime imposto nella decisione (qualora la vittima non sia parte civile nel processo e l'autorità giudiziaria eserciti la sua competenza penale); una somma di denaro in ordine alle spese dei procedimenti connessi alla decisione; una somma a favore di un fondo pubblico o di un'organizzazione di assistenza alle vittime.

Già da una prima lettura della decisione quadro risulta chiaro come l'intento delle istituzioni sia stato quello di favorire un rapporto diretto tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, lasciando alle autorità centrali un ruolo di mera amministrazione e non di partecipazione attiva come accadeva prima dell'affermazione del principio del reciproco riconoscimento.

Una volta emessa la decisione irrogante una sanzione pecuniaria, la stessa, corredata dal certificato allegato alla decisione quadro²², deve essere trasmessa direttamente all'autorità competente dello Stato di esecuzione in cui il condannato dispone di beni o redditi, ha la sua residenza abituale o, nel caso di una persona giuridica, ha la propria sede statutaria (art. 4, par. 1).

Si noti che, in linea con quanto previsto dalla decisione quadro sul MAE, la 2005/214/GAI ripropone un'abolizione parziale della doppia incriminazione: l'art. 5, infatti, contiene un elenco di 39 reati che, qualora costituiscano reato e risultino dunque punibili ai sensi della legislazione dello Stato di emissione, danno luogo al riconoscimento ed all'esecuzione automatica, indipendentemente dal requisito della doppia incriminazione. L'elenco comprende i 32 reati già individuati nelle altre decisioni quadro²³, oltre alle infrazioni al Codice della strada, al contrabbando di merci, alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale ed altri.

In breve, in tali casi, l'autorità competente dello Stato di esecuzione non potrà rifiutare di riconoscere ed eseguire una decisione straniera (proveniente da uno Stato membro), anche se quel fatto non costituisce reato per la propria legislazione nazionale²⁴. *Ex adverso*, per i reati che non rientrano in quelli espressamente individuati dalla lista di cui sopra, lo Stato di esecuzione ha la facoltà di subordinare

²² Il certificato allegato è uniforme e comune in tutti gli Stati membri ed esso richiede notizie precise sulla natura della decisione, della sanzione e del reato.

²³ Tali reati rappresentano le fattispecie di maggior disvalore che ogni ordinamento giuridico contempla.

²⁴ Cfr. G. IUZZOLINO, *La applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie*, in *Diritto penale europeo e ordinamento italiano: le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p. 132.

l'esecuzione stessa alla verifica che l'atto in questione integri una fattispecie di reato ai sensi della propria legislazione nazionale, indipendentemente dagli elementi costitutivi e dalla sua qualifica (art. 5, par. 3).

Una siffatta disciplina si distingue da quella contenuta nelle altre decisioni quadro in materia sia perché non prescrive una soglia minima di sanzione al di sotto della quale è sempre ammesso il controllo della doppia incriminazione, sia perché presenta un numero maggiore di categorie di reati per i quali è prevista l'abolizione della doppia incriminazione. Tale estensione comporta una riduzione del potere discrezionale dei giudici nazionali nel decidere di non riconoscere ed eseguire una decisione straniera, con il conseguente rafforzamento del sistema di cooperazione giudiziaria fondato sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni.

Per quanto concerne invece la c.d. fase di esecuzione, l'art. 7 elenca una serie di casi in cui le autorità competenti dello Stato di esecuzione possono rifiutare il riconoscimento e la conseguente esecuzione del provvedimento straniero. Innanzitutto, è opportuno precisare che, a differenza della decisione quadro sul MAE, in questo caso non è prevista alcuna distinzione tra motivi di rifiuto obbligatori e facoltativi: nessuno dei motivi di rifiuto previsti dall'art. 7, infatti, è obbligatorio per lo Stato di esecuzione, il quale resta quindi libero di avvalersene o meno. Inoltre, una volta trasmessi la decisione ed il relativo certificato, lo Stato di esecuzione, qualora gli atti oggetto della decisione non siano stati compiuti nello Stato di emissione, può ridurre l'importo della sanzione inflitta all'importo massimo previsto per atti dello stesso tipo ai sensi della propria legislazione (art. 8, par. 1): tale disposizione, infatti, mira a garantire la parità di trattamento tra soggetti che "scontano" la sanzione nello stesso Stato²⁵.

Dal testo della decisione quadro si evince, quindi, che, rispetto alle decisioni quadro sul mandato d'arresto europeo e sul congelamento o blocco dei beni, quella relativa alle sanzioni pecuniarie si distingue sia per essere il primo atto dell'Unione che applica il principio del mutuo riconoscimento esclusivamente ai provvedimenti definitivi (non più impugnabili nello Stato in cui sono stati emessi), sia per la particolare ampiezza del suo campo di applicazione²⁶.

Nonostante si siano verificati taluni problemi di recepimento in alcuni Stati membri, è indubbio che la sia pur parziale abolizione della doppia incriminazione in una materia c.d. sensibile come la cooperazione giudiziaria, in particolare quella penale, rappresenta un passo avanti in vista sia della libera circolazione delle decisioni, penali e non, all'interno dell'Unione europea²⁷, sia del superamento delle classiche forme di cooperazione²⁸.

²⁵ Così P. DE PASQUALE, *Sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 550.

²⁶ Così G. IUZZOLINO, *op. cit.*, p. 124.

²⁷ In tal senso v. K. LIGETI, *Mutual recognition of financial penalties in the European Union*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2006, p. 150.

²⁸ "The process of enforcing foreign decisions [infatti] is radically simplified. Only one substantive decision needs to be taken, the decision of the State where the fine was imposed, rather than two". Così R. BRADLEY, *The Joint Initiative of the UK, France and Sweden for the Adoption of a Council Framework Decision on the Application of the Principle of Mutual Recognition to Financial Penalties*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dirs.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires*, cit., p. 128.

3. La decisione quadro 2005/214/GAI, riguardante l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, è venuta per la prima volta all'attenzione della Corte di giustizia in occasione della sentenza pronunciata in data 14 novembre 2013 a seguito di un rinvio pregiudiziale operato dalla Corte superiore di Praga (*Vrchní v Praze*)²⁹.

Prima di analizzare la sentenza in questione, è opportuno richiamare, sia pur sinteticamente, i fatti che erano alla base del giudizio *a quo*³⁰. In particolare, il sig. Baláž, cittadino ceco, nell'ottobre del 2009, mentre era a bordo del proprio autocarro, veniva fermato nei pressi di Kufstein (Austria) dalla polizia austriaca, la quale, dopo aver pesato il camion, riscontrava un'infrazione al Codice della strada. Baláž, infatti, stava conducendo un veicolo superiore alle 3,5 tonnellate su una strada dove ciò era vietato. L'autorità amministrativa del distretto di Kufstein (il *Kufstein Bezirkshauptmannschaft*), quindi, in data 25 marzo 2010 emetteva una decisione con la quale veniva irrogata al Baláž una sanzione pecuniaria pari ad euro 220,00 e prevedeva, in mancanza di adempimento, la condanna alla detenzione per 60 ore.

Tale decisione veniva notificata al Baláž dal Tribunale distrettuale di *Teplice* (quindi un Tribunale ceco) nel luglio 2010. Dai documenti allegati al fascicolo emergeva, inoltre, che al sig. Baláž era stata consegnata sia una copia della decisione austriaca, nella quale era indicato il termine per proporre ricorso, sia un documento riguardante i suoi diritti secondo il diritto ceco.

Successivamente, l'autorità amministrativa di Kufstein chiedeva alla Corte regionale ceca (il *Krajský*) di riconoscere e dar esecuzione alla suddetta decisione, dato che il sig. Baláž era stato in precedenza messo a conoscenza del proprio diritto di proporre ricorso contro la decisione avanti ad un giudice austriaco competente, in particolare, in materia penale, ma, non essendosi avvalso di tale facoltà, la decisione *de qua* era divenuta definitiva nel luglio 2010.

Il sig. Baláž si costituiva però in giudizio avanti alla Corte regionale ceca, di fronte alla quale sosteneva che la decisione non avrebbe potuto essere né riconosciuta, né eseguita, in quanto il ricorso avverso la stessa avrebbe potuto essere esperito in Austria solo avanti ad un tribunale amministrativo indipendente (l'*Unabhängiger Verwaltungssenat*), che, a suo dire, non poteva essere considerato un'autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale³¹.

La Corte regionale ceca respingeva tali difese e sanciva che la decisione austriaca doveva essere riconosciuta ed eseguita nella Repubblica ceca. Baláž impugnava la decisione della Corte regionale di fronte alla Corte superiore di Praga, la quale era chiamata a stabilire se la decisione dell'autorità amministrativa di Kufstein potesse

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2013, causa C-60/12, *Baláž*.

³⁰ Per un'analisi più approfondita dei fatti di causa, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 18 luglio 2013, causa C-60/12, *Baláž*.

³¹ Si ricorda che, ai sensi dell'art. 1, lett. a), n. iii) della decisione quadro 2005/214/GAI, il meccanismo di reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie si applica anche alle decisioni emesse da autorità diverse da un'autorità giudiziaria solo a condizione che "alla persona interessata sia stata data la possibilità di essere giudicata da un'autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale".

essere considerata una decisione ai sensi dell'art. 460, par. 1, lett. a), c.p.p. ceco³² e, quindi, una decisione ai sensi dell'art. 1, lett. a), punto iii), decisione quadro. La stessa Corte, nutrendo dubbi circa l'esatta interpretazione delle nozioni di "autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale" e "possibilità di essere giudicata", sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali.

Innanzitutto, la Corte superiore chiedeva se la nozione di "autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale" dovesse essere interpretata come una nozione autonoma di diritto dell'Unione europea: in caso di risposta affermativa, chiedeva inoltre quali caratteristiche dovesse avere un organo giurisdizionale di uno Stato per poter essere qualificato come autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale. In breve, chiedeva alla Corte di giustizia se un tribunale amministrativo come l'*Unabhängiger Verwaltungssenat* austriaco potesse rientrare nella definizione in questione. In caso di esito negativo, invece, la stessa Corte superiore chiedeva se tale nozione dovesse essere interpretata alla stregua del diritto dello Stato che deve decidere sul riconoscimento e l'esecuzione della decisione straniera, ovvero del diritto dello Stato dell'autorità emittente la decisione³³.

In secondo luogo, la Corte ceca chiedeva alla Corte di giustizia se la condizione secondo cui alla persona interessata deve essere garantita la "possibilità di essere giudicata" da un'autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale, fosse rispettata anche nel caso in cui il destinatario della sanzione pecuniaria non potesse ottenere nell'immediato una trattazione della questione di fronte ad un'autorità giudiziaria, ma dovesse prima procedere all'impugnazione di una decisione di un organo amministrativo, in seguito alla quale, successivamente, sarebbe stato possibile avviare un procedimento ordinario³⁴.

Le nozioni oggetto del rinvio possono essere considerate di importanza cruciale per l'applicazione del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie. La decisione quadro, infatti, riguarda anche le decisioni emesse da autorità non giudiziarie, e, al fine di garantire e tutelare i diritti di difesa, attribuisce al condannato la facoltà di proporre ricorso avverso la decisione avanti ad un'autorità giudiziaria che si occupi anche della materia penale.

4. La decisione quadro relativa al reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie si preoccupa, nel suo articolo 1, di fornire la definizione di alcune nozioni ritenute essenziali per la sua applicazione.

Se tale scelta, comune a molti atti di diritto derivato adottati dalle istituzioni dell'Unione, ha senz'altro come obiettivo quello di risolvere eventuali dubbi

³² L'art. 460, par. 1, c.p.p. ceco prevede il riconoscimento e l'esecuzione di una condanna passata in giudicato per un reato o altra infrazione o di una decisione emanata in base ad essa, purché sia stata emanata conformemente ad una norma giuridica dell'Unione europea, con la quale sia stata inflitta una pena pecuniaria o una sanzione pecuniaria. Lo stesso articolo, tra l'altro, prevede che la decisione sia stata emanata da un organo giurisdizionale di un altro Stato membro ovvero da un organo amministrativo di un siffatto Stato, a condizione che contro la decisione di quest'ultimo sia ammesso un ricorso sul quale decide un organo giurisdizionale con competenza, in particolare, in materia penale.

³³ Su tale quesito, v. *infra* al par. 5.

³⁴ Su tale quesito, v. *infra* al par. 4.

interpretativi, la concreta formulazione delle definizioni fornite non sembra in grado di conseguire il risultato sperato. Ciò vale, in particolare, per la definizione di “decisione”, che non chiarisce quali caratteristiche debbano possedere le autorità competenti ad emettere le sanzioni pecuniarie da riconoscere. Sul punto viene quindi lasciato all’interprete nazionale il compito di risalire all’esatta portata dei termini impiegati, con le conseguenti difficoltà che possono derivare dalle differenze esistenti tra gli ordinamenti giuridici dei vari Stati membri.

La decisione quadro si limita infatti ad affermare che l’autorità emanante la decisione deve rientrare in una delle categorie contemplate nel suo art. 1, lett. a).

In primo luogo, ed è l’ipotesi più frequente nella prassi, sono riconoscibili ed eseguibili le decisioni emesse da un’autorità giudiziaria dello Stato della decisione a seguito di un reato ai sensi della legislazione di detto Stato. Tenuto conto delle diversità dei vari ordinamenti giuridici degli Stati membri, spesso derivanti anche da tradizioni giuridiche profondamente diverse, limitare l’applicazione dello strumento in questione alle sole decisioni emesse da un’autorità giudiziaria e a seguito di un reato avrebbe certamente creato un modello di mutuo riconoscimento funzionante ad intermittenza, a pregiudizio dell’uniforme applicazione del principio stesso, in quanto la decisione quadro avrebbe potuto essere applicata solamente negli Stati membri che prevedono sanzioni pecuniarie a seguito di reati, creando in questo modo un’inaccettabile situazione di incertezza giuridica. È per questa ragione, quindi, che le istituzioni dell’Unione hanno voluto rendere applicabile il meccanismo di riconoscimento anche per le decisioni di autorità prive di carattere giudiziario (ad es., da un organo amministrativo come, nel caso di specie, l’autorità amministrativa di Kufstein), che possono essere state emesse sia a seguito di un reato, sia in conseguenza di atti punibili a norma della legislazione di detto Stato a titolo di infrazione a regolamenti, purché (in entrambi i casi) alla persona interessata sia stata data la possibilità di essere giudicata da un’autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale. Quindi, anche se la decisione non sia stata emessa nella fase iniziale da un’autorità giudiziaria, è comunque necessario che un’autorità di questo tipo possa conoscere la decisione quanto meno in fase di impugnazione: si vuole, in sostanza, garantire al condannato la facoltà di richiedere il controllo giurisdizionale della decisione di cui è destinatario³⁵.

³⁵ Il requisito in questione può ricordare l’impostazione flessibile seguita dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza quando si è dimostrata favorevole ad accettare il riconoscimento della natura di organo giurisdizionale ai giudici italiani chiamati a pronunciarsi *inaudita altera parte* nell’ambito di procedimenti monitori. La Corte, ha infatti ritenuto che l’assenza di contraddittorio non costituisca di per sé motivo ostativo al riconoscimento della qualifica di organo giurisdizionale. Ad avviso della Corte, spetta unicamente al giudice nazionale valutare la necessità di instaurare il contraddittorio prima che la questione pregiudiziale sia posta. È indubbio che tale impostazione liberale è risultata plausibile proprio alla luce del fatto che il procedimento monitorio italiano consente l’instaurazione di un procedimento ordinario di opposizione che garantisce il contraddittorio, sia pur differito, tra le parti (v. le sentenze della Corte di giustizia del 14 dicembre 1971, causa 43/71, *Politi*; del 21 febbraio 1974, causa 162/73, *Birra Dreher*; del 28 giugno 1978, causa 70/77, *Simmenthal*; del 9 novembre 1983, causa 199/82, *San Giorgio*; del 15 dicembre 1993, cause riunite 277, 318 e 319/91, *Ligur Carni*; del 3 marzo 1994, cause riunite 332, 333 e 335/92, *Eurico*; del 17 maggio 1994, causa 18/93, *Corsica Ferries c. Corpo dei piloti del porto di Genova*).

Tenuto conto del fatto che, ai sensi del 4° ‘considerando’ e dell’art. 5, par. 1, nel campo di applicazione della decisione quadro rientrano anche le “infrazioni al codice della strada” e che tali infrazioni non sono soggette ad un trattamento uniforme nei vari Stati membri (alcuni infatti le qualificano come illeciti amministrativi, altri come illeciti penali), la Corte superiore di Praga si è trovata a dover interpretare la nozione di “autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale”. Tale locuzione, infatti, svolge un ruolo cruciale nella determinazione dell’ambito di applicazione della decisione quadro. Visto che, nel caso in esame, la decisione era stata emessa dal *Kufstein Bezirkshauptmannschaft* austriaco, un organo amministrativo le cui decisioni possono essere impugnate di fronte all’*Unabhängiger Verwaltungssenat*, la Corte di Praga chiedeva alla Corte di giustizia cosa dovesse intendersi, ai sensi dell’art. 1, lett. a), punto iii), per “autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale” e se tale *Unabhängiger Verwaltungssenat* potesse essere compreso in tale definizione, in modo da riconoscere ed eseguire la decisione che aveva irrogato una sanzione pecuniaria al sig. Baláž.

Nel tentativo di risalire alla corretta interpretazione di tale definizione, la Corte di giustizia ha ritenuto opportuno suddividere la nozione stessa in due parti: in primo luogo, infatti, si è soffermata sulla nozione di “autorità giudiziaria” e, solo dopo aver chiarito la portata di tale concetto, è andata ad indagare sul significato di “competente, in particolare, in materia penale”³⁶.

Per quanto riguarda la prima parte della locuzione, dunque, la Corte di giustizia ha richiamato i parametri, dalla stessa affermati in via giurisprudenziale, necessari affinché un’autorità possa essere qualificata come “giurisdizione” ai sensi dell’art. 267 TFUE (riguardante appunto il rinvio pregiudiziale): vengono in rilievo, perciò, l’esercizio di funzioni giurisdizionali (è necessario cioè che l’organo in questione eserciti la funzione di giudice e non quella, come l’autorità di Kufstein, di autorità amministrativa), l’origine legale dell’organo, il suo carattere permanente, l’obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, l’indipendenza e la terzietà e il fatto che applichi norme giuridiche senza pronunciarsi secondo equità³⁷.

Riguardo al secondo aspetto, invece, perché un’autorità giudiziaria (in possesso quindi dei requisiti sopra enunciati) sia competente, in particolare, in materia penale, è necessario che, a parere della Corte di giustizia, essa applichi un procedimento che presenti le caratteristiche essenziali di un procedimento penale, senza tuttavia che sia richiesto che la stessa disponga di una competenza esclusivamente penale. Resta però da esaminare quali siano le “caratteristiche essenziali di un procedimento penale” alle quali la Corte di giustizia fa riferimento ma su cui non si sofferma oltre, evitando di indicarle.

³⁶ Sentenza *Baláž*, punti da 32 a 37.

³⁷ V. le sentenze del 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen/Goebbels*; del 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*; del 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait e altri*; del 10 dicembre 2009, causa C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten*; del 14 giugno 2011, causa C-196/09, *Miles*. Sul punto v., ad es., R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2010, p. 347 ss.; G. VANDERSANDEN, *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, 2013; A. M. CALAMIA, V. VIGIAK, *Diritto dell’Unione europea*, Milano, 2015, p. 176 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 402 ss.

I Governi austriaco ed italiano³⁸, a tal proposito, nel corso del procedimento, hanno sostenuto che tali caratteristiche non sarebbero altro che il rispetto, da parte dello Stato emittente la decisione, delle garanzie fondamentali previste dall'art. 6 CEDU: cioè il diritto che la “causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”; la presunzione di innocenza; i diritti dell'accusato (ad es. di essere informato in una lingua a lui comprensibile ed in modo dettagliato, di disporre del tempo necessario per mettere a punto la propria difesa, di difendersi personalmente o di avere la possibilità di farsi assistere da un legale di sua fiducia ecc.). La Commissione, invece, è sempre rimasta ancorata all'idea, poi smentita dalla Corte di giustizia, che rientrassero nella nozione di autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale, soltanto quegli organi giurisdizionali che trattano cause penali, ai sensi del diritto dello Stato della decisione³⁹.

In breve, in base a quanto sostenuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Baláz*, per “autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale” si deve intendere un'autorità giudiziaria, avente tutti i sopra richiamati requisiti affermati in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia, la quale, indipendentemente dal fatto che sia competente esclusivamente in materia penale o meno (il fatto che si possa occupare anche di questioni “non penali”, come abbiamo osservato, non è ostativo al fatto di poter essere compresa in tale nozione), sia in grado di assicurare un effettivo rispetto delle garanzie minime fondamentali richieste dall'art. 6, paragrafi 1, 2 e 3 della CEDU (nonché quindi, stante l'evidente affinità, dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

La Corte di giustizia, a questo punto, tenuto conto del fatto che l'organo emittente la decisione è un'autorità amministrativa (priva di carattere giudiziario) e che la decisione quadro considera riconoscibili ed eseguibili le decisioni emesse anche da tali autorità, a condizione che la decisione stessa possa essere impugnata avanti ad un'autorità giudiziaria, ha tentato di stabilire se l'*Unabhängiger Verwaltungssenat* potesse rientrare in tale nozione e, quindi, se la Corte ceca avesse fatto bene a disporre il riconoscimento e l'esecuzione della decisione austriaca.

A tal proposito, in una precedente sentenza, la Corte aveva già statuito che l'organismo in questione (nel caso di specie si trattava dell'*Unabhängiger Verwaltungssenat* di Kärnten) possedesse tutte le caratteristiche necessarie perché gli fosse riconosciuta la qualità di organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 267 TFUE⁴⁰; inoltre, come risulta dalle informazioni contenute nelle osservazioni del Governo austriaco, tale organo è competente, seppur in grado di appello, in materia di infrazioni amministrative (tra cui le infrazioni al Codice della strada) e, nell'esercizio delle proprie funzioni, la sua competenza è estesa al merito ed applica un

³⁸ L'idea dei Governi è stata sostenuta ed accolta anche dall'Avvocato generale Sharpston. V. le conclusioni *Baláz*, punto 66.

³⁹ Questo comporterebbe, ovviamente, che gli Stati membri nei quali le fattispecie di cui all'art. 5 della decisione quadro non sono classificate come penali non potrebbero avvalersi dello strumento del reciproco riconoscimento delle decisioni irroganti sanzioni pecuniarie emesse riguardo a tali fattispecie.

⁴⁰ Sentenza del 4 marzo 1999, causa C-258/97, *HI*, punto 18.

procedimento nell'ambito del quale vengono rispettate le necessarie garanzie in materia penale. Dunque, alla luce di tale ragionamento e riportandosi alla precedente decisione, la Corte di giustizia ha stabilito che è possibile qualificare l'*Unabhängiger Verwaltungssenat* come autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale.

Stabiliti quindi i contorni e l'interpretazione della nozione di "autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale", è necessario adesso soffermarsi sull'espressione "possibilità di essere giudicata": la Corte di Praga, infatti, chiedeva ai giudici di Lussemburgo se si dovesse ritenere che un soggetto avesse avuto tale possibilità qualora, prima di presentare il proprio ricorso, vi fosse stata la necessità di affrontare preventivamente un procedimento amministrativo precontenzioso.

Da un lato, per quanto riguarda la garanzia o meno di tale diritto, è opportuno in effetti constatare che l'ordinamento giuridico austriaco, per le infrazioni del diritto penale di tipo amministrativo (disciplinate da una legge del 1991) prevede la competenza del *Bezirkshauptmannschaft* (un'autorità amministrativa) in primo grado, e, dopo aver esaurito i ricorsi avanti a tale autorità, del Tribunale amministrativo indipendente (l'*Unabhängiger Verwaltungssenat*) in qualità di giudice d'appello. È altrettanto vero, però, sia che la decisione quadro in questione si applica anche alle sanzioni pecuniarie irrogate da autorità amministrative, sia che l'art. 1, lett. a), punto iii) della stessa non esige che la controversia debba essere sottoposta direttamente al vaglio di un'autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale. Quindi, a parere della Corte di giustizia, non è in contrasto con la decisione quadro in questione il fatto che il soggetto condannato al pagamento di una sanzione pecuniaria, prima di poter instaurare il giudizio di fronte ad una simile autorità (a condizione che l'accesso a tale autorità non finisca per divenire estremamente difficile o soggetto a condizioni tali da renderlo impossibile⁴¹), debba seguire un procedimento precontenzioso di fronte ad altri organi che non possiedono le caratteristiche per poter essere inquadrati in una simile definizione.

Dall'altro lato, invece, riguardo alla portata del controllo dell'autorità giudiziaria, la Corte di giustizia ritiene che quest'ultima debba essere competente ad esaminare la causa con riferimento tanto alla valutazione delle circostanze di fatto e di diritto (quindi una competenza estesa al merito), quanto alla possibilità di esaminare le prove, accertando, dopo aver valutato tali fattori, la responsabilità dell'interessato⁴².

In breve, deve ritenersi che un soggetto abbia avuto la possibilità di essere giudicato da un'autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale, qualora, anche nel caso in cui abbia dovuto affrontare un procedimento precontenzioso, gli sia stata data la possibilità di adire una siffatta autorità giudiziaria, a condizione che il ricorso a tale autorità non sia stato reso particolarmente difficile e che tale autorità abbia effettuato un controllo sugli elementi di fatto e di diritto, nonché sulle prove. È sufficiente, quindi, la teorica possibilità offerta al soggetto condannato, indipendentemente dal fatto che egli se ne voglia avvalere o meno.

⁴¹ V. per analogia la sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, punto 57.

⁴² Sentenza *Baláž*, punto 47.

5. La scelta della Corte di giustizia di riconoscere la qualifica di autorità giudiziaria all'*Unabhängiger Verwaltungssenat* sulla base di una propria precedente sentenza, nella quale la stessa autorità era stata considerata “giurisdizione” ai sensi dell’art. 267 TFUE, è – a nostro avviso – fonte di perplessità.

Innanzitutto, benché le cause *HI* e *Baláž* abbiano entrambe riguardato l'*Unabhängiger Verwaltungssenat*, cercare di porre sullo stesso piano le due sentenze non sembra corretto. Nelle stesse, infatti, il Tribunale indipendente austriaco non ha giocato il medesimo ruolo: nella sentenza *HI* esso era proprio il giudice *a quo*, mentre nel caso *Baláž* era il giudice di fronte al quale il condannato avrebbe potuto proporre appello avverso la decisione pronunciata da altra autorità ed oggetto di riconoscimento ed esecuzione.

Nella sentenza *Baláž*, quindi, la Corte di giustizia ha applicato i criteri dalla stessa individuati al fine di definire l’autorità competente ad operare il rinvio pregiudiziale in un contesto che esula dall’art. 267 TFUE, senza peraltro chiedersi quale impatto avrebbe potuto avere una simile trasposizione sui diritti dell’imputato e, più in generale, sui diritti fondamentali dell’individuo. Nel caso di specie, infatti, non si trattava di applicare la giurisprudenza sviluppata con riferimento all’art. 267 TFUE, poiché la Corte di giustizia non doveva decidere sul carattere giurisdizionale o meno del giudice *a quo* (che, nella fattispecie, era la Corte superiore di Praga e non l'*Unabhängiger Verwaltungssenat*). Solo in quest’ultimo caso, infatti, sarebbe stato condivisibile il richiamo ai suddetti criteri. Piuttosto, l’indagine sul carattere giurisdizionale è stata compiuta con riguardo all’autorità di fronte alla quale può essere impugnata la decisione del cui riconoscimento si discute.

In breve, i criteri affermati al fine di individuare la nozione di giurisdizione *ex* art. 267 TFUE sono stati applicati per interpretare la nozione di “autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale” e quindi in un contesto ben diverso e che niente ha a che vedere con l’individuazione dell’organo in grado di operare un rinvio pregiudiziale.

Benché la Corte di giustizia disponga della competenza di interpretare tale concetto, è indubbio che un simile modo di procedere, comportando l’utilizzo di nozioni giuridiche in un ambito diverso da quello in cui le stesse sono state concepite, possa suscitare qualche perplessità. Ciò, a maggior ragione, se si considera il fatto che la cooperazione giudiziaria penale ha sempre rappresentato un ambito particolarmente delicato: gli Stati, infatti, diversamente da quanto è accaduto per la cooperazione in materia civile, si sono sempre dimostrati quantomeno restii a privarsi del loro potere decisionale, e quindi a cedere competenze significative in materia. Visti i valori e gli interessi in gioco, dunque, ne deriva che, in tale materia, qualsiasi trasposizione di principi, affermati in altri ambiti, richiede cautela e valutazioni ponderate.

Ad ogni modo, l’impiego nel settore della cooperazione giudiziaria penale di principi e nozioni elaborati in altri contesti non deve essere negato in maniera assoluta. Piuttosto, ogni trasposizione dovrebbe essere compiuta sulla base di una valutazione circostanziata e non in maniera automatica, tenendo conto di tutti gli interessi in gioco.

Sarebbe quindi più opportuno evitare di procedere per automatismi, cioè di applicare senza particolari indagini criteri enunciati in altri ambiti e per altri scopi, cercando, invece, di effettuare valutazioni caso per caso.

Nel caso *Baláž*, la Corte di giustizia avrebbe potuto prefiggersi l'obiettivo di valorizzare il contesto della questione posta all'attenzione dell'autorità emittente la decisione da riconoscere ed eseguire, avendo particolare riguardo ai diritti fondamentali della persona.

Infatti, applicare automaticamente, come ha fatto la stessa Corte, i criteri enunciati riguardo a materie e casi differenti, potrebbe portare al pregiudizio di alcuni principi fondamentali che caratterizzano l'equo processo: uno su tutti, il diritto di difesa dell'indagato. Tenuto conto dell'ambito penale in cui ci si trovava, sarebbe stato opportuno, in particolare, un esame più approfondito e circostanziato soprattutto del requisito dell'indipendenza e della terzietà dell'autorità emittente la sanzione. Avrebbe meritato una maggiore riflessione, ad esempio, il fatto che i componenti del Tribunale amministrativo indipendente in esame, l'*Unabhängiger Verwaltungssenat*, sono nominati dal Governo dei *Land*⁴³ (quindi, da un organo politico), e che lo stesso organo non è composto da magistrati, bensì da impiegati statali con competenze giuridiche.

A fronte delle perplessità sollevate dall'operazione compiuta dalla Corte, va però riconosciuto che ricostruendo la nozione autonoma di "autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale" ed evitando che la stessa venga interpretata in modo diverso nei singoli Stati membri, possono essere prodotti effetti positivi nell'ottica della concreta attuazione del principio del mutuo riconoscimento. Il fatto di non concentrare nelle mani degli Stati membri – le cui legislazioni nazionali, com'è noto, sono spesso diverse ed in contrasto tra loro – una illimitata discrezionalità interpretativa, infatti, permette di garantire una corretta ed uniforme applicazione del diritto dell'Unione su tutto il territorio.

In verità, tale argomento è stato posto varie volte, in sede di rinvio pregiudiziale, dalle corti nazionali alla Corte di giustizia. Il caso *Baláž*, infatti, è solo l'ultima di varie sentenze che, andando ad esaminare tale aspetto, affermano la necessità di interpretare in modo uniforme determinate nozioni contenute in atti dell'Unione⁴⁴: la Corte ceca, nel proprio rinvio, chiedeva come (e da chi) dovesse essere interpretata la nozione sopra richiamata in quanto l'art. 1, lett. a), punto iii) della decisione quadro 2005/214/GAI si limitava a fornire la definizione senza provvedere né ad indicare criteri interpretativi, né a rinviare alle legislazioni nazionali.

Alcuni Stati, ad esempio, hanno ritenuto che una nozione contenuta in uno strumento dell'Unione dovesse essere interpretata dall'autorità dello Stato competente a riconoscere ed eseguire la decisione straniera. Una simile impostazione, però, oltre che porsi in contrasto con la giurisprudenza in materia della Corte di giustizia, finirebbe sicuramente per vanificare l'obiettivo principale delle decisioni quadro emesse in materia a seguito delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere.

Già nel caso *Österreichischer Rundfunk* del 2007⁴⁵ la Corte di giustizia metteva in chiaro che, per garantire e rendere pienamente operativi sia l'uniforme applicazione del diritto comunitario (oggi dell'Unione) sia il principio di uguaglianza, i

⁴³ V. l'art. 129 b) della Costituzione austriaca.

⁴⁴ Si veda appunto la sentenza *Baláž*, punti 24, 25 e 26; nonché le conclusioni *Baláž*, punti 40, 41, 43 e 45.

⁴⁵ Sentenza del 18 ottobre 2007, causa C-195/06, *Österreichischer Rundfunk*.

termini di una disposizione di diritto dell'Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto, nell'intera Unione, di un'interpretazione autonoma ed uniforme⁴⁶.

Inoltre, sia nel caso *Kozłowski*⁴⁷, nel quale sono venute in rilievo le nozioni di “risieda” e “dimori” contenute nell'art. 4, punto 6) della citata decisione quadro sul MAE, sia nella sentenza *Mantello*⁴⁸, nel quale invece la definizione controversa era quella di “stessi fatti” di cui all'art. 3, n. 2 della medesima decisione quadro, la Corte di giustizia non ha fatto altro che ribadire che, in situazioni analoghe, e cioè in cui il diritto dell'Unione omette qualsiasi riferimento agli ordinamenti giuridici nazionali, l'interpretazione della nozione non può essere lasciata alla discrezionalità delle autorità giudiziarie dei singoli Stati membri sulla base del loro diritto nazionale. Il fatto che tali nozioni debbano costituire l'oggetto di una definizione uniforme, in quanto si riferiscono a nozioni autonome del diritto dell'Unione, non legittima gli Stati membri, nelle norme nazionali di attuazione, a conferire a tali termini una portata diversa od in contrasto con quella risultante da una siffatta interpretazione uniforme⁴⁹.

Occorre a questo punto stabilire “come”, ovvero in base a quali criteri, tali nozioni devono essere interpretate, in modo da garantire l'uniformità di applicazione del diritto dell'Unione (e, di conseguenza, il rispetto del principio di uguaglianza) e da fornire linee guida per l'interprete del caso concreto.

Le sentenze della Corte di giustizia appena richiamate sono concordi nel ritenere che l'interpretazione autonoma ed uniforme *de qua* debba compiersi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa applicabile⁵⁰. La Corte di giustizia, dunque, con il proprio contributo, ha provveduto ad operare un primo, seppur minimo, ravvicinamento (indiretto): con tali pronunce, infatti, ha dettato criteri ai quali gli Stati sono tenuti ad adattarsi⁵¹, ed in questo modo, quindi, anche i vari legislatori nazionali si dovranno muovere all'interno dei limiti posti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, a beneficio dell'omogeneità del diritto dell'Unione⁵². Non solo, la necessità di un'interpretazione uniforme è

⁴⁶ *Ivi*, punto 24.

⁴⁷ Sentenza del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*. Per un'analisi della stessa v. E. SELVAGGI, *Mandato di arresto europeo: cosa si intende per “residente”*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 4399 ss.

⁴⁸ Sentenza del 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*. A commento v. J. OUWERKERK, *Case C-261/09, Criminal Proceedings against Gaetano Mantello, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 16 November 2010*, nyr, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1687 ss.

⁴⁹ V. M. J. BORGERS, *Mutual Recognition and the European Court of Justice: the Meaning of Consistent Interpretation and Autonomous and Uniform Interpretation of Union Law for the Development of the Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2010, p. 113.

⁵⁰ La Corte di giustizia richiama quanto affermato dall'art. 31, co. 1, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati tra gli Stati, riguardante l'interpretazione dei trattati.

⁵¹ Cfr. E. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 4407.

⁵² La Corte di giustizia, quindi, “peut jouer tout à la fois un rôle de facteur déclenchant et d'orientation”: così A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: conditions de l'espace pénal européen net révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, p. 90. Riguardo al ruolo della Corte nella fissazione di principi generali vincolanti per gli Stati membri v. J. BIANCARELLI, *Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, in *Revue de science criminelle et de la droit pénal com-*

particolarmente importante laddove (come nel caso *Baláz*) la disposizione di cui trattasi sancisca una garanzia per il singolo: nel caso di specie, infatti, la possibilità di accesso ad un'autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale, garantisce una tutela giurisdizionale adeguata ed effettiva.

Quindi, accettando la tesi secondo la quale ogni Stato resterebbe libero di interpretare tali nozioni in base al proprio ordinamento giuridico, si giungerebbe alla conseguenza che l'intero meccanismo del reciproco riconoscimento delle decisioni, stanti le possibili differenze interpretative da Stato a Stato, finirebbe per essere paralizzato, rendendo quindi del tutto inutile quanto statuito nelle decisioni quadro (e, oggi, dopo il Trattato di Lisbona, nelle direttive) in materia, le quali, troverebbero insormontabili problemi di reale applicazione. Tali garanzie individuali, inoltre, si troverebbero ad avere contorni incerti e variabili da Stato a Stato, a detrimento del principio di uguaglianza di tutti i cittadini dell'Unione, valore fondamentale sancito dall'art. 2 TUE.

6. Il caso *Baláz* ci consente di riflettere sull'effettivo grado di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla decisione quadro sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie. In particolare, a destare perplessità, è la previsione⁵³ contenuta nella decisione quadro 2005/214/GAI che consente di estendere il mutuo riconoscimento anche alle decisioni emesse da autorità prive di carattere giudiziario. In proposito, è opportuno chiedersi se essa sia sufficiente ad assicurare un'adeguata garanzia dei diritti dell'individuo. Probabilmente, pur tenendo conto delle differenze intercorrenti tra gli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri, la risposta non può che essere affermativa. La *ratio* della norma, infatti, è duplice: da un lato, cerca di favorire la libera circolazione delle decisioni all'interno del territorio dell'Unione; dall'altro, vuole assicurare che il destinatario della sanzione abbia avuto la possibilità, anche indirettamente, di impugnare la decisione che lo riguarda, nello Stato di emissione, di fronte ad un'autorità giudiziaria.

Nonostante ciò, resta comunque il fatto che l'interessato, per poter impugnare la decisione irrogante la sanzione di fronte ad un'autorità giudiziaria, dovrebbe recarsi nello Stato emittente. Quindi, anche per sanzioni di modesta entità – come lo sono la maggior parte di quelle conseguenti ad infrazioni al Codice della strada – il condannato, per poter esercitare un proprio diritto, sarebbe di fatto costretto a sopportare spese che, spesso, potrebbero risultare molto più gravose della sanzione stessa. Del resto, intentare un'azione giudiziaria per impugnare una sanzione di modesta entità è spesso poco “appetibile” anche in casi domestici. *Baláz*, pertanto, sarebbe dovuto tornare in Austria per impugnare una decisione irrogante una sanzione pari a 220,00 Euro.

In altre parole, un sistema del genere finisce per avere l'effetto di disincentivare, di fatto, il condannato ad esercitare un proprio diritto fondamentale: cioè che la sua

paré, 1987, p. 133 ss.; A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 922 ss.; Id., *Unione europea, sovranità statale e ruolo strutturale della Corte di giustizia*, in E. BELLIARD, J. P. PUISOCHET, *L'état souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, 2008, p. 303 ss.; G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione del diritto dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 483 ss.

⁵³ Art. 1, lett. a), punto iii), decisione quadro 2005/214/GAI.

causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti (art. 6, par. 1, CEDU). Quest'ultimo, infatti, si troverebbe di fronte ad un'alternativa: pagare la sanzione oppure impugnare la decisione nello Stato emittente, sopportando spese ulteriori e rischiando, al tempo stesso, che l'impugnazione venga respinta. Assicurare, però, la libera circolazione delle decisioni ed, al contempo, garantire appieno i diritti fondamentali dell'individuo è un obiettivo non facile da realizzare: abbiamo avuto modo di sottolineare, infatti, che garantire un'estesa applicazione del mutuo riconoscimento potrebbe andare ad intaccare, nelle materie sensibili, i diritti di difesa della persona ed, invece, una completa tutela e garanzia di questi ultimi andrebbe di fatto a ridimensionare, paralizzare e rendere inefficiente il principio del mutuo riconoscimento, ripercuotendosi sull'omogeneità dell'applicazione del diritto nel territorio dell'Unione.

Il legislatore dell'Unione, pertanto, in un ipotetico bilanciamento tra i sopra richiamati interessi in gioco, ha dovuto effettuare una scelta: favorire il mutuo riconoscimento attenuando, nella misura più lieve possibile, alcuni diritti fondamentali, oppure assicurare una garanzia assoluta ai diritti fondamentali ma impedire di fatto uno sviluppo del diritto dell'Unione ed ostacolare l'evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale. Com'è ovvio, la scelta è stata per la prima opzione. Nel caso di specie, sembra che non vi sia altra via meno pregiudizievole per garantire la libera circolazione delle decisioni e, al tempo stesso, tutelare il più possibile i diritti dell'individuo.

Va sottolineato, ad ogni modo, che il legislatore dell'Unione, nei propri atti di diritto derivato, non ha mancato di prevedere il rispetto dei diritti fondamentali come motivo di non riconoscimento ed esecuzione.

Infatti, nella decisione quadro 2005/214/GAI si afferma espressamente la volontà di garantire il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁴.

Da ciò discende che il principio del reciproco riconoscimento, benché rappresenti la pietra miliare della cooperazione giudiziaria in materia penale, non può avere un campo di applicazione illimitato, ma la sua operatività deve necessariamente arrestarsi di fronte a possibili violazioni dei diritti fondamentali delle persone.

Lo strumento in esame, in particolare, garantisce il rispetto di tali diritti fondamentali in due modi: da un lato, prevede espressamente alcuni motivi di diniego, in presenza dei quali le autorità competenti dello Stato di esecuzione possono avvalersi della facoltà di non riconoscere la decisione straniera⁵⁵; dall'altro lato, consente alle competenti autorità dello Stato di esecuzione, consultate le autorità dello Stato della decisione, di opporsi al riconoscimento ed all'esecuzione della decisione straniera qualora il certificato allegato alla decisione sollevi la questione di un'eventuale violazione dei diritti o dei principi enunciati nell'art. 6 TUE⁵⁶.

⁵⁴ V. il 5° e 6° 'considerando' della decisione quadro 2005/214/GAI.

⁵⁵ V. l'art. 7 decisione quadro 2005/214/GAI.

⁵⁶ V. l'art. 20, par. 3, decisione quadro 2005/214/GAI.

I motivi di diniego che possono essere fatti valere dal giudice dello Stato di esecuzione si pongono l'obiettivo di tutelare i diritti fondamentali della persona in vari modi. Innanzitutto, viene consentito di garantire il rispetto del principio del *ne bis in idem*: l'art. 7, par. 2, lett. a), infatti, attribuisce la facoltà allo Stato di esecuzione di rifiutare il riconoscimento qualora esista già una decisione, per gli stessi fatti, nei confronti del soggetto condannato. Inoltre, al fine di garantire il principio di uguaglianza, lo Stato di esecuzione può rifiutare il riconoscimento della decisione straniera quando la stessa si riferisca ad atti che, in base alla legge dello Stato di esecuzione, non costituiscono reato (lett. b)), ovvero sono considerati come compiuti interamente o in parte nel suo territorio o la legge di tale Stato non consente azioni penali quando i reati sono compiuti fuori dal proprio territorio (lett. d)).

Il riconoscimento, inoltre, può essere negato anche quando, sempre in base alla legge dello Stato di esecuzione, la sanzione è caduta in prescrizione (lett. c)) oppure quando la persona condannata non poteva considerarsi, a causa della sua età, penalmente responsabile (lett. f)) ovvero quando esista un'immunità che renda impossibile una eventuale esecuzione della decisione straniera (lett. e)). Infine, a tutela dei diritti di difesa minimi contemplati dall'art. 6, par. 3, CEDU (in particolare quelli compresi nei punti a) e b)), la lett. g) dell'art. 7 prevede la possibilità, per lo Stato di esecuzione, di non dar corso al riconoscimento qualora dal certificato di cui all'art. 4 risulti che l'interessato, in caso di procedura scritta, non sia stato informato, in conformità della legislazione dello Stato di emissione, personalmente o tramite un rappresentante competente ai sensi della legislazione nazionale, del suo diritto di opporsi al procedimento e dei relativi termini di ricorso. Ulteriori ipotesi di diniego sono previste per i casi di decisioni rese in contumacia (lettere i) e j)).

È evidente, del resto, che gli strumenti di diritto derivato dell'Unione debbano rispettare e non porsi in contrasto con i diritti fondamentali della persona, riconducibili a fonti del diritto gerarchicamente superiori⁵⁷.

Ad ogni modo, il problema non è solo garantire i diritti fondamentali ai soggetti a cui si rivolgono le decisioni straniere da eseguirsi all'interno del territorio dell'Unione, ma viene anche in rilievo la necessaria affermazione del principio di uguaglianza di tutti i cittadini europei in modo tale da evitare che l'ampiezza dei diritti garantiti vari da Stato a Stato. Il sistema di reciproco riconoscimento introdotto tramite le decisioni quadro in materia di cooperazione giudiziaria penale, infatti, si basa su un elevato livello di fiducia reciproca tra gli Stati membri.

Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince poi che, in materia, la maggior parte dei problemi sorgono riguardo ai diritti procedurali degli indagati e degli imputati previsti dalla Carta dei diritti fondamentali⁵⁸, tantoché nel 2009, con la decisione quadro 2009/299/GAI⁵⁹ si è avvertita la necessità, proprio al fine di

⁵⁷ Per un'analisi dell'argomento si veda, tra gli altri, L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 645 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁵⁸ Si veda ad esempio la sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*. Per un'analisi approfondita di tale sentenza e dei problemi enunciati si veda N. DE BOER, *Addressing Rights Divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1083 ss.

⁵⁹ Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i

accrescere la tutela dei diritti fondamentali, ed in particolare del diritto di difesa (in special modo per le decisioni rese *in absentia*), di apportare alcune modifiche alle precedenti decisioni quadro in materia. La stessa decisione quadro, infatti, si prefigge esplicitamente l'obiettivo di rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, di facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale e, in particolare, di migliorare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri (art. 1, par. 1). È opportuno ribadire, infatti, che il potenziamento di tali diritti procedurali viene avvertito come fondamentale per il rafforzamento della fiducia reciproca e, di conseguenza, del principio del mutuo riconoscimento⁶⁰.

In conclusione, l'intero sistema basato sul principio del reciproco riconoscimento impone di interpretare gli strumenti di diritto derivato dell'Unione, soprattutto se riguardano la materia penale, alla luce dei diritti fondamentali degli individui: la libera circolazione delle decisioni penali all'interno dell'Unione, perciò, può funzionare solo a condizione che essa non sia realizzata a discapito dei diritti fondamentali dell'individuo.

7. Affermato per la prima volta in ambito civile con la c.d. sentenza *Cassis de Dijon*⁶¹ del 1979, il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni, a seguito del Consiglio europeo di Cardiff del 1998 prima, e di quello di Tampere poi, è stato posto a fondamento anche della materia penale. Tale principio, infatti, aveva rappresentato una svolta ed un importante miglioramento in vista del rafforzamento del mercato comune.

Una trasposizione di tale principio dal contesto del mercato comune a quello della cooperazione penale è tutt'altro che agevole in quanto il diritto penale è una materia qualitativamente diversa rispetto agli scambi commerciali. Peraltro, nonostante le evidenti differenze intercorrenti tra l'ambito del mercato interno e quello della materia penale, il fondamento del principio del mutuo riconoscimento è il medesimo: il riconoscimento dei risultati applicativi di norme nazionali da parte di altri Stati membri.

Quindi, così come una merce prodotta conformemente alle norme dello Stato di origine può circolare liberamente, anche una decisione penale, se emessa nel rispetto

diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

⁶⁰ Si veda a tal proposito la risoluzione del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali; nonché la direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; direttiva 2012/13/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento di privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari; direttiva 2016/343/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali; direttiva 2016/800/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

⁶¹ V. la sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe Zentral AG*.

delle norme procedurali dello Stato emittente, può circolare, dovendo il giudice dello Stato di esecuzione riconoscere come equivalente alla propria, in termini di garanzie, la legislazione del Paese d'origine. Infatti, il riconoscimento reciproco è considerato un principio basato sull'idea che, nonostante un altro Stato possa non trattare una specifica questione in maniera uguale o simile a quella dello Stato stesso, la decisione adottata sarà tale da essere accettata come *equivalente* alla decisione che avrebbe adottato lo Stato interessato⁶². Proprio sulla base di tale principio, nel caso *Baláž*, la decisione, benché emessa da un organo austriaco, peraltro non avente un corrispondente analogo nell'ordinamento giuridico ceco, è stata riconosciuta ed eseguita in altro Paese membro.

Non è importante, perciò, che le varie normative nazionali siano diverse, anzi, è proprio a partire da questa eterogeneità che opera il principio dell'equivalenza delle legislazioni. Nella prassi, comunque, le autorità dello Stato membro di esecuzione non sempre si sono dimostrate convinte nel riconoscere una simile equivalenza, tantoché il mutuo riconoscimento ha finito spesso per non operare in modo automatico⁶³.

E tale equivalenza delle legislazioni, che come abbiamo visto è il perno del funzionamento dell'intero meccanismo del mutuo riconoscimento, non vi potrà essere senza una fiducia reciproca. È così allora che il principio dell'equivalenza delle legislazioni nazionali va ad intrecciarsi con il concetto di fiducia reciproca, la quale, a sua volta, risulta rafforzata nel caso sussista un certo grado di armonizzazione. Equivalenza delle legislazioni, fiducia reciproca e armonizzazione delle legislazioni sono quindi strettamente connessi l'uno con l'altro, e tutti e tre indispensabili ai fini del funzionamento del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali. Perché un giudice possa riconoscere come equivalente alla propria la legislazione di un altro Stato membro, infatti, egli deve nutrire un sentimento di fiducia nell'ordinamento giuridico di quello Stato⁶⁴.

Emerge, dunque, il fatto che, per poter funzionare correttamente, un simile meccanismo richiede agli Stati un'apertura verso il modo di essere degli altri ordinamenti giuridici⁶⁵. Tale apertura, infatti, sembra essere possibile solamente in ragione di una leale e reciproca fiducia tra gli Stati membri, "non solo nell'adeguatezza normativa dei propri partner bensì anche nella corretta applicazione di tale normativa"⁶⁶.

⁶² Così la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 26 luglio 2000, Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, COM(2000)495 def., punto 3.1, parte prima.

⁶³ Cfr. L. LEZZI, *Principio di equivalenza, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione delle professioni nell'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, p. 405.

⁶⁴ Una decisione adottata da un'autorità in uno Stato membro, infatti, potrebbe essere accettata in quanto tale in un altro Stato, anche nell'ipotesi in cui in tale Stato non esista un'autorità analoga, o in grado di adottare tali decisioni, oppure nel caso in cui tale autorità avesse adottato una decisione totalmente differente in un caso comparabile.

⁶⁵ V. L. LEZZI, *op. cit.*, p. 416. Il principio di equivalenza delle legislazioni, quindi, va oltre la semplice eliminazione degli ostacoli, non essendo lo stesso un vero e proprio strumento di integrazione positiva, in quanto non arriva a sostituire le regolamentazioni nazionali con una propriamente comunitaria.

⁶⁶ Così COM(2000)495 def. Per questo, la fiducia reciproca risulta essere una *conditio sine qua non* in ambito penale e, assieme al principio di equivalenza delle legislazioni, costituisce un presupposto essenziale per la corretta messa in opera del principio del reciproco riconoscimento.

La fiducia reciproca, in sostanza, rappresenta la chiave di volta dell'intero spazio di libertà, sicurezza e giustizia e risulta essere fondamentale ai fini del progetto di integrazione europea⁶⁷: la stessa, inoltre, per potersi inserire nel cammino del mutuo riconoscimento, deve preesistere allo stesso⁶⁸.

Tenuto conto del fatto che, nella prassi, ogni Stato si è sempre dimostrato restio a “fidarsi” delle norme elaborate all'interno di altri Stati, un certo livello di fiducia può essere raggiunto tramite una preventiva opera di armonizzazione delle legislazioni, in modo da far convergere le stesse su obiettivi minimi comuni. L'armonizzazione, mirando sia a rendere il più possibile omogenee le varie legislazioni nazionali, sia ad individuare principi comuni condivisi, tende a garantire una parità di trattamento di tutti i cittadini dell'Unione, evitando che, approfittando della differenza delle varie legislazioni, i soggetti dediti al crimine diano vita al c.d. *forum shopping*, beneficiando del trattamento che può essere riservato loro dai Paesi che pongono in essere una repressione meno severa⁶⁹.

È proprio questo, quindi, il campo in cui si rende necessaria l'interpretazione autonoma affermata dalla Corte di giustizia. Quest'ultima, del resto, riveste un importante ruolo nello sviluppo del principio del mutuo riconoscimento in materia penale: la sentenza *Balázš* è esemplificativa dell'esigenza di rendere più effettiva ed efficiente la cooperazione tra gli Stati membri in tale materia. Con la pronuncia in questione vengono poste le basi per individuare limiti alla discrezionalità dei giudici interni di interpretare alcune nozioni contenute in norme dell'Unione, andando così ad operare una sorta di armonizzazione indiretta⁷⁰. In altre parole, quando la normativa dell'Unione non è stata in grado di offrire all'interprete tutti gli elementi normativi utili al fine di pervenire alla corretta interpretazione dei termini e delle nozioni dalla stessa impiegate, la Corte di giustizia si è preoccupata di sopperire a tale mancanza fissando criteri e linee guida, vincolanti per il giudice nazionale, il quale, indipendentemente dal proprio diritto interno, dovrà interpretare la nozione tenendo conto di quanto stabilito dalla Corte.

Il ravvicinamento, dunque, non solo costituisce una forma autonoma di cooperazione, ma è anche strumentale ai fini del miglioramento dello spazio giudiziario

⁶⁷ In questo senso anche G. VERNIMMEN, *La confiance mutuelle, un processus dynamique, un apprentissage et un facteur de progrès*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dirs.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2005, p. 205.

⁶⁸ V. D. FLORE, *La notion de confiance mutuelle: l'“alpha” ou l'“oméga” d'une justice pénale européenne?*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dirs.), *La confiance mutuelle*, cit., p. 28. “La confiance mutuelle est nécessaire: son effectivité seule pourra assurer la mise en oeuvre concrète et effective du principe de reconnaissance mutuelle, parce qu'elle sera la garante de la participation active des acteurs du système de justice pénale, sans lesquels ce principe resterait lettre morte malgré tous le teste qui auraient pu être adoptés en son nom”. È opportuno osservare, inoltre, che in ambito penale la fiducia reciproca è un dato tutt'altro che acquisito tantoché l'Unione europea cerca di garantire il suo rafforzamento attraverso l'instaurazione di una cultura giudiziaria europea basata proprio sulle diversità tra le normative sostanziali e procedurali dei diversi ordinamenti giuridici: il concetto di fiducia reciproca, quindi, è semplice in teoria, ma molto impegnativo da trasporre nella pratica.

⁶⁹ Cfr. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen net révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, p. 183.

⁷⁰ Si parla di ravvicinamento indiretto perché lo stesso può essere raggiunto solo in virtù dell'adattamento degli ordinamenti giuridici degli Stati alle sentenze della Corte di giustizia.

europeo, nonché al rafforzamento di un sentimento diffuso di cultura giuridica europea⁷¹.

Il caso *Baláž*, inoltre, mette in luce l'importanza dell'armonizzazione non solo del diritto sostanziale, ma anche e soprattutto di quello procedurale.

L'adozione di norme minime comuni anche di diritto procedurale, infatti, andrebbe certamente ad omogeneizzare le garanzie degli imputati e, di conseguenza, faciliterebbe l'applicazione del principio in questione⁷². Il Trattato di Lisbona, sul punto, non ha fatto altro che riprendere quanto già previsto dall'art. III-270 del naufragato Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: nel capo 4 del Titolo V del TFUE (dedicato alla cooperazione giudiziaria in materia penale) è sancito che la cooperazione in esame è fondata sul principio del reciproco riconoscimento e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (art. 82, par. 1, parte prima). Quindi, il ravvicinamento dovrebbe riguardare anche l'ammissibilità reciproca delle prove tra Stati membri, i diritti della persona nella procedura penale, i diritti delle vittime della criminalità ed altri elementi individuati dal Consiglio (art. 82, par. 2, TFUE).

Inoltre, se la fiducia reciproca è una *condicio sine qua non* del mutuo riconoscimento, lo stesso non può non dirsi per l'armonizzazione. Quest'ultima, come già evidenziato, è in grado di apportare un contributo significativo in vista del corretto operare del mutuo riconoscimento poiché, rafforzando la fiducia reciproca tra gli Stati membri, favorisce l'equivalenza sostanziale delle legislazioni⁷³.

Peraltro, il mutuo riconoscimento può funzionare anche in assenza di una previa armonizzazione, anzi può essere inteso come sostitutivo del ravvicinamento stesso. A dire il vero, però, nelle intenzioni iniziali, i due meccanismi avrebbero dovuto procedere di pari passo, ma è solo in seguito che ci si è accorti del fatto che l'operatività del reciproco riconoscimento incide sulle prerogative degli ordinamenti giuridici nazionali meno di quanto vi incida il ravvicinamento delle legislazioni, garantendo in questo modo un maggior rispetto delle tradizioni nazionali⁷⁴. Ed infatti, l'art. 67, par. 3, TFUE (introdotto dal Trattato di Lisbona, in sostituzione del vecchio art. 29 TUE) dispone che "l'Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza (...) tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali

⁷¹ Questo vuol dire che il ravvicinamento dà un contributo significativo al tentativo di semplificazione della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri in quanto è utile ad evitare l'ostacolo della doppia incriminazione. V. S. DE BIOLLEY, *Panorama du droit pénal de l'UE*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (dirs.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, 2003, p. 108.

⁷² V. le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, numeri 32 e 37, nonché la comunicazione COM(2000)495 def., punto 11. Si veda inoltre C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 174. Cfr. inoltre O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 394.

⁷³ Armonizzazione e mutuo riconoscimento possono essere considerati "due meccanismi complementari che permettono di giungere alla realizzazione dello spazio giudiziario europeo". Così il libro verde della Commissione, del 30 aprile 2004, *Ravvicinamento, reciproco riconoscimento e esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea*, COM(2004)334 def., punto 1.1.

⁷⁴ È proprio per questo, infatti, che il Regno Unito si è sempre dimostrato ostile verso qualsiasi opera di armonizzazione delle legislazioni, sia sostanziale che procedurale, preferendo invece l'operatività del reciproco riconoscimento.

e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali”⁷⁵. Forse, invece, sarebbe stato più opportuno che le istituzioni dell’Unione, anziché dare massima priorità al mutuo riconoscimento, avessero tentato di raggiungere una preventiva armonizzazione delle legislazioni nazionali e poi, sulla scia di questa, far operare il mutuo riconoscimento. Dal caso *Balázš*, infatti, si evince che, stanti le divergenze tra i vari ordinamenti giuridici nazionali, la strategia di voler applicare il mutuo riconoscimento senza una preventiva armonizzazione delle legislazioni, probabilmente, non ha condotto al risultato sperato, tantoché è stata proprio la Corte di giustizia, operando un’armonizzazione indiretta, a limitare, entro i criteri dalla stessa fissati con le nozioni autonome, la discrezionalità interpretativa dei giudici interni.

In conclusione, il ravvicinamento delle legislazioni appare un passo necessario ed ineludibile al fine di modellare i vari ordinamenti⁷⁶, facendoli convergere intorno a principi comuni ed obbligandoli a rispettare gli elementi essenziali e fondanti i diritti fondamentali della persona.

Abstract

The Mutual Recognition of Financial Penalties: A Testing Ground for the Development of Cooperation in Criminal Matters within the European Union

This article considers the mutual recognition of financial penalties and seeks to assess the extent to which cooperation has developed in the area of criminal justice. To this end, it will examine the contribution made by the *Balázš* case, as well as problems related to enforcement in the field of mutual recognition. The article analyzes in particular the problematic relationship between the need to implement the principle of recognition of decisions in a particularly sensitive area such as criminal law and the concurrent need to harmonize national legislation in order to increase mutual trust between member States; finally, it touches on the relationship between fundamental rights and cooperation in criminal matters.

⁷⁵ D’altro canto, il riconoscimento reciproco può in certa misura rendere inutile tale armonizzazione.

⁷⁶ Cfr. I. BANTEKAS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Criminal Law*, in *European Law Review*, 2007, p. 382.

Antonio Gusmai*

Acqua e cibo: alcune irragionevoli “divergenze” di tutela nella prospettiva giuridica interna e sovranazionale**

“Poverty is an anomaly to rich people. It is very difficult to make out why people who want dinner do not ring the bell”

W. Bagehot

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il diritto all'alimentazione adeguata. – 3. La precarietà del diritto all'alimentazione. – 4. Cibo e mercato. – 5. Acqua e servizio pubblico. – 6. Acqua e cibo: il diritto prescrive il digiuno. Riflessioni conclusive.

1. Cibo e acqua, un po' come la terra e il mare secondo Thomas Hobbes, sono “le due mammelle della nostra madre comune”: la “natura” che, nella sua complessa interezza, da sempre ci “alimenta”¹.

Lo stesso Carl Schmitt, nel primo capitolo del suo celebre saggio del 1942 intitolato *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, nel porsi la domanda cruciale “qual è il nostro elemento? Siamo figli della terra o del mare?”, non esita perentoriamente ad affermare: “a questa domanda non si può rispondere con un semplice *aut-aut*. Miti antichissimi, moderne ipotesi scientifiche e i risultati della ricerca protostorica lasciano aperte entrambe le possibilità”².

Cibo e acqua, così come la terra e il mare nel pensiero dei filosofi citati, non sono elementi dissociabili, quantomeno nel senso di non poter essere, considerati singolarmente, capaci di permettere la vita stessa nella storia del nostro mondo possibile. Per l'esistenza degli esseri viventi sono necessari entrambi.

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Le riflessioni che seguono sono il frutto della rielaborazione della Relazione presentata al Seminario di studio del 26 novembre 2015 sul diritto all'acqua, organizzato nell'ambito del PRIN 2010-2011, *L'acqua: risorsa non riproducibile, bene pubblico, fattore di sviluppo, causa di guerra, e svoltosi nell'Università degli studi di Milano.*

¹ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, Roma, 2004, IX ed., p. 205 ss., in cui il filosofo britannico, occupandosi del tema “alimentazione e progenie dello Stato”, specifica che essa “dipende dall'abbondanza e dalla distribuzione dei materiali necessari alla vita”, ossia dall'abbondanza di “quei prodotti che dalla terra e dal mare (...) normalmente Dio dà agli uomini in dono o in cambio del lavoro”.

² C. SCHMITT, *Terra e Mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Milano, 2009, IX ed., p. 11 ss.

Tali postulati – se si pensa appunto alla stessa possibilità di nascere e restare al mondo di un qualunque essere vivente – possono oggi apparire ovvi, persino se non letti attraverso le sofisticatissime lenti offerte dalle moderne conquiste scientifiche. Eppure, nonostante ciò, ovvi e scontati non sono per niente, in quanto, se si osservano le determinazioni scientifiche nella loro totalità³, sembra ancora mantenere un certo vigore il trans-epocale insegnamento di Hegel secondo cui: “ciò che è noto, proprio perché è noto, non è conosciuto”⁴.

Difatti, se si passa dai postulati della conoscenza filosofica e, soprattutto, da quelli delle scienze della natura, ai risultati della scienza giuridica, si scopre che, mentre per i primi, acqua e cibo sono senza dubbio entrambi “alimenti” egualmente indispensabili e *fondamentali* per l’esistenza, per i secondi, ossia per il diritto, le stesse conclusioni possono non essere esattamente le medesime. Anzi, sembrano divergere.

Ed il che, come meglio si vedrà verso la fine delle presenti riflessioni, può condurre ad un vero e proprio paradosso giuridico sul piano del diritto costituzionale.

Beninteso, a leggere formalmente le carte dei diritti internazionali e tutti gli atti e documenti che, a qualunque livello, si preoccupano di garantire un’alimentazione adeguata, in apparenza tale discrasia non si riscontra. Si pensi, ad esempio, alla definizione di “alimento” offerta dall’art. 2 del regolamento 178/2002⁵. Correttamente includendo l’acqua tra gli “alimenti”, nell’atto normativo si legge infatti che: “si intende per ‘alimento’ (...) qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito, da esseri umani (...) *compresa l’acqua*”⁶.

Ma, di fatto, quantomeno negli ordinamenti giuridici nazionali come il nostro, in cui i due beni fondamentali sono soggetti a un diverso regime giuridico di gestione (prevalentemente privato per il cibo, pubblico per l’acqua), poiché viene differenziato il diritto di accesso a tali beni, in pratica non può non risultare compromessa la stessa coerenza del sistema in termini di garanzie costituzionali e tutela giuridica di tutti quei consociati che – di fatto –, versando in stato di bisogno, necessitano di assistenza sociale (art. 38 Cost.)⁷.

³ Come del resto, superando divisioni e visioni settoriali, richiedono i più consapevoli approcci al sapere scientifico. Sul punto, si veda, già, E. MORIN, *I sette saperi necessari all’educazione del futuro*, Milano, 2004, p. 46, secondo cui “la parcellizzazione e la compartimentazione dei saperi rendono incapaci di percepire ‘ciò che è tenuto insieme’”. Non è un caso che, di recente, tra gli eventi di studio e ricerca organizzati nell’ambito di Expo 2015, Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), Joint Research Centre della Commissione europea (JRC), FAO e UNESCO, hanno organizzato un importante *workshop* avente ad oggetto proprio il nesso tra acqua, cibo, energia, ecosistemi. L’incontro, dal titolo *Il futuro e la sicurezza della risorsa acqua: alla ricerca di un nesso tra acqua, cibo, energia e ecosistemi*, si è svolto nei giorni 18-19 settembre 2015 presso, rispettivamente, la sala convegni del CNR-Milano e il Padiglione EU-EXPO della fiera.

⁴ G. W. F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, Milano, 1995, p. 85.

⁵ Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l’Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo alimentare.

⁶ Il corsivo è aggiunto.

⁷ L’art. 38 Cost., coerentemente con i fini dello Stato sociale, prevede l’attuazione concreta del principio della sicurezza sociale, in base al quale gli organi della Repubblica sono chiamati obbligatoriamente a tutelare la dignità umana dei consociati che versano in condizioni di bisogno. Attraverso, infatti,

Le riflessioni che seguono, pertanto, senza avere alcuna pretesa di esaustività nella trattazione di tematiche per vero giunte ad un livello di complessità notevole nello scenario giuridico contemporaneo, intendono evidenziare alcune possibili, irragionevoli, “divergenze” nella tutela giuridica di accesso all’acqua e al cibo adeguato che l’ordinamento costituzionale non sembra possa più continuare a tollerare senza allo stesso tempo rischiare di cadere in contraddizione.

2. Sul piano internazionale, una prima formulazione giuridica tesa a tutelare il diritto ad una *alimentazione adeguata* è rinvenibile nell’art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (DUDU). Tale documento, approvato dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite a Parigi il 10 dicembre 1948, al precitato articolo si occupa in realtà di positivizzare il più ampio diritto a un livello di vita adeguato⁸, affermando nel primo paragrafo che: “everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control”.

Stessa tutela universalistica ad una alimentazione adeguata è poi offerta dall’art. 11 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, trattato internazionale adottato a New York il 16 dicembre 1966, nel quadro dell’ONU, e in vigore dal 23 marzo 1976.

Anche qui, come nell’art. 25 DUDU, nel chiedere agli Stati parti del Trattato di riconoscere “the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family”, il primo paragrafo dell’art. 11 fa esplicito riferimento alla “alimentazione adeguata” (“adequate food”) come condizione materiale da garantire a tutti in quanto indispensabile alla vita stessa.

Sul piano del diritto interno, invece, la situazione appare sommariamente essere la seguente: un diritto fondamentale all’alimentazione adeguata non è previsto espressamente in nessuna disposizione della nostra Costituzione. Pertanto, al momento, si tratta di un diritto fondamentale di origine esterna che ha indotto la giurisprudenza nazionale, come si vedrà, a dichiararlo nelle sue pronunce⁹.

l’assistenza sociale, canale principale di tutela della popolazione indigente, lo Stato organizzazione è tenuto a prevenire o eliminare, tramite aiuti materiali, le situazioni di carenza e di bisogno che affliggono l’esistenza sia dei singoli che delle comunità. Cfr., sul punto, Corte cost., sentenza n. 187/2010, che giunge persino ad estendere l’assistenza sociale agli immigrati inabili al lavoro. Si veda, per una visione d’insieme, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Assistenza (profili costituzionali)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958. In merito, poi, e sul piano della tutela europea, si veda l’art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che, al terzo paragrafo, per tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti, e al fine di lottare contro l’esclusione sociale e la povertà, sancisce che “l’Unione riconosce e rispetta il diritto all’assistenza sociale e all’assistenza abitativa volte a garantire un’esistenza dignitosa”. Per una lettura critica dei principi contenuti nella Carta, si legga, però, tra gli altri, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma, 2013, p. 72 ss.

⁸ In merito si veda A. EIDE, *The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food*, in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, 2001, II ed., p. 133 ss.

⁹ E tanto, anche a voler ragionare al di là dalla possibile e nota questione dell’introduzione, nel nostro ordinamento costituzionale, dei cosiddetti “nuovi diritti” attraverso una lettura estensiva dell’art. 2. Possibilità, questa, come noto divenuta concreta a cominciare dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, allorché la Corte cost. ritenne maturi i tempi per accertare giudizialmente l’esistenza

A differenza, infatti, di ordinamenti come quello boliviano che, in Costituzione (art. 20), stabilisce che “ciascuna persona ha diritto all’accesso universale e uguale al servizio di acqua potabile (...). L’accesso all’acqua costituisce un diritto umano e non può essere oggetto di concessione e privatizzazione”, in Italia non solo la gestione dei servizi idrici ha corso il rischio di essere affidata ai privati¹⁰, ma – ed è questo il punto – l’accesso all’alimento cibo è quasi esclusivamente¹¹, finanche per garantirne il minimo di sussistenza vitale, lasciato nell’acquisizione al libero dispiegarsi delle forze sociali nel libero mercato.

Insomma, sul piano costituzionale, si potrebbe dire che per le articolazioni della Repubblica – non avendo, come in altre forme moderne del costituzionalismo

di “un elenco aperto” di diritti, utilizzando gli “strumenti dell’interpretazione storico-evolutiva”. In merito, cfr. la relazione del presidente F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1987*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, II, p. 179. Non a caso, in dottrina, è stato detto che l’art. 2 Cost. è una “fonte di produzione di norme costituzionali amministrata dalla giurisprudenza”. Così M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma, 2009, p. 51. Condivisibili, poi, appaiono le opinioni di chi ritiene che “l’espressione un po’ equivoca e tanto discussa impiegata dall’art. 2 Cost. (...) potrebbe essere riletta proprio in questo senso: la Costituzione ‘riconosce’ i diritti che di fatto sono rivendicati con successo dalla società, nel suo disordinato pluralismo, e affermati come fondamentali. Non si tratterebbe quindi di un riconoscimento di diritti ‘precedenti’, come vorrebbe la lettura più o meno dichiaratamente giusnaturalistica, ma delle rivendicazioni che emergono di continuo dalla società e chiedono riconoscimento” (R. BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, in *Lo Stato*, 2015, n. 4, p. 15). Per approfondire tali problematiche, cfr., almeno, A. BARBERA, *Commento all’art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, spec. p. 50 ss.; A. RUGGERI, “Nuovi” diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1993, p. 629 ss.; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; e, più di recente, A. BARBERA, *I “nuovi diritti”. Attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 19 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2006.

¹⁰ Come è noto gli italiani, ex art. 75 Cost., ossia attraverso il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, si sono espressi in favore dell’abrogazione dell’art. 23bis del d.l. n. 112/2008 e, quindi, delle norme relative alla privatizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica ivi contenute, tra cui la gestione dell’acqua. In merito, però, occorre sin d’ora precisare che parte della dottrina ha invitato a “superare il convincimento, diffuso quanto privo di saldo fondamento, secondo il quale la gestione delle risorse idriche da parte di imprese private equivalga a privatizzazione dell’acqua come bene e come risorsa: l’acqua rimane in ogni caso bene pubblico, così qualificato dalla legge, e ciò non può non produrre conseguenze sui modi della gestione, chiunque sia il gestore, pubblico o privato” (così S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all’acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *Federalismi*, 9 marzo 2011, reperibile online, p. 21). Tuttavia, con una certa dose di realismo, altri studiosi hanno rimarcato che, di fatto, “il proprietario reale” non può che essere chi concretamente gestisce il bene ed eroga il servizio. Come a dire che, se la gestione delle risorse idriche passa nelle mani dei privati, è la stessa proprietà del bene acqua a privatizzarsi. Si veda, sul punto, F. COSTANTINO, *La guerra dell’acqua. Dalla proprietà del bene alla gestione del servizio*, in *Rivista AIC*, 2011, reperibile online; e, da ultimo, P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) “volontà” referendaria*, in *Federalismi*, 8 aprile 2015, reperibile online; S. SILEONI, *L’acqua: una risorsa fondamentale, quale diritto?*, in *Rivista AIC*, 2016, reperibile online, p. 14 ss.

¹¹ Quasi perché, come noto, seppur senza risolvere il problema della fame, in varie realtà municipali della Repubblica stanno prendendo piede servizi pubblici locali come i c.d. orti urbani (nelle diverse varianti di orti didattici, sociali e associativi), mense di vario tipo, mercati a km zero, ecc. Sul punto, cfr. M. BOTTIGLIERI, *Il diritto al cibo adeguato. Tutela internazionale, costituzionale e locale di un diritto fondamentalmente “nuovo”*, in *Polis*, agosto 2015, reperibile online, p. 451 ss.

espressamente “l’obbligo di garantire (...) un’alimentazione sana, adeguata e sufficiente per tutta la popolazione” (così, ancora, l’art. 16 Cost. della Bolivia) – il cibo è potuto agevolmente divenire accessibile sui mercati esclusivamente da parte di chi, possedendo un reddito sufficiente per acquistarlo, ha la possibilità di diventare proprietario di alimenti *iure privatorum*¹².

Non esiste cioè, nel nostro ordinamento, un servizio pubblico di assistenza alimentare volto a garantire agli indigenti la possibilità di liberarsi completamente dai disagi della “fame”¹³.

Tali condizioni hanno portato i giudici a riconoscere come fondamentale il diritto di accesso all’alimentazione attraverso *interpretazioni inter-costituzionali*¹⁴, nel senso che hanno dovuto, nella fase interpretativo-applicativa – anche se facendo riferimento formalmente al solo diritto interno – arricchire di senso i principi stessi della nostra Costituzione (a cui in ultima istanza sono sottoposti) attingendo dall’esterno (da diritti e principi contenuti in documenti sovranazionali) significati normativi ulteriori rispetto alla legalità costituzionale preesistente¹⁵.

Ora, un primo argomento logico necessita già di essere messo a fuoco: quando si parla di “alimentazione umana” si fa riferimento tanto ai nutrienti liquidi (acqua *in primis*) quanto a quelli solidi (cibo). Se si consulta la voce “alimentazione” nel *Dizionario di medicina* Treccani, si legge infatti che “l’alimentazione umana è il consumo da parte dell’uomo di alimenti solidi e liquidi e bevande, in varie combinazioni e modalità, volto ad assicurare l’assunzione di energia, nutrienti ed altre

¹² Il problema, come intuibile, si sposta, *ex art.* 42 Cost., sulle problematiche relative alla “funzione sociale” della proprietà e, soprattutto, a quelle riguardanti la sua “accessibilità a tutti”. Sul “sistema costituzionale della proprietà”, cfr., almeno, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, III ed., p. 273 ss.

¹³ Termine che, purtroppo, spesso il diritto tende invece ad allontanare dal suo significato più proprio, utilizzando espressioni come “sottoalimentazione”, “denutrizione”, “malnutrizione”, “insicurezza alimentare” per rappresentare un problema – la carenza vitale di alimenti – che, come noto, affligge ancora molti milioni di persone sul pianeta. In tal senso, M. CAPARRÒS, *La fame*, Torino, 2015, p. 15 ss.

¹⁴ Come si è avuto modo di definire e meglio argomentare in altri lavori, tra cui, da ultimo, cfr., se si vuole, A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015, p. 47 ss.

¹⁵ Sul carattere “intersistemico dell’ordinamento” e “intercostituzionale della Costituzione” conseguente all’apertura dell’uno e dell’altra a norme di origine esterna, si vedano le recenti riflessioni di A. RUGGERI, *Come costruire e preservare la tradizioni dei diritti in Europa?*, in *diritticomparati*, 2015, reperibile *online*. Del resto, nel panorama internazionale è ormai da tempo che le corti sanzionano il diritto degli Stati per l’incapacità di assicurare misure concrete idonee a garantire il diritto al cibo. Si pensi, per restare nell’Europa industrializzata, alla coraggiosa decisione presa dal Tribunale federale della Confederazione elvetica in assenza, come ancora oggi in Italia, di una puntuale disposizione costituzionale che espressamente tuteli tale diritto. Il caso riguardava la situazione d’indigenza di tre persone di nazionalità ceca le quali, non avendo permesso di soggiorno, si erano viste rifiutare assistenza da parte delle istituzioni cantonali. Nella pronuncia, la suprema giurisdizione federale ha statuito che nell’ordinamento svizzero esiste un “principio costituzionale non scritto di ogni individuo” a condizioni minime di esistenza quali cibo, vestiario e alloggio. E tanto al fine di prevenire “uno stato di mendicizia indegno della condizione umana”. Cfr. Urteil der öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 27 Oktober 1995, *i.S. V. gegen Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons Bern* (staatsrechtliche Beschwerde). Di particolare interesse è poi la giurisprudenza della Corte costituzionale della Colombia che ha più volte affermato la rilevanza del “diritto al cibo quale diritto fondamentale”, ricavato da un’interpretazione conforme della legislazione interna all’art. 11 del Patto del 1966. Si veda, ad es., sentenza T-25 del 2004.

sostanze di interesse nutrizionale, e a garantire crescita, sviluppo e stato di salute ottimale¹⁶. Dunque, più in generale, con tale termine le scienze naturali indicano l'insieme dei processi che, tramite il procacciamento e l'assunzione di prodotti di origine animale e vegetale, forniscono l'energia e i costituenti chimici (nutrienti) necessari per il mantenimento e lo sviluppo degli organismi viventi.

Indispensabili alla vita (non solo umana), quindi, sono sia l'acqua che il cibo. E, pertanto, l'accesso fisico ed economico a tali risorse non può non costituire – anche per la scienza giuridica – un vero e proprio “diritto umano fondamentale”¹⁷ che al suo interno si struttura e si compone di entrambi i beni che ne costituiscono l'oggetto.

3. A partire dagli assunti cristallizzati negli accordi dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)¹⁸, sino a giungere ai diritti costituzionali dei singoli Stati dell'Occidente euro-nord americano, il cibo è considerato come una mera “merce”¹⁹, trascurandosi ogni altra fondamentale dimensione, su tutte quella che lo vede, assieme all'acqua, risorsa basilare per la vita delle popolazioni²⁰.

¹⁶ Cfr. il *Dizionario di medicina* Treccani, reperibile *online*.

¹⁷ Per dirla con l'espressione utilizzata in apertura dalla Carta di Milano, che, non a caso, pur avendo l'ambizione di diventare il nuovo manifesto universale del diritto al cibo, invita persone fisiche e giuridiche a sottoscrivere tale affermazione: “consideriamo infatti una violazione della dignità umana il mancato accesso a cibo sano, sufficiente e nutriente, acqua pulita ed energia”, mettendo correttamente sullo stesso piano i due “alimenti”. Sulla valenza (non giuridica) della Carta di Milano, si vedano, da ultimo, le riflessioni di M. GESTRI, *Il diritto fondamentale al cibo: quale il contributo della Carta di Milano?*, in M. GESTRI (a cura di), *Cibo e diritto. Dalla Dichiarazione Universale alla Carta di Milano*, Modena, 2015, p. 7 ss.

¹⁸ Si veda l'Accordo che istituisce l'OMC, adottato a Marrakech il 15 aprile 1994, tra i cui allegati figura l'Accordo sull'agricoltura. Sul deficit democratico che affetta vistosamente l'OMC e tutte le altre autorità internazionali da cui dipende il funzionamento del mercato globale, così come sulla critica dell'assioma che il mercato possa produrre da sé le proprie regole, indipendentemente dalla politica e – soprattutto – da interessi “altri” che alla politica potrebbe venire in mente di perseguire, cfr. F. ZAKARIA, *Democrazia senza libertà in America e nel resto del mondo*, Milano, 2003, p. 317 ss.

¹⁹ Non è di poco conto rammentare, in merito, che con la finanziarizzazione dell'agricoltura gli stessi prezzi delle derrate alimentari si fanno ormai “a Chicago”, ossia lì dove risiede la più importante borsa merci del mondo: il Chicago Board of Trade (CBOT).

²⁰ Tutt'altra filosofia, invece, quella “equi-centrica” del c.d. *nuevo constitucionalismo andino*, in cui non soltanto gli uomini ma anche i beni della natura divengono costituzionalmente titolari di situazioni giuridiche attive tutelabili in giudizio. Si pensi, in merito, alla clausola del “buen vivir” contenuta, ad es., nelle costituzioni di Ecuador (2008) e Bolivia (2009), che vede per l'appunto la natura “soggetto” e non “oggetto” di diritti. Si tratta, come si è accennato in premessa, di una prospettiva costituzionale “ecocentrica”, alternativa all'antropocentrismo insito nel costituzionalismo occidentale. Da ciò ne discende, ad es., che un cittadino può promuovere un *recurso de amparo* contro l'amministrazione a difesa dei “diritti della natura”, in quanto le risorse di quest'ultima sono fondamentali per la vita e il benessere di tutti. In merito, cfr. S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, 2014. In particolare, si veda il saggio ivi contenuto di M. CARDUCCI, *Il buen vivir come “autoctonia costituzionale” e limite al mutamento*, p. 101 ss. Di quest'ultimo A., molto interessante risulta, anche, la lettura dei lavori intitolati *Per un costituzionalismo “Handy” nell'epoca dei mutamenti costituzionali incostituzionali*, in *Alternative per il socialismo*, 2014, n. 32, p. 138 ss.; e Nomos, Ethnos e Kthonos *nel processo: verso il tramonto del bilanciamento? Spunti dal dibattito latinoamericano*, in *federalismi*, 19 dicembre 2014, reperibile *online*. Sempre in argomento, poi, nella sua prospettiva “benicomunista”, U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma, 2012, p. 22, rileva che “la nuova Costituzione boliviana, insieme a quella ecuadoregna (...) costituisce il più

Per convincersi di tanto è sufficiente leggere l’art. 5 del regolamento 178/2002 il quale, nel definire gli obiettivi della legislazione alimentare europea, esplicitamente evidenzia l’importanza della “tutela degli interessi dei consumatori” e della “libertà di circolazione all’interno della comunità di alimenti e dei mangimi prodotti o immessi sul mercato”. Se poi tale articolo lo si legge in combinato disposto con il precedente art. 2 (che, come visto, definisce la nozione di “alimento”), non può non concludersi che la legislazione alimentare europea si occupa prevalentemente, se non esclusivamente, del “diritto *dell’alimentazione*” (ossia delle regole di produzione, trasformazione, distribuzione, commercializzazione e circolazione degli alimenti rivolte ai “consumatori”), e non del fondamentale “diritto *all’alimentazione*” della popolazione, ossia del diritto di ogni uomo ad alimentarsi adeguatamente per poter vivere in modo dignitoso.

Dunque, sembra che il diritto dell’Unione non si pre-occupi di regolamentare l’“accesso” vitale agli alimenti nel territorio europeo, bensì si occupi unicamente degli aspetti relativi alla mercificazione di essi, influenzando in tal guisa la stessa interpretazione evolutiva delle costituzioni dei Paesi membri, in definitiva determinando – attraverso la sua tendenziale *primauté*²¹ – lente e silenti trasformazioni delle democrazie sociali in democrazie neo-liberiste²².

Gli egemoni principi del libero mercato e della proprietà “privante”²³ anche “dei beni di consumo”²⁴, incidono non poco proprio sui possibili significati che possono o, addirittura, non possono assumere le disposizioni della Costituzione repubblicana nella realtà applicativa²⁵. Per ciò che qui rileva, si pensi ai colpi inferti dal diritto

avanzato modello giuridico di elaborazione del concetto di beni comuni di cui l’umanità disporrebbe qualora, messa da parte l’arroganza occidentale, intendesse ripensare il proprio modello di sviluppo”.

²¹ In argomento, si vedano le attente riflessioni di A. M. NICO, *Tutela dei diritti fondamentali: primauté, diritto più favorevole e controlimiti*, in R. G. RODIO, V. TONDI DELLA MURA, I. LOIODICE, F. VARI (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Loiodice*, II, Bari, 2012, p. 893 ss.

²² Sul fenomeno delle c.d. transizioni costituzionali, si vedano, tra gli altri, le riflessioni di L. PATRUINO, *L’elasticità della Costituzione*, Torino, 2012; e V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2014, reperibile online. Critico del concetto di “transizione costituzionale” è invece, ancora di recente, A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 350, secondo cui “non appare utilizzabile il concetto di ‘transizione’, così come elaborato dalla politologia (...) ma in voga in questi anni anche nella letteratura di diritto costituzionale (...) perché presuppone un punto di partenza conosciuto ma anche un punto di arrivo altrettanto conosciuto (o conoscibile)”. Secondo l’A., pertanto, appare più corretto “parlare di una ‘transizione politica’, quindi, da un sistema politico ad un altro, non di una ‘transizione costituzionale’”.

²³ L’espressione suggestiva è di U. MATTEI, *“Senza proprietà non c’è libertà” (Falso!)*, Roma, 2014, spec. par. 2, ma *passim*.

²⁴ Per dirla con le parole adottate dall’on. Togliatti in Assemblea costituente (poi condivise anche dall’on. Fanfani), allorché si soffermò sulla distinzione tra “proprietà dei beni di consumo”, ossia delle “persone”, e “proprietà dei mezzi di produzione”. Le prime, senza dubbio, ex art. 42 Cost., da estendere quanto più possibile al fine di garantire “a tutti” una vita dignitosa. Cfr. gli *Atti dell’Assemblea costituente*, qui citati nell’edizione della Camera dei Deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, Roma, 1971, VI, p. 483.

²⁵ Costituzione, la nostra, che già di per sé, cioè a prescindere dalle influenze del diritto dell’Unione, essendo il prodotto di diverse e opposte forze politiche, è ricca di “antinomie e contrasti” che si sono poi riflesse anche nella strutturazione della parte seconda della Carta, ossia la parte c.d. “organizzativa”.

dell'Unione all'art. 42, co. 2, Cost., nella parte in cui prescrive che – in ogni caso – il riconoscimento e la garanzia della proprietà privata fatto dalla legge deve avere “lo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”.

In argomento, quando ancora lo psicodramma neoliberista delle “privatizzazioni” non era assurdo a deleterio parossismo²⁶, il giudice delle leggi (sentenza n. 55/1968) ha affermato in modo cristallino che l'interesse della collettività prevale sull'interesse individuale e particolare del singolo proprietario. Con l'introduzione nel testo costituzionale della clausola relativa alla “funzione sociale”, infatti, la nozione di proprietà privata ha perso il suo carattere assolutistico individualista per assumere una fisionomia di netta subordinazione agli interessi pubblici²⁷.

A voler ancora utilizzare il linguaggio della Consulta²⁸, in quanto interesse della collettività e compito dello Stato, la “sicurezza sociale” intesa come “tutela pubblica economica del singolo”, non può essere ridotta a mera aspirazione programmatica, ma “è precetto immediatamente applicabile”, atto a creare veri e propri diritti di prestazione, direttamente operante nell'ordinamento sia come parametro di legittimità costituzionale, sia come norma di principio esplicante effetti sull'interpretazione dell'ordinamento legislativo. E tanto, come poi gli stessi giudici hanno precisato, a valere non soltanto per i “cittadini”, ma anche per gli “stranieri e gli apolidi”²⁹.

Per restare ancorati al tema che ci occupa, l'interrogativo costituzionale da porsi è attuale più che mai e, peraltro, tutt'altro che retorico. Come può, sembra all'uopo opportuno chiedersi, da sola, la concorrenza nel libero mercato – ossia la fiera dei c.d. migliori – garantire a tutti la proprietà del “cibo-merce” quando è lo stesso termine “tutti” che, di per sé, non consente di precludere l'accesso a tali beni a determinate categorie di soggetti? Il termine “tutti”, infatti, come da tempo ha fatto notare sensibile dottrina, non solo significa impossibilità di esclusione nei confronti di qualunque soggetto o classe, ma, soprattutto, invita il legislatore a formulare una disciplina che, al fine di rimuovere gli ostacoli che rendono l'accesso alla proprietà più difficoltoso per determinate categorie, preveda condizioni di vantaggio per queste ultime³⁰.

A rilevarlo è C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, 1962, p. 222 ss.

²⁶ Sull'ideologica e radicata “convincione secondo cui i problemi determinati dall'inefficienza dei servizi pubblici si sarebbero potuti risolvere solo con le privatizzazioni e non mediante il processo di democratizzazione e di riqualificazione sociale prescritto dalla Costituzione”, cfr. G. COTTINO, *Ascesa e tramonto dello Stato imprenditore: morte e resurrezione?*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 311 ss.

²⁷ In tal senso, cfr., anche, Corte cost., sentenze 6/1966; 38/1966; 16/68; e 55/1968. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sulla concezione individuale piuttosto che funzionale del diritto di proprietà, si rinvia, qui, almeno, a S. RODOTÀ, *Art. 42*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, II, Bologna, 1982, p. 116 ss.

²⁸ Cfr. Corte cost., sentenze 22/1969; 80/1971; e 160/1974.

²⁹ Si veda Corte cost., sentenza 432/2005.

³⁰ In tal senso, S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, p. 25 ss. In merito, si veda, anche, M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 443 ss.; G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive*, Genova, 1973, p. 32 ss.; G. U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1975, p. 138 ss.; e M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. VII, tomo I.2, *I beni pubblici*, Torino, 2008, spec. p. 68 ss.

Una corretta interpretazione di tale articolo, coerente con l'intero impianto di democrazia sociale chiaramente tracciato in Costituzione³¹, sembra invece essere quella che, al fine di assicurare il godimento collettivo quantomeno di tutti quei beni indispensabili alla vita (come lo sono gli alimenti), imponga al legislatore di limitare le libertà “mercatorie”, finanche giungendo ad escludere l'insorgenza di alcuni diritti di proprietà da parte dei privati³² in modo da consentire alla Repubblica l'effettiva garanzia “dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”³³. Soprattutto in tema di diritto all'alimentazione, dovrebbero costituzionalmente essere “fuori dall'area del contestabile idee come il diritto ad un nutrimento minimo”³⁴.

S'è detto, inoltre, che “sulla base di una lettura della legislazione codicistica in materia di proprietà ispirata all'art. 42 Cost. quale fondamento di un diritto di proprietà finalizzato ad assicurare la funzione sociale del bene e non quale diritto soggettivo assoluto, sarebbe possibile sostenere che, venuta meno la funzione sociale per la quale la legge può garantire il diritto di proprietà, venga meno altresì il titolo proprietario avente ad oggetto il bene”³⁵.

Ma, evidentemente, nell'attuale conformazione dell'assetto giuridico-economico europeo, garanzie costituzionali di questo tipo, se non proprio misconosciute,

³¹ Con la Costituzione repubblicana (ma, come noto, ancor prima in Germania con la Costituzione di Weimar del 1919) i poteri economici divengono per la prima volta oggetto di limiti e regole imposti dallo Stato sociale, ovvero sia, per usare l'espressione di A. DI GIOVINE, M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione giustizia*, 1993, p. 321 ss., da un progetto di società democratica “emancipante” assai lontano dal primo costituzionalismo borghese a cui, piuttosto, la regolazione dei poteri economici era indifferente. Contrario, invece, all'idea che la Costituzione del '48 contenga in sé un ben preciso progetto di società, avendo essa al massimo tracciato le linee di un processo “aperto” di transizione verso una società futura che però non è direttamente disciplinata in Costituzione, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 129 ss.

³² È stato osservato, in merito, che “la stessa nozione di accessibilità non può essere vista soltanto come una clausola che fornisce indicazioni riguardanti le condizioni in presenza delle quali si consente al maggior numero possibile di soggetti la qualità di proprietari. Essa, infatti, dev'essere ulteriormente analizzata nello specifico ed integrale contesto dell'art. 42, 2 co., e quindi soprattutto in relazione ai ‘modi d'acquisto, di godimento e i limiti’, che costituiscono il riferimento strumentale per un intervento legislativo tendente appunto a determinare in concreto le condizioni dell'accessibilità. Ora, se si valuta il rapporto tra accesso di tutti, da una parte, e modo di acquisto e i limiti, dall'altra, ci si avvede facilmente che da ciò può anche derivare una situazione di esclusione della proprietà privata in ordine a determinate categorie di beni, al fine di assicurarne il godimento collettivo” (così, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 387).

³³ A proposito della garanzia dei “livelli essenziali delle prestazioni” ex art. 117, co. 2, lett. m), Cost., di recente A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come sistema (notazioni di metodo)*, in *Consulta online*, 15 giugno 2015, reperibile *online*, p. 541, ha tenuto a precisare che “si dà, pur tuttavia, una soglia invalicabile, al di sotto della quale cioè non è possibile scendere, altrimenti smarrendosi l'umanità stessa della persona, la sua essenza, la dignità”.

³⁴ G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, Torino, 1996, p. 65.

³⁵ Così A. LUCARELLI, *Beni comuni e funzioni sociali della proprietà. Il ruolo del Comune*, in L. SACCONI, S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, p. 117.

appaiono tuttavia essere inesorabilmente condannate a finire lentamente sepolte nel cimitero giuridico della desuetudine³⁶.

4. Il diritto al cibo adeguato³⁷ ha oggi smesso di essere percepito come questione solo dei poveri e degli svantaggiati del mondo, per definirsi sempre più come *entitlement* che investe la condizione umana nel suo insieme, a qualsiasi latitudine. Secondo i dati sulla povertà forniti da Oxfam (aggiornati a gennaio 2016), la situazione è a dir poco imbarazzante: soltanto 62 persone detengono la metà della ricchezza mondiale³⁸.

In un mondo globale governato da mercati³⁹ apparentemente sempre più svincolati dalla sovranità dei singoli Stati⁴⁰ – o, meglio, amministrato da un’oligarchia

³⁶ D'altronde, a parte alcune voci isolate (tra cui, come visto, Togliatti e Fanfani), sulla questione dell'accessibilità "a tutti" della proprietà, "neppure i costituenti si soffermarono troppo". A ricordarlo è, ancora, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 384, che, a dimostrazione del clima dominante in sede di discussione generale in Assemblea, riporta le affermazioni dell'on. Perlingieri secondo cui quella espressione ("renderla accessibile a tutti") appariva "troppo generosa e irrealista". Sulla precipua importanza che invece ormai oggi assumono nel diritto europeo principi come quelli della "massima concorrenza nel libero mercato", del "minimo intervento dello Stato nell'economia", della "stabilità dei pezzi", dell'"autonomia della BCE", ecc., in palese contrasto con diritti e principi fondamentali sanciti nella Costituzione italiana, cfr., da ultimo, V. GIACCHÈ, *Costituzione italiana contro trattati europei. Il conflitto inevitabile*, Reggio Emilia, 2015. Come sostiene G. BUCCI, *La sovranità popolare nella trappola delle reti multilevel*, in *Costituzionalismo*, 21 maggio 2008, reperibile online, p. 73, attraverso le politiche economiche europee, "ai cittadini si sono chiesti forti sacrifici in nome dei 'vincoli esterni' della stabilità monetaria, della stabilità finanziaria, del tasso di inflazione, della riduzione del deficit pubblico, ma non è stata avviata alcuna politica economica e sociale finalizzata a soddisfare il bisogno di lavoro, di reddito, di protezione sociale". La costruzione europea di una realtà puramente economica e gli effetti contraddittori di quest'ultima che si sono poi riflessi sulla realtà sociale sono ben messi in evidenza da L. PATRUNO, *Il modello costituzionale europeo e l'idea di costituzione*, Torino, 2006, p. 213 ss.

³⁷ In argomento, per una visione d'insieme, si rinvia almeno ad A. LOIODICE, *Prolegomena a uno studio sul diritto all'alimentazione nel sistema costituzionale italiano*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano 2012, p. 873 ss.; M. BOTTIGLIERI, *op. cit.*; L. CHIEFFI, *Scelte alimentari e diritti della persona: tra autodeterminazione del consumatore e sicurezza sulla qualità del cibo*, in *Diritto pubblico europeo rassegna on-line*, maggio 2015, reperibile online; F. ALICINO, *Il diritto al cibo. Definizione normativa e giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, 2016, reperibile online; B. VIMERCATI, *Il diritto ai beni vitali*, Relazione al Convegno annuale del "Gruppo di Pisa" sul tema *Che cos'è un diritto fondamentale?*, svoltosi a Cassino il 10-11 giugno 2016, pp. 32-48, testo reperibile online (su cui si vedano, anche, le riflessioni rinvenibili allo stesso indirizzo, di A. ALGOSTINO, *I diritti fondamentali alla prova: migranti e beni vitali*, p. 16 ss.). Si veda, poi, di recente, G. C. FERONI, T. E. FROSINI, L. MEZZETTI, P. L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, Energia, Alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, I, 1-2, 2016, reperibile online.

³⁸ Si vedano maggiori dettagli sul sito di Oxfam Italia.

³⁹ Come rileva Carlo Pertini a proposito delle problematiche agroalimentari, "il nervo scoperto che oggi sta mettendo in ginocchio milioni di contadini ha un nome chiaro: si chiama libero mercato che applicato al cibo sta generando uno sconquasso di proporzioni bibliche" (*Corriere della sera*, 8 febbraio 2015, p. 2). Inevitabile, in argomento, il rinvio alle riflessioni ed ai drammatici dati riportati da R. PATEL, *I padroni del cibo*, Milano, 2008.

⁴⁰ Al punto che, di recente, parte della dottrina ha parlato di "assenza di legislazione" e di "un diritto senza autori" nella dimensione globale del diritto. Così, M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma, 2012, p. 54 ss. Discetta di una "nuova sovranità, la sovranità dei creditori" regnante nell'economia finanziaria mondiale a discapito di quella degli Stati nazionali G. ZAGREBELSKY, *Moscacchia*, Roma, 2015, p. 37. Di contrario avviso, invece, sono altri autori. Tra questi si rinvia, almeno, a

di “imprese ‘giganti’, ossia di imprese così dominanti nei mercati e così contigue ai governi da poter trasgredire impunemente gran parte delle regole di quello che gli economisti chiamano ‘libero mercato’”⁴¹ – è inevitabile che anche il fenomeno della povertà aumenti il suo dinamismo, colpendo e riducendo ovunque a miseria intere fette di popolazione a velocità impressionanti rispetto al passato. Come è stato rilevato, “i poveri sono tornati a essere visibili negli spazi comuni della vita quotidiana dei paesi e delle città ricche: nell’accontonaggio, in chi dorme per strada, in chi fruga nei cassonetti della spazzatura, nelle code alle mense, appunto, per i poveri”⁴².

Non è un caso che, nel 2011, a indirizzare appelli al G20 perché facesse qualcosa per la “global food security”, ci fossero anche le grandi imprese globali della produzione alimentare accanto alle ONG e alle organizzazioni internazionali⁴³.

Sebbene il cibo sia un complesso alimento socio-culturale⁴⁴, un “componente essenziale della cittadinanza” e, come tale, una “precondizione della stessa democrazia”⁴⁵, oggi, anche se privi di reddito, per potersi adeguatamente alimentare bisogna rivolgersi necessariamente al mercato. Il che, evidentemente, configura un paralogismo, un *nonsense* che si scontra frontalmente con la Costituzione che invece

G. BUCCI, *op. cit.*, p. 71, a parere del quale “sono gli Stati e, in specie, i loro governi che hanno creato i presupposti e le forme delle istituzioni sovranazionali, compresa quella particolare istituzione che è il mercato globale. Le istituzioni della globalizzazione e quelle comunitarie non potrebbero esistere se gli stati non garantissero la partecipazione finanziaria, se non offrissero esecutorietà ai loro atti amministrativi, se non provvedessero alla provvista dei titolari dei loro organi”; e, più di recente, cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 2012, reperibile *online*, p. 3, secondo cui “gli Stati hanno ancora un ruolo centrale negli scenari sovranazionali”; G. DE VERGOTTINI, *La persistente sovranità*, in *Consulta online*, 3 marzo 2014, reperibile *online*, p. 5, secondo il quale lo Stato non può essere sostituito “in radice con altre soluzioni organizzative (...)”. Lo stato esiste nonostante la sua sempre ricordata crisi ed esiste quella forma di potere che si definisce come sovranità nonostante sue cessioni e limitazioni legali o di fatto”; L. GRIMALDI, *Costituzionalizzazione del principio di equilibrio dei bilanci e possibile “rilancio” del ruolo dello Stato nell’ordinamento composito europeo*, in *Rivista AIC*, 2015, reperibile *online*, p. 26, secondo cui è possibile persino ravvisare “nelle trasformazioni ordinamentali degli ultimi anni un rinnovato protagonismo degli Stati”. Sembra dubitare, invece, della persistenza dell’elemento “sovranità statale” soltanto a livello della scienza politica, riconoscendone invece la sua piena vitalità a livello giuridico, M. TROPER, *The survival of sovereignty*, in H. KALAMO, Q. SKINNER (eds.), *Sovereignty in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge, 2010, p. 131 ss.

⁴¹ C. CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neo-liberismo*, Roma, 2012, p. 75. Sulle problematiche ingenerate da tali “‘giganti’ privati al costituzionalismo”, ossia da imprese transnazionali che fanno illegittimamente “intrusione (...) nella sfera del diritto costituzionale” cfr., da ultimo, C. PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo*, 2016, reperibile *online*.

⁴² C. SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Milano, 2015, p. 9.

⁴³ In merito, cfr. il rapporto finale del relatore speciale per il diritto al cibo Oliver De Schutter all’Assemblea generale dell’ONU, 7 agosto 2013, reperibile *online*.

⁴⁴ Su tale aspetto ha posto l’accento lo stesso Presidente della Repubblica, nel suo intervento alla cerimonia conclusiva di Expo 2015 del 31 ottobre scorso. Non ha mancato di sottolineare, infatti, che “le politiche alimentari hanno una straordinaria importanza sociale e culturale, il cui valore va trasmesso attraverso un serio impegno educativo” (se si vuole consultare il testo completo dell’intervento, è possibile rinvenirlo direttamente sul sito del Quirinale). Da ultimo, una bella raccolta di articoli sulle relazioni del cibo con la letteratura, il cinema, le strutture linguistiche, le implicazioni semiotiche e psicologiche, è quella curata da S. GHIAZZA, *Cibo e/è Cultura*, in *Quaderni di Ateneo*, XV, 2015.

⁴⁵ Per usare le espressioni di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 486.

prescrive al legislatore di determinare programmi e controlli opportuni affinché la libera attività economica “possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali” per non “recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana” (art. 41 Cost)⁴⁶.

La Costituzione, in sostanza, riconosce che il libero mercato non è in grado di assicurare un’equa e socialmente utile distribuzione delle risorse economiche. Per tale motivo, richiede che l’attività economica (sia pubblica che privata) venga indirizzata e coordinata attraverso opportuni programmi e controlli che, però – il dato non è irrilevante – oggi sono in gran parte prerogativa delle autorità tecnocratiche dell’Unione europea. Autorità, è triste rammentarlo, che purtroppo sembrano complessivamente tendere più a fini “mercantili” che sociali. Per dirla con le parole di Paolo Grossi, “l’Europa, infatti, nata per l’esigenza di un mercato comune, (...) ha sempre visto valorizzata nel suo seno la dimensione economica, assurgendo la stessa fattualità economica a elemento che permane protagonista anche nella costruzione del suo ordinamento giuridico”⁴⁷.

Del resto, come da tempo è stato messo in evidenza con lucido (ed inquietante) realismo da una parte della dottrina internazionalistica, è inevitabile che, a discapito della sovranità statale, esista un “indirizzo politico” proprio dell’Unione europea, quantomeno nelle materie di sua competenza. Difatti, s’è detto, “il Trattato ha inciso sul sistema dei fini statali in almeno due modi. Il primo è quello dell’integrazione delle finalità già formulate dalla Costituzione. Varie norme comunitarie sviluppano infatti finalità costituzionalmente rilevanti, concretizzando disposizioni indeterminate o concetti formulati in maniera da ammettere più di una interpretazione, definiscono azioni e modalità per la loro realizzazione. Nel contribuire a definire le modalità di realizzazione di un modello economico e sociale prefigurato nella Costituzione, allora, le norme comunitarie incidono anche, ed in maniera definitiva, sulla sua interpretazione – visto che il Trattato e gli atti derivati sono sottratti alla libera disposizione degli organi interni. In secondo luogo, attraverso il Trattato, e la devoluzione di competenze a favore della Comunità, determinate attività socio-economiche vengono orientate verso finalità non espressamente considerate dalla Costituzione, pur se non necessariamente in conflitto con essa. Ne deriva inevitabilmente una modifica del modello accolto dall’ordinamento interno, il quale perde altresì la capacità di incidere unilateralmente sul modello che si determina in seguito al processo di integrazione”⁴⁸.

⁴⁶ Non è un caso che, di recente, un importante documento della grande banca d'affari americana J. P. Morgan, al deliberato fine di sottomettere i pubblici poteri degli Stati europei alle regole dei mercati internazionali, invita a modificare “le Costituzioni e i sistemi politici della periferia meridionale” (tra cui l’Italia), in quanto mostrano “una forte influenza socialista” di fatto capace di ostacolare le politiche imperialistiche dei soggetti economici operanti nel mondo globale. Si veda il noto documento *The Euro Area Adjustment: About Halfway There*, 28 maggio 2013, reperibile *online*.

⁴⁷ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 18.

⁴⁸ Così E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze e sovranità nell’esperienza giuridica dell’integrazione europea*, in *Rivista di diritto costituzionale*, Torino, 1996, pp. 93-94, il quale in merito invita – non senza perplessità – a “rimeditare, nel processo decisionale comunitario, le tradizionali categorie del pensiero costituzionalista (...)”. La presenza, nel processo di integrazione, di entità sovrane, alle quali la Comunità eventualmente si affianca, ma che non sostituisce, rende infatti *necessario prescindere dall’idea della centralità delle istituzioni rappresentative e prospettare piuttosto un equilibrio fra sovranità popolare e sovranità di Stati*” (p. 102, corsivi aggiunti). Sulle difficoltà di ipotizzare, nell’epoca

Come s'è accennato all'inizio, ad ogni modo, nel nostro ordinamento non esistono efficaci rimedi giuridici di ordine pubblico capaci di garantire assistenza alimentare ai bisognosi (articoli 3, co. 2, e 38 Cost). Uno sforzo in tal senso è stato fatto con l'introduzione della c.d. *social card* che, però, come noto, a causa di inefficienze politico-amministrative e della carenza di fondi degli enti locali imposta dalle politiche di austerità europee⁴⁹, s'è dimostrato essere un provvedimento tutto sommato fallimentare e mal riuscito⁵⁰. Senza contare, peraltro, che lo “stato di povertà” non è riconducibile soltanto ad una questione economica ma riguarda, spesso lo si ignora, la giuridica possibilità di “accesso ai mezzi di sussistenza”⁵¹.

Nel nostro Paese a non avere un'alimentazione adeguata sono oltre 3 milioni di famiglie. A causa della crisi economica il reddito disponibile della popolazione povera, a differenza di quella ricca⁵², è diminuito ancora: il 18% degli italiani fra i quindici e i sessantaquattro anni saltano addirittura i pasti e il 40% ha complessivamente ridotto i consumi⁵³.

In realtà, proprio discettando della carta acquisti introdotta nel 2008, il giudice delle leggi, attraverso una interpretazione sistematica ed evolutiva di alcune dispo-

contemporanea, l'esistenza di un ordinamento giuridico nazionale sovranamente “esclusivo”, capace cioè di affermare l'“esclusività” delle proprie valutazioni giuridiche nei confronti di organi sovra e internazionali, si vedano, già, le riflessioni di C. PINELLI, *Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 359 ss. Ritiene, invece, che del concetto tradizionale di sovranità (tanto intesa come “assoluta”, quanto come coincidente con il “potere costituente”), “dovrebbe revocarsi in dubbio (...) l'utilità per il diritto costituzionale” (M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, Torino, 1996, p. 155). Ad ogni buon conto, sembra potersi condividere lo sforzo di chi ritiene che oggi, ad essere “sovrano” nel nostro ordinamento, debba essere “il ‘nocciolo’ dei principi fondamentali, o supremi” sanciti in Costituzione. E tanto, evidentemente, a tutela di tutti i consociati. Cfr. G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 66. Più di recente, sul tema, A. PATRONI GRIFFI, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, gennaio 2015, reperibile online.

⁴⁹ Tra i molti contributi che affrontano il tema della compressione delle autonomie degli enti locali imposta dalle normative europee, si vedano, di recente, almeno le osservazioni di F. BILANCIA, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in *Diritto pubblico*, 2014, p. 45 ss.; e G. BUCCI, *La compressione delle autonomie socio-politiche nella combine tra stato-governo e mercati*, in *gruppodipisa*, maggio 2015, reperibile online.

⁵⁰ Pare però, ma le riserve non sono poche in considerazione dei deludenti dati empirici, che la *social card* introdotta dal decreto del lavoro del 10 gennaio 2013 è stata non solo rifinanziata, ma anche rafforzata e consolidata dalla legge di stabilità 2016 quale strumento di lotta contro la povertà assoluta. Grazie alla nuova “carta acquisti” INPS, la c.d. SIA (sostegno per l'inclusione attiva), le famiglie indigenti potranno contare su un sostegno economico – in sostanza un bonus che potrà arrivare fino a 404 euro mensili – utile per acquistare beni di prima necessità, dunque anche cibo adeguato. Pertanto, la *social card* sperimentale, attualmente riservata solo a 12 comuni d'Italia (Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Venezia e Verona), potrà essere estesa a tutta la penisola, naturalmente previa approvazione definitiva della legge di stabilità e conseguente emanazione del decreto attuativo da parte del Ministero del lavoro e del Ministero dell'economia.

⁵¹ In tal senso, cfr. P. CACCIARI, *Vie di fuga. Crisi, beni comuni, lavoro e democrazia nella prospettiva della decrescita*, Napoli, 2014, p. 69.

⁵² Secondo la Banca d'Italia (dati risalenti al 2014), in piena crisi, nel 2012, il 10% più ricco della popolazione possedeva il 46,6% della ricchezza totale, rispetto al 45,7% del 2010 e al 44,3% del 2008. Pur avendo conosciuto un aumento della disuguaglianza più contenuto di altri paesi, l'Italia continua a essere collocata nel gruppo dei paesi UE più disuguali. Cfr. C. SARACENO, *op. cit.*, p. 98.

⁵³ Cfr. il Rapporto Coop 2013, *Consumi e distribuzione*, reperibile online.

sizioni (articoli 2, 3, co. 2, e 38 Cost.), ha sottratto il cibo alla sovranità del libero mercato nella misura in cui ha riconosciuto la legittimità di “un intervento dello Stato che comprende anche la previsione della appropriata e pronta erogazione di una determinata provvidenza”⁵⁴ a sostegno degli indigenti.

In questo modo, si sono quantomeno legittimate le condizioni giuridiche minime nel nostro ordinamento per poter tutelare un “bene sociale”⁵⁵ e concretizzare un diritto fondamentale⁵⁶ – come quello, appunto, dell’accesso al cibo adeguato – per il tramite di interventi pubblici di carattere innovativo⁵⁷.

Del resto, in uno Stato interventista a orientamento sociale qual è il nostro⁵⁸, forme di intervento pubblico nell’economia, volte a indirizzare e coordinare a fini sociali l’attività economica pubblica e privata, sono costituzionalmente imposte tanto dal programma di emancipazione sociale delineato dal co. 2 dell’art. 3 Cost. (e richiamato anche nel co. 2, dell’art. 4 Cost., laddove si fa riferimento al “progresso materiale” della società), quanto dal riconoscimento costituzionale dei diritti sociali⁵⁹. Disposizioni, queste, che non possono arretrare rispetto ad altre fonti, pena la rottura degli equilibri che sorreggono la pur non facile democrazia sociale disegnata dai Padri costituenti⁶⁰.

5. Assieme al cibo non ancora “mercificato”, l’acqua è un elemento naturale ed essenziale alla vita, aperto all’accesso ma scarso, che occorre dunque preservare dai rischi di esclusione, esaurimento o deterioramento⁶¹. Come è stato detto sugge-

⁵⁴ Così ha stabilito in Italia la Corte cost. con sentenza n. 10 del 2010, al considerato in diritto 6.4. Come noto la Consulta, con tale pronuncia, occupandosi della normativa che ha introdotto la c.d. *social card* (art. 81 del d.l. n. 112 del 2008), pare aver esplicitamente riconosciuto il diritto all’alimentazione sia come “diritto fondamentale” che come “diritto sociale” basandosi sugli articoli 2, 3, co. 2, e 38 Cost.

⁵⁵ Secondo L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, *Teoria della democrazia*, Roma, 2012, p. 599 ss., il diritto al cibo è un bene sociale che incarna un diritto fondamentale nella misura in cui coincide con il diritto alla sussistenza. Si trasforma, invece, in diritto patrimoniale, quando eccede tale livello minimo.

⁵⁶ La questione della concretizzazione dei diritti fondamentali è da ultimo ben affrontata da V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, 2015.

⁵⁷ Come peraltro auspicano di recente molti economisti, tra cui M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore. Sfatare il mito del pubblico contro il privato*, Roma, 2014.

⁵⁸ In argomento, si vedano, tra le altre, le equilibrate riflessioni di C. P. GUARINI, *Prolegomeni in tema di sviluppo economico e principio personalista tra Costituzione repubblicana e “Dottrina sociale della Chiesa”*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, giugno 2015, reperibile *online*, pp. 6-16.

⁵⁹ Così C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto Pubblico*, Torino, 2015, p. 634.

⁶⁰ Sul concetto di “democrazia sociale”, cfr. S. D’ALBERGO, *Diritto e Stato tra scienza giuridica e marxismo*, Roma, 2004, p. 161 ss.

⁶¹ Volendo credere alle stime dell’ONU, c’è seriamente da preoccuparsi. Si veda, infatti, *Water for a Sustainable World: The United Nations World Water Development Report 2015*, reperibile *online*, ove si legge che solo il 3% dell’acqua del pianeta è acqua dolce, i ¾ della quale è ghiaccio. Meno dell’1% è ciò che resta per l’uso domestico. Circa 748 milioni di persone non hanno accesso garantito all’acqua potabile e 2,5 miliardi non usano servizi sanitari. Cfr., anche, UNEP, *Overview of the State of the World’s Fresh and Marine Waters*, ult. aggiornamento, reperibile *online*. Sul piano della “morale”, sembra poi opportuno riportare in argomento, per la loro incisività, le parole di Papa Francesco espresse nella Lettera Enciclica *Laudato si. Sulla cura della Casa comune*, del 24 maggio 2015: “(...) Mentre la qualità dell’acqua disponibile peggiora costantemente, in alcuni luoghi avanza la tendenza a priva-

stivamente, ancora una volta alludendo alla terra e al mare, lo stesso “nostro corpo è fatto per due terzi di acqua, come la terra; i nostri fluidi vitali sono salini, come l’oceano”⁶².

Sul piano internazionale, il 28 luglio 2010 l’Assemblea generale dell’ONU ha espressamente dichiarato, con un’apposita risoluzione, che l’accesso all’acqua potabile e quello ai servizi igienico-sanitari costituiscono diritti umani fondamentali⁶³. E, inoltre, solo tra il 2000 e il 2009 circa 200 Stati al mondo si sono pronunciati in favore del diritto all’acqua⁶⁴.

Lo stesso giudice delle leggi ha definito l’acqua “bene primario della vita dell’uomo” e, pertanto, “un diritto fondamentale della vita dell’uomo e delle generazioni future”⁶⁵. Cosicché, essendo “un bene di tutti, (...) spetta alla pubblica amministrazione competente programmare, regolare e controllare il corretto utilizzo del bene acqua in un dato territorio, non già in una prospettiva di mera tutela della proprietà demaniale, ma in quella di contemperamento tra la natura pubblicistica della risorsa e la sua destinazione a soddisfare i bisogni domestici e produttivi dei consociati”⁶⁶.

L’acqua, nel nostro Paese, è dunque oggetto di un regime amministrativo deputato a garantirne la “funzione sociale”, trattandosi di una risorsa che, in ogni caso,

tizzare questa risorsa scarsa, trasformata in merce soggetta alle leggi del mercato. In realtà, l’accesso all’acqua potabile e sicura è un diritto umano essenziale, fondamentale e universale, perché determina la sopravvivenza delle persone, e per questo è condizione per l’esercizio degli altri diritti umani. Questo mondo ha un grave debito sociale verso i poveri che non hanno accesso all’acqua potabile, perché ciò significa negare ad essi il diritto alla vita radicato nella loro inalienabile dignità. Questo debito si salda in parte con maggiori contributi economici per fornire acqua pulita e servizi di depurazione tra le popolazioni più povere. Però si riscontra uno spreco di acqua non solo nei Paesi sviluppati, ma anche in quelli in via di sviluppo che possiedono grandi riserve. Ciò evidenzia che il problema dell’acqua è in parte una questione educativa e culturale, perché non vi è consapevolezza della gravità di tali comportamenti in un contesto di grande iniquità (par. 30). Una maggiore scarsità di acqua provocherà l’aumento del costo degli alimenti e di vari prodotti che dipendono dal suo uso. Alcuni studi hanno segnalato il rischio di subire un’acuta scarsità di acqua entro pochi decenni se non si agisce con urgenza. Gli impatti ambientali potrebbero colpire miliardi di persone, e d’altra parte è prevedibile che il controllo dell’acqua da parte di grandi imprese mondiali si trasformi in una delle principali fonti di conflitto di questo secolo (par. 31)”.

⁶² T. E. FROSINI, *Dare un diritto agli assetati*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2010, p. 29 ss., a parere del quale l’acqua è “un diritto naturale fondamentale”.

⁶³ Cfr. la risoluzione n. 64/292 del 28 luglio 2010 (A/RES/64/292). Alla votazione erano presenti 163 Paesi (su 192 che costituiscono l’Assemblea), di cui 122 hanno votato a favore (come l’Italia), nessuno contro e 41 sono stati gli astenuti. Nega, a causa della sua concreta ineffettività, l’esistenza di un diritto all’acqua sul piano internazionale, D. ZOLO, *Il diritto all’acqua come diritto sociale e come diritto collettivo*, in *Diritto pubblico*, 2005, p. 125 ss. Da ultimo, sulla qualificazione economico-giuridica del diritto all’acqua (l’acqua è un bene economico o non economico? Può essere un bene comune? Il diritto (di accesso) all’acqua è un diritto fondamentale o sociale?), cfr. S. SILEONI, *op. cit.*, p. 2 ss.; e B. VIMERCATI, *op. cit.*, p. 49 ss.

⁶⁴ Cfr. *Le droit à l’eau potable et à l’Assainissement: sa mise en oeuvre en Europe*, Rapporto preparato per il VI Forum mondiale dell’acqua, Académie de l’Eau, 2011, reperibile *online*.

⁶⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 259 del 1996. Nello stesso senso, poi, si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2003, sentenza n. 2085; e Consiglio di Stato, sez. VI, 13 gennaio-11 aprile 2006, sentenza n. 2001.

⁶⁶ Corte cost., sentenza n. 273 del 2010.

deve essere salvaguardata e utilizzata secondo criteri di solidarietà⁶⁷. Non a caso, il Tribunale superiore delle acque pubbliche ha riconosciuto un vero e proprio “diritto soggettivo alla presa e fornitura gratuita di acqua potabile”⁶⁸, costituendo, l’atto del bere, un bisogno essenziale rispetto al quale nessuna concessione può essere anteposta⁶⁹.

Le Sezioni unite della Cassazione poi, attraverso una vera e propria *drittwirkung* degli articoli 2, 9 e 42 Cost., statuendo che devono ritenersi “comuni” tutti quei beni che, “per la loro intrinseca natura e finalizzazione, risultino (...) funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività”, hanno mostrato di aderire – *ante referendum* del 12 e 13 giugno 2011⁷⁰ – a quel pensiero giur-economico che definisce (anche) l’acqua un “bene comune”⁷¹, ponendo un monito

⁶⁷ Cfr. l’art. 144 del c.d. codice dell’ambiente (d.lgs. n. 152 del 2006). Sull’evoluzione del concetto giuridico di solidarietà, si veda S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma, 2014.

⁶⁸ Tribunale superiore delle acque pubbliche, 1° luglio 1991, n. 37.

⁶⁹ Tribunale delle acque pubbliche di Roma, 4 febbraio 2008, n. 12.

⁷⁰ Proposto, come visto, per l’abrogazione delle disposizioni relative alla privatizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica, tra cui il servizio idrico.

⁷¹ I beni comuni, si potrebbe dire, esistono da sempre. Già Aristotele, nella *Politica* (libro secondo, sez. 5), aveva scritto: “Or dunque è meglio, come bene si vede, che la proprietà sia privata ma che si faccia *comune* nell’uso: abituare i cittadini a tale modo di pensare è compito del legislatore”. Ma è solo di recente che si è presa piena coscienza di ciò che costituisce la loro essenza, che è quella di costituire il limite oltrepassando il quale si consuma la “tragedia”. Il riferimento è qui alla fortunata espressione, *The Tragedy of the Commons*, coniata da Garret Hardin nel 1968 per dare il titolo al suo celebre saggio pubblicato su *Science*. In breve, “comune” è, secondo il biologo evolucionista americano, il bene che è *rivale nel consumo e non è escludibile*, ed è tale che il vantaggio che ciascuno trae dal suo uso non può essere separato dal vantaggio che altri pure traggono da esso. Come a dire che il beneficio che il singolo ricava dal bene comune si materializza *assieme* a quello degli altri, non già *contro* (come accade col bene privato) e neppure *a prescindere* (come accade col bene pubblico). La tesi sostenuta da Hardin – come è noto – è che se l’umanità non limita la libertà individuale, rischia di fare la fine degli abitanti dell’isola di Pasqua, perché finisce col distruggere quei beni comuni dai quali dipende la vita della specie umana. Cfr., in merito, il Nobel E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990, (*Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006). Tali tesi sono state utilizzate da numerosi giuristi italiani per provare ad andare, è noto anche questo, ben oltre il regime di proprietà tanto pubblica quanto privata di alcuni beni. Oltre ai pionieri del “benicomunismo”, Ugo Mattei e Stefano Rodotà, si possono annoverare in tale corrente di pensiero anche altri giuristi tra cui, solo per citarne alcuni in ordine alfabetico, Alberto Lucarelli, Paolo Maddalena e Gustavo Zagrebelsky. Fortemente critico della categoria dei beni comuni è, invece, Giampiero di Plinio, secondo il quale, con pungente ironia, “il valore scientifico della sua costruzione giuridica ha la resistenza di un fiocco di neve fluttuato in casa dalla porta semiaperta”; cfr. G. DI PLINIO, *Ambiente*, in E. SOMAINI (a cura di), *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, Torino, 2015, p. 189 ss. Si vedano, anche, le critiche più “temperate” di A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il “pubblico” e la Costituzione*, in *Costituzionalismo*, 2013, reperibile *online*. Sul piano legislativo, inoltre, va comunque dato atto che nel 2007 è stata istituita, presso il Ministero della giustizia (decreto del Ministro del 21 giugno 2007), una Commissione sui beni pubblici presieduta proprio da Stefano Rodotà. Il fine che si proponeva era quello di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle disposizioni del codice civile in materia di beni pubblici. Conclusi i lavori ed elaborato un progetto di legge delega al governo per la novellazione del capo II del titolo I del libro III c.c. (oltre che di altre parti del c.c. ad esso collegate), di fatto però non si è mai aperta una discussione su di esso nelle sedi istituzionali. Da ultimo, poi, sugli alimenti come “beni comuni”, sia consentito rinviare ad A. GUSMAI, *Right to Food and “Tragedy” of the Commons*, in *Revista Jurídica Científica do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau*, XX, Blumenau, CCJ – FURB, 2016, p. 5 ss. reperibile *online*.

e gettando luce quantomeno sugli esiti di selvagge appropriazioni competitive nel libero mercato⁷².

Ora, senza voler né poter in questa sede troppo indugiare sulle problematiche relative alla storia della “mercantilizzazione dell’acqua”⁷³, ciò che invece qui si vuole mettere in rilievo è questo preciso aspetto: bene o male che lo si voglia giudicare – non rilevano adesso giudizi di valore – l’acqua è giuridicamente assistita nel nostro ordinamento da un servizio pubblico teso a garantire e tutelare l’accesso al bene “a tutta” la popolazione residente. L’acqua appartiene funzionalmente alla Repubblica (che ne ha la gestione oltre che la proprietà) affinché tale appartenenza ontologica ne garantisca in ogni caso il godimento collettivo.

Le regole di accesso all’alimento acqua sono, dunque, a tutt’oggi, saldamente nelle mani dei pubblici poteri. Con specifico riferimento al servizio idrico integrato, il referendum del giugno 2011 ha abrogato *in toto* l’art. 23*bis* del d.l. n. 112 del 2008 assieme alla previsione dell’art. 154 del d.lgs. n. 152/2006, travolgendo così la disposizione che prevedeva la determinazione della tariffa sul bene, tenendo conto della “adeguatezza della remunerazione del capitale investito”⁷⁴. Come a dire: su tale risorsa non si specula.

Al di là di ogni ideologizzazione e radicalizzazione della questione⁷⁵, resta il fatto che la “proprietà democratica” dell’acqua, come sostiene Vandana Shiva, appare l’unico modo di rendere l’uso di tale bene socialmente condivisibile, sostenibile ed equo⁷⁶.

6. Il digiuno fa bene. E questa volta a dirlo non è la scienza medica ma, a quanto pare, il diritto. A voler infatti prendere semplicemente atto di ciò che prevede l’ordinamento giuridico formale, non può non riscontrarsi una manifesta irragionevolezza del sistema nella misura in cui, prevedendo un servizio pubblico di garanzia soltanto per l’alimento acqua, lascia il cibo, anch’esso alimento fondamentale alla vita, alla mercé delle forze del libero mercato.

Il problema si pone soprattutto allorché tali divergenze di tutela vengano relazionate a quella fascia di popolazione non abbiente⁷⁷ che non è in alcun modo assistita dallo Stato nel momento in cui si trovi a voler accedere al fondamentale diritto all’alimentazione, e non, come visto, ad avere accesso, in qualità di mero “consumatore”, ai soli diritti dell’alimentazione. Situazioni giuridiche, queste ultime, *de iure* e *de facto* oggi esclusivamente tutelate dalla normativa europea (regolamento 178/2002). Il problema qui non è affatto secondario e sposta la questione alimentare

⁷² Cfr. Cassazione civile, SS.UU., sentenza del 14 febbraio 2011, n. 3665. Si veda, poi, con specifico riferimento al paesaggio e all’ambiente, Consiglio di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 769.

⁷³ Su cui si veda P. BEVILACQUA, *La Terra è finita. Breve storia dell’ambiente*, Roma, 2009, II ed., p. 98 ss.

⁷⁴ Ricostruiscono in modo dettagliato il percorso normativo teso alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali, C. DE VINCENTI, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, in Astrid, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Milano, 2011, p. 21 ss., e A. VIGNERI, *La riforma dei servizi pubblici locali. Valutazioni e prospettive*, *ivi*, p. 47ss.

⁷⁵ Su cui si sofferma, tra gli altri, T. E. FROSINI, *La lotta per i diritti*, Napoli, 2011, p. 223 ss.

⁷⁶ V. SHIVA, *Water Wars: Privatization, Pollution and Profit*, Cambridge, 2002, p. 123.

⁷⁷ Sul concetto di “non abbienza”, utili chiarimenti si possono rinvenire in R. G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, Padova, 1990, p. 39 ss e p. 138 ss.

dal piano della *lex mercatoria* a quella della *lex fundamentalis* – ossia ad un livello “supercostituzionale” – trattandosi, in definitiva, di pre-occuparsi di regole e principi destinati ad incidere non soltanto sui bilanci degli Stati, ma sulla stessa dignità della persona umana⁷⁸.

Basti pensare, ad esempio, all’atteggiamento assunto dalla recente giurisprudenza nazionale, chiamata a decidere delle sorti di un giovane *clochard* accusato di furto per essersi impossessato – attanagliato dalla fame – di cibo per un valore complessivo di poco più di quattro euro. Condannato nel merito nei primi due gradi di giudizio, il senzatetto viene poi assolto in Cassazione in quanto “le condizioni dell’imputato e le circostanze in cui è avvenuto l’impossessamento della merce dimostrano che egli si impossessò di quel poco cibo (...) agendo in stato di necessità” ex art. 54 del codice penale. Cosicché, la Corte, ed è questo il punto, pur riconoscendo “una immediata ed imprescindibile esigenza di alimentarsi”⁷⁹ (*recte*: diritto all’alimentazione) dell’imputato, proscioglie l’indigente facendo ricorso alla sola legalità formale del codice Rocco (giustificando, appunto, la condotte del non abbiente applicando l’esimente delle “stato di necessità”), perdendo così l’occasione di dichiarare – più opportunamente – l’esistenza di un vero e proprio “diritto fondamentale di acceso agli alimenti”⁸⁰ di natura *intercostituzionale*⁸¹.

Tutto questo per dire che, nel tempo presente, la sfida al cibo appare più che mai una sfida politica⁸². La “stessa storia della distribuzione delle ricchezze è una storia profondamente politica”⁸³. E, come tutte le questioni politiche che riguardano da vicino principi e diritti fondamentali, si tratta di una sfida che, per il suo valore “ecumenico”, non può non avere una valenza soprattutto costituzionale⁸⁴. Una sfida,

⁷⁸ Definiscono la dignità umana un valore “supercostituzionale”, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 343 ss.

⁷⁹ Sono queste le succinte motivazioni rinvenibili in Cass. pen., sez. V, sentenza n. 18248/2016.

⁸⁰ Le problematiche relative al diritto all’alimentazione riguardano, a ben vedere, proprio l’“accesso” al cibo, in quanto strumentale alla concreta realizzazione del contenuto del diritto stesso. L’uno (il diritto) senza l’altro (l’accesso) non dicono nulla in termini di reali garanzie di tutela. In altre parole, per quanti non hanno “di fatto” la possibilità economico-giuridica di alimentarsi, la natura fondamentale del diritto in tanto può definirsi tale in quanto comprende in sé – inscindibilmente – la strumentale accessibilità agli alimenti. Tale aspetto, da ultimo, è bene messo in evidenza da A. MORRONE, *Ipotesi per un Diritto costituzionale dell’alimentazione*, in G. C. FERONI, T. E. FROSINI, L. MEZZETTI, P. L. PETRILLO (a cura di), *op. cit.*, pp. 39-40, allorché ravvisa nel diritto al cibo “un ‘diritto di prestazione sociale’, una libertà ‘positiva’ che alla persona deve essere garantita mediante istituzioni in grado di rendere ‘effettivo’ e ‘eguale’ l’accesso al cibo, un cibo adeguato, sano, sufficiente alla *cura sui corporis*”.

⁸¹ Per una più precisa ricostruzione della vicenda e, soprattutto, per una critica delle argomentazioni adottate dai giudici della nomofilachia nel caso *de quo*, sia permesso rinviare ad A. GUSMAI, *Quando ad essere un “delitto” è la proprietà. Considerazione a margine di Cass. pen., Sez. V, sent. n. 18248/2016*, in *Osservatorio AIC*, 2016, reperibile online.

⁸² Seppur in un ordine di ragioni diverse, sul punto sembra convergere P. DE CASTRO, *Cibo. La sfida globale*, Roma, 2015, p. 81.

⁸³ T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014, p. 43.

⁸⁴ Tra i costituzionalisti, a ben sottolineare di recente la prossimità del diritto costituzionale alla dimensione politica sono G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 65, che così si esprimono: “il diritto costituzionale è quello in cui la legittimità s’intreccia con l’effettività. La legittimità è il regno del diritto e dei suoi giudici, mentre l’effettività è il regno della politica e dei suoi attori. *La costituzione è al tempo stesso prodotto e regola della politica*” (corsivi aggiunti).

in un certo senso, quella del diritto all'alimentazione “adeguata”, che sembra presupporre una visione del mondo diversa da quella attuale, che sappia convogliare l'ingegno prospettico degli uomini con le attività istituzionali (di tutti i livelli ma soprattutto a partire “dal basso”) nel provare a costituire modelli organizzativi alternativi a quelli vigenti.

Da quanto si è venuti dicendo, almeno un altro punto sembra allora essere necessario dover precisare: dovranno essere modelli politico-istituzionali, quelli da sperimentare, capaci di rovesciare le attuali concezioni individualiste e antropocentriche del mondo, per guardare a politiche sociali di convivenza solidale che sappiano convivere in armonia con tutto ciò che ci sta intorno o, per dirla più precisamente, con l'“ambiente” inteso come patrimonio naturale di cui fa parte *anche* l'uomo⁸⁵, di fronte al quale “terribili” diritti e illimitate libertà economiche debbono all'uopo giuridicamente poter soccombere.

Non si tratta di condividere visioni ireniche né, tantomeno, di credere ad un mondo in cui d'un tratto si possa vivere in un fantomatico nuovo stato di natura caratterizzato dalla totale assenza di conflitti sociali. Una tale prospettiva sarebbe astorica oltre che ingenua⁸⁶.

Bisognerebbe, più semplicemente, pensare che in un periodo di crisi economico-finanziaria-ecosistemica strutturale come quello che affligge l'attuale società – in cui ad essere ridotti alla soglia di povertà sono un numero sempre maggiore di cittadini e famiglie appartenenti a quella c.d. *middle class* apparentemente prossima all'estinzione – preoccuparsi della “disponibilità del cibo”, della sua “adeguatezza” e, soprattutto, in una prospettiva costituzionale, della sua “accessibilità economica”, non può che tornare utile a ripensare le tradizionali competenze e le principali funzioni delle amministrazioni pubbliche più vicine alla popolazione⁸⁷.

Come si è avuto modo di spiegare meglio in altre sedi⁸⁸, per ridurre la macroscopica disparità di trattamento dei due diritti egualmente fondamentali, sembra opportuno introdurre nell'ordinamento un servizio pubblico di assistenza alimentare permanente idoneo a garantire a tutti gli indigenti legalmente residenti nel territorio della Repubblica cibo adeguato. In sostanza, nei Comuni, ossia partendo “dal basso”, attraverso un minimo contributo della popolazione residente avente un reddito superiore ad una certa soglia, è possibile costituire un servizio locale con il compito di erogare un servizio pubblico alimentare (attraverso buoni pasto, assegni

⁸⁵ In tal senso, E. OSTROM, *A General Framework for Analyzing Sustainability Systems*, in *Science*, 2009, p. 419 ss.

⁸⁶ Come di recente è stato detto, “non c'è nessuna sovrastoricità in un testo costituzionale, nemmeno nella *Magna Charta* del 1215 o nella *Dichiarazione dei diritti* del 1789, ma tutte le costituzioni sono sempre il risultato di un conflitto, che esse in fondo mirano a regolare sulla base di forze e concezioni risultate vittoriose” (così A. CARRINO, *Disobbedienza costituzionale? Dal primato della costituzione alla teologia dei diritti*, in *Lo Stato*, 2015, n. 4, p. 46. Più in generale, sul “conflitto” come cardine degli “ordinamenti democratici pluralistici”, cfr. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 2010, p. 404.

⁸⁷ Sul ruolo degli enti locali nella tutela al cibo si veda, da ultimo, C. DRIGO, *Il Diritto al cibo adeguato: fra strumenti normativi vaghi e difficile giustiziabilità, quale ruolo per gli enti territoriali? in federalismi*, 10 febbraio 2016, reperibile *online*.

⁸⁸ Il riferimento è al mio *Il diritto fondamentale al cibo adeguato tra illusioni e realtà*, in *Diritti Fondamentali*, 16 ottobre 2015, p.13 ss., reperibile *online*.

familiari vincolati all'acquisto di cibo, convenzioni con ristoranti e supermercati, ecc.), senza gravare sui già precari bilanci degli enti locali.

Si è anche provato già a far notare, ad esempio, che se in un Comune, 50.000 contribuenti al di sopra di una soglia di reddito minima versassero *appena 50 centesimi al giorno* per finanziare il proprio servizio pubblico di assistenza alimentare, l'amministrazione locale disporrebbe mensilmente di ben 750.000 euro da distribuire a sostegno della minoranza dei residenti che, invece, versano in condizioni reddituali che non consentono un accesso economico al cibo adeguato. In questo modo, il dato non è irrilevante, l'ente territoriale avrebbe la possibilità di destinare permanentemente a ben 5.000 residenti indigenti 150 euro al mese per la sola nutrizione.

Al di là dei dati numerici, che, peraltro, richiederebbero comunque un minuzioso e costante studio sui tassi di povertà presenti in ciascun Comune, questa possibile prospettiva "solidaristica" orientata a Costituzione (articoli 2 e 53 Cost.)⁸⁹ potrebbe rappresentare – magari combinata a innovative misure contro gli sprechi alimentari⁹⁰ – una concreta azione politica capace di attuare pubblicamente valori e principi giuridici sinora lasciati tutto sommato sospesi dalle classi dirigenti nella felice orbita del giuridicamente irrilevante⁹¹.

In definitiva, sul piano costituzionale, la "ragionevolezza" – che, come è stato efficacemente detto, rappresenta un vero e proprio "principio architettonico del sistema"⁹² – cede il passo alla "irrazionalità" positiva se il legislatore non interviene ad eguagliare la tutela giuridica di due beni che, lo si è ripetuto più volte, incarnano lo stesso diritto fondamentale all'alimentazione⁹³.

⁸⁹ È noto che la Costituzione italiana, all'art. 2, e in rapporto dialettico con i "diritti inviolabili dell'uomo", pretende "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". In questo modo la popolazione, adempiendo al dovere di contribuire (art. 53 Cost.) alla spesa per un servizio pubblico locale facilmente gestibile e controllabile (ad es. mediante la pubblicazione *online* dei bilanci tanto dell'organo che eroga il servizio, quanto dei redditi di chi usufruisce dello stesso), potrebbe consentire agli enti locali di procedere, con un pressoché irrilevante prelievo fiscale sui redditi medio-alti, a un'effettiva redistribuzione delle ricchezze a favore dei soggetti più deboli impossibilitati ad alimentarsi adeguatamente.

⁹⁰ Si pensi alla recente disciplina francese contro gli sprechi alimentari che, tra le altre cose, obbliga i supermercati a corrispondere cibo invenduto agli indigenti. Secondo la FAO, infatti, la quantità di cibo che finisce nella spazzatura supera il 35% della produzione totale, per un costo economico stimato in circa un trilione di dollari ogni anno. Nel momento in cui si scrive, anche il legislatore italiano sta discutendo una proposta di legge contro gli sprechi alimentari (presentata dai deputati PD Maria Chiara Gadda e Massimo Fiorio).

⁹¹ Non è un caso che, nella voce dedicata al *right to food* nella più prestigiosa enciclopedia di diritto internazionale, si legge che il diritto al cibo è, dei diritti umani, tra i meno applicati, come mostrano i dati sulla fame e malnutrizione globale: cfr. K. MECHLEM, *Food, Right to, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, reperibile *online*.

⁹² L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, spec. sez. II. Sul delicatissimo tema della "ragionevolezza", cfr., inoltre, almeno i lavori monografici di G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; e, più di recente, F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2012.

⁹³ Sulla possibile "arbitrarietà della legislazione", così come per la distinzione terminologica delle espressioni "irrazionalità", "irragionevolezza" e "ingiustizia" delle scelte legislative, cfr., ancora, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, p. 195 ss. In estrema sintesi, mentre l'"irrazionalità" indica la "rottura dell'interna coerenza dell'ordinamento giuridico" retto dal principio formale di non contraddizione, ed il termine "ragionevole" indica "la congruenza rispetto a valori superiori" al punto che ma-

Certo, trattandosi di beni aventi caratteristiche qualitative e quantitative diverse in natura, l'economia può diversificare il loro valore (di scambio) a seconda del modo di produzione che gli Stati consentono di adottare ai soggetti economici. Ma sotto l'aspetto del diritto costituzionale e, in particolare, della tutela dei diritti fondamentali, è indubbio che nessuna distinzione può essere fatta pena, come pure si è sostenuto, la completa subalternità del diritto all'economia, altrimenti unica ragionevole “struttura”⁹⁴ dalla quale dipende ogni altro fenomeno sociale (non solo il diritto, ma anche la politica, la religione, l'arte, la filosofia ecc.).

Lo stesso accade anche se si sceglie di provare a risolvere la questione ricercando invece una presunta “avalutatività scientifica”⁹⁵ nelle strette maglie della logica giuridica formale. Infatti, volendone fare uso per dar senso al diritto fondamentale all'alimentazione adeguata, il sillogismo aristotelico che ne consegue non può che essere il seguente: tutti gli uomini devono alimentarsi per vivere (*premessa maggiore*); cibo e acqua sono entrambi alimenti (*premessa minore*); per gli uomini cibo e acqua sono vitali (*conclusione*).

L'ordinamento costituzionale, insomma, non può evidentemente consentire indiscriminate “esclusioni” dall'accesso al cibo. L'accesso ad esso, in quanto bene fondamentale alla vita stessa, deve essere, al pari di quello all'acqua, “universale”. Poiché “nessuno ha il diritto di comportarsi come se fosse l'ultimo essere vivente sulla Terra”, così come “nessuno ha il diritto di appropriarsi e di escludere altri dall'accesso ai beni collettivi”⁹⁶, una volta (ri)considerato il cibo anche dal diritto un alimento socio-culturale indispensabile all'esistenza, la “rivalità” nella sua acquisizione nel mercato necessita di un ridimensionamento proporzionale all'assicurazione di esso a quanti non sono nella condizione di accedervi⁹⁷.

terialmente “ciò che è razionale può non essere ragionevole”; la “giustizia si distingue dalla razionalità e dalla ragionevolezza in quanto il suo criterio appartiene a una sfera di valore prepositiva, la rispondenza alla quale si considera condizione necessaria della legittimità dell'ordinamento positivo”. Tuttavia, come ha recentemente rilevato M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, reperibile *online*, p. 16, “(...) affermare che il principio di ragionevolezza non appartiene alla razionalità-logico formale di tipo deduttivo non equivale a degradarlo ad una forma di ‘pensiero debole’. Al contrario, il ragionevole esprime una ragione potenziata e più adeguata all'ambito dei comportamenti umani che essa è chiamata a conoscere attraverso il diritto. Il controllo di ragionevolezza esige una ragione concreta, ‘situata’, che conosce l'ordinamento nella sua vitale commistione con l'esperienza giuridica”.

⁹⁴ Il riferimento è, come intuibile, a Marx, che liquida il diritto a una manifestazione “sovrastrutturale” del modo di produzione, avendo esso un carattere non autonomo e storicamente determinato. Secondo le sue tesi il diritto non è un qualcosa che sta al di là delle classi in lotta e che giudica imparzialmente le azioni degli attori sociali: al contrario, esso è il riflesso di determinati rapporti sociali (che sancisce e legittima) e, insieme, uno strumento con cui la classe dominante esercita il suo dominio su quella dominata. In merito, cfr. N. BOBBIO, *Marx e la teoria del diritto*, in N. BOBBIO, *Né con Marx né contro Marx*, Roma, 1997, p. 153 ss.

⁹⁵ Scontato, qui, il riferimento al noto saggio “metodologico” di M. WEBER, *Il senso della “avalutatività” delle scienze sociologiche ed economiche*, Milano, 2015, p. 19 ss.

⁹⁶ Così P. CACCIARI, *op. cit.*, p. 81.

⁹⁷ Il fatto che sia lo stesso diritto prodotto dallo Stato (e dalle conseguenti attività delle istituzioni pubbliche) a creare spesso un elevato livello di disuguaglianza sociale, è ben messo in evidenza, di recente, da J. E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino, 2014, p. 107 ss., ma *passim*.

Se non si assicura – tramite un servizio di pubblica assistenza – *anche* il “cibo adeguato” agli indigenti, scivolare nel paradosso giuridico sembra allora una conclusione inevitabile: per il diritto dello Stato, si potrebbe legalmente e legittimamente sostenere, è possibile “adeguatamente” vivere di sola acqua, di atomi di idrogeno ed ossigeno.

Abstract

Water and Food: Some Unreasonable ‘Differences’ of Safeguard in the National and Supranational Legal Perspective

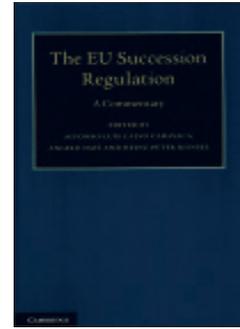
This paper aims to criticize the legal ‘paradox’ which surfaces in a context of legal protection, when the right to ‘adequate food’ is examined. In truth, while for natural science ‘food’ and ‘water’ are both ‘aliments’, when it comes to law it doesn’t seem to be the same. In fact, like the Italian model, if on the one hand access to water is guaranteed through a ‘universal’ public service, on the other hand the fundamental right of access to food is totally left to the developing forces of free market. Inevitably, as a consequence, our ‘inter-constitutional’ legal system does not seem to be able to tolerate the unreasonable disparity of legal protection of the human person.



Recensioni

Alfonso Luis Calvo Caravaca, Angelo Davì,
Heinz-Peter Mansel (eds.)

The EU Succession Regulation. A Commentary



Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. XVII-917

Il regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, rappresenta il risultato forse più imponente di quell'azione in materia di diritto internazionale privato e processuale, che, entrata a pieno titolo nella competenza della Comunità europea con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, ha prodotto importanti risultati nel campo dei conflitti di leggi e di giurisdizione, così come riguardo al valore e all'esecuzione delle decisioni straniere. Rispetto ai numerosi regolamenti emanati in materia dalla Comunità, poi dall'Unione europea, taluni relativi ai soli conflitti di leggi, altri anche alla competenza giurisdizionale e al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni straniere, il regolamento in esame ha un ambito più ampio, riguardando ben cinque profili, enunciati dal suo stesso titolo, concernenti anche gli atti pubblici stranieri e il certificato successorio europeo, oggetto di una regolamentazione uniforme di carattere materiale. L'ampiezza e la complessità del regolamento sono testimoniate dal suo contenuto, consistente in ben 84 articoli e 83 'considerando'. Particolarmente felice e meritoria, pertanto, è stata l'iniziativa di promuovere una ricerca, finanziata dalla Commissione europea e svolta, sotto il coordinamento scientifico di Angelo Davì, da un nutrito gruppo di studiosi spagnoli, tedeschi e italiani. Il risultato della ricerca è nel volume qui presentato, curato dai tre eminenti *editors* e costituito da un commentario articolo per articolo, redatto dai componenti il gruppo di ricerca, preceduto da un'ampia e approfondita introduzione di Davì.

L'emanazione del regolamento risponde a un'esigenza di unificazione normativa particolarmente avvertita nella materia successoria, caratterizzata da profonde divergenze legislative, sia sul piano del diritto sostanziale che dei conflitti di leggi e di giurisdizione. Riguardo al diritto sostanziale basti pensare a istituti come la riserva ai legittimari, i patti successori, i testamenti congiuntivi, nonché alle differenze concernenti la stessa trasmissione della eredità, la quale, negli ordinamenti di *civil law*, è acquistata in maniera diretta dall'erede (in via automatica, o a seguito di accettazione, o di provvedimento giudiziario), mentre in quelli di *common law*

il trasferimento dei beni ereditari avviene in due fasi, mediante l'interposizione di un fiduciario tra il *de cuius* e gli eredi. Tali divergenze conducono a soluzioni profondamente differenti a seconda del giudice adito e, conseguentemente, della legge applicabile; ciò può incentivare il *forum shopping*, anche per finalità elusive di una data legge, e, in ogni caso, può determinare serie difficoltà per i privati, a cominciare dallo stesso *de cuius* (così come per il notaio), nel pianificare la propria successione. Nella materia esiste, inoltre, un intreccio spesso inestricabile tra sostanza e procedura, che può rendere estremamente difficile, se non impossibile, per il giudice adito (o per il notaio) l'applicazione di istituti stranieri del tutto sconosciuti, o che richiedono provvedimenti che non possono essere adottati da tale giudice perché non esistenti nel suo ordinamento.

Anche riguardo alla legge applicabile sensibili sono le divergenze. Esiste, infatti, una fondamentale distinzione tra legislazioni "unitarie", le quali sottopongono a un'unica legge tutti i beni ricadenti nella successione, e "scissioniste", che, invece, dichiarano applicabile ai beni mobili la legge personale del *de cuius* e a quelli immobili la *lex rei sitae*. Analogamente si rinvencono notevoli differenze nella disciplina della giurisdizione, dove è possibile, per esempio, che sia stabilita una competenza esclusiva dello Stato sugli immobili ereditari che si trovino nel suo territorio, competenza che impedisce il riconoscimento di decisioni straniere, o che siano previsti criteri di giurisdizione poco comuni, come la cittadinanza del *de cuius*. Le divergenze relative ai conflitti di leggi e a quelli di giurisdizione e al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere, con una interconnessione, come rileva Davì, spesso inscindibile fra tali profili, possono seriamente ostacolare la libera circolazione delle persone, le quali – dichiara il 7° 'considerando' del regolamento – "attualmente incontrano difficoltà nell'esercizio dei propri diritti nell'ambito di una successione con implicazioni transfrontaliere. Nello spazio europeo di giustizia, i cittadini devono poter organizzare in anticipo la propria successione. I diritti di eredi e legatari, di altre persone vicine al defunto nonché dei creditori dell'eredità devono essere garantiti in maniera efficace". E a questo fine il regolamento provvede a unificare la disciplina dei diversi profili della successione ereditaria dianzi ricordati.

I caratteri e le linee direttrici del regolamento 650/2012 emergono in maniera nitida dall'introduzione di Davì (oltre che, per i singoli profili disciplinati, dai relativi commenti, sempre puntuali e approfonditi). Limitandoci ad alcuni aspetti che ci sembrano particolarmente significativi, notiamo che, riguardo ai conflitti di leggi, il regolamento – sulla scia dei precedenti regolamenti europei di diritto internazionale privato – ha carattere "universale", poiché rende applicabile anche la legge di Paesi terzi (art. 20). Esso, inoltre, adotta un approccio unitario, sottoponendo a un'unica legge l'intera successione (articoli 21-23) e, in particolare, tutti i beni ereditari, sia mobili che immobili e dovunque essi si trovino. Il carattere onnicomprensivo della legge applicabile, peraltro, può venire meno nel caso di successione testamentaria, poiché, ai sensi dell'art. 24, la disposizione *mortis causa* (diversa dai patti successori) è disciplinata, quanto all'ammissibilità e alla sostanza, dalla legge applicabile alla successione della persona che ha fatto la disposizione "se fosse deceduta il giorno in cui è stata fatta la disposizione" (in senso analogo si veda l'art. 25 per i patti successori). Poiché la legge applicabile può variare dal momento della dispo-

sizione testamentaria a quello della morte, si crea, di conseguenza, una frattura tra la legge regolatrice di tale disposizione e quella applicabile agli altri profili della successione.

L'obiettivo di garantire certezza e prevedibilità circa la legge applicabile e, quindi, di consentire di pianificare in anticipo la propria successione è perseguito sottoponendo, di regola, la successione alla legge dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte (art. 21, par. 1). Il criterio della residenza si giustifica sotto numerosi profili. Esso, anzitutto, esprime un collegamento stretto tra la successione e lo Stato della legge applicabile. Inoltre risulta più idoneo della cittadinanza a favorire l'integrazione di uno straniero nel Paese di accoglienza, in specie di cittadini extraeuropei, anche se il regolamento consente di mantenere i legami con il proprio Stato di origine mediante la scelta della legge nazionale quale legge regolatrice della propria successione (art. 22). Forse il vantaggio maggiore del criterio della residenza del *de cuius* consiste nella coincidenza che esso determina tra lo Stato della legge applicabile e quella del giudice competente, il quale, di regola, è quello dello Stato membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte (art. 4). La coincidenza tra *forum* e *ius* non solo assicura la piena e agevole conoscenza (e conseguente applicazione) da parte del giudice della propria legge, ma elimina in radice i problemi derivanti dal richiamo di istituti o procedimenti stranieri sconosciuti alla *lex fori* o inapplicabili dal giudice adito.

La designazione della legge di residenza determina un forte impatto sulla disciplina internazionalprivatistica degli Stati membri dell'Unione. La maggior parte di questi, infatti, compresa l'Italia (art. 23 della l. 31 maggio 1995, n. 218), sottopone la successione per causa di morte alla legge di cittadinanza del *de cuius* (legge recuperabile, ai sensi del regolamento, solo mediante una *professio iuris*); e anche alcuni Stati membri, che adottano il criterio di collegamento della residenza (o del domicilio), sottraggono alla legge così individuata la successione immobiliare, demandata alla *lex rei sitae*.

Riguardo alla coincidenza tra *forum* e *ius* va notato che essa, peraltro, può rompersi per varie ragioni. Anzitutto l'applicazione della legge di residenza del *de cuius* è esclusa dallo stesso art. 21, par. 2, del regolamento se, in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello della residenza, nel qual caso la successione è sottoposta alla legge di tale Stato. Inoltre – come si è accennato – lo stesso disponente può sottoporre l'intera successione alla legge del proprio Stato di cittadinanza; e ulteriori divergenze tra lo Stato la cui legge è applicabile e quello del giudice competente possono verificarsi per le disposizioni *mortis causa* (sottoposte, in principio, alla legge di residenza del disponente al momento della disposizione), nonché per il funzionamento del rinvio, ammesso, entro certi limiti, dall'art. 34 del regolamento. Peraltro, in caso di *professio iuris*, vari meccanismi, previsti dagli articoli 5-7 del regolamento, sono utilizzabili per attribuire la competenza ai giudici dello stesso Stato la cui legge sia stata scelta dall'interessato.

Tra i numerosi profili innovativi del regolamento va segnalata anche la nozione estremamente ampia di "organo giurisdizionale", comprensiva non solo di qualsiasi autorità giudiziaria, ma, a certe condizioni, di "tutte le altre autorità e i professionisti

legali competenti in materia di successioni che esercitano funzioni giudiziarie o agiscono su delega di un'autorità giudiziaria o sotto il controllo di un'autorità giudiziaria" (art. 3, par. 2). Sono gli stessi Stati membri che notificano alla Commissione tali autorità e professionisti legali, tra i quali possono rientrare, in primo luogo, i notai. Quest'ampia nozione comporta la sottoposizione di tutte tali autorità e professionisti legali alle regole sulla competenza contenute nel capo II del regolamento. Sono così prevenuti i conflitti "positivi" di competenza che, altrimenti, potrebbero sorgere tra giudici e "organi giurisdizionali" di diversa natura o tra questi ultimi nei loro reciproci rapporti; per altro verso, sono assicurati il riconoscimento e l'esecutività di ogni decisione adottata da tali organi di uno Stato membro negli altri Stati membri, "indipendentemente dal fatto che dette decisioni siano emesse in procedimenti contenziosi o non contenziosi" (59° 'considerando') e "a prescindere dalla denominazione usata" (art. 3, par. 1, lett. g).

Il regolamento, infine, introduce l'importante novità del certificato successorio europeo, oggetto – come si è accennato – di una regolamentazione di diritto materiale. Esso, che produce i suoi effetti in tutti gli Stati membri in maniera automatica, senza bisogno di alcun procedimento (art. 69), è destinato, come dichiara l'art. 63, "a essere utilizzato dagli eredi, dai legatari che vantano diritti diretti sulla successione e dagli esecutori testamentari o amministratori dell'eredità che, in un altro Stato membro, hanno necessità di far valere la loro qualità o di esercitare, rispettivamente, i loro diritti di eredi o legatari e/o i loro poteri come esecutori testamentari o amministratori dell'eredità".

L'ampiezza, la ricchezza di novità e, di conseguenza, le problematiche della disciplina successoria contenuta nel regolamento 650/2012 richiedono un forte impegno interpretativo e di riflessione da parte di studiosi e operatori giuridici. Il volume presentato risponde pienamente al bisogno di conoscenza e di indagine sul regolamento. Esso, infatti, offre, nel contempo, un approfondimento teorico della complessa materia delle successioni transfrontaliere e, per altro verso, soluzioni ai problemi ermeneutici e applicativi della nuova disciplina europea. Il volume, pertanto, è destinato a costituire un punto di riferimento imprescindibile per qualsiasi indagine scientifica sul regolamento e, più in generale, sul diritto internazionale privato e processuale delle successioni; così come un prezioso strumento a disposizione di quanti – giudici, notai, avvocati – siano chiamati ad applicare il regolamento in via giudiziaria o a fornire la loro professionalità ai soggetti coinvolti in vicende successorie transfrontaliere, a cominciare da chi desidera pianificare per tempo la propria successione e abbia necessità di trovare soluzioni certe e corrispondenti alla propria volontà.

Ugo Villani

R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza,
F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di)

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.



Milano, Giuffrè, 2017, pp. XXIX-1216

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, divenuta giuridicamente vincolante a seguito delle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona per effetto del “rinvio ricettizio” dell’art. 6 TUE, è da tempo al centro del dibattito dottrinario non solo per le complesse questioni inerenti al valore da attribuire ai principi e ai diritti in essa sanciti, ma anche rispetto alla loro applicazione interna. In questa direzione, una valida guida è rappresentata dal commentario alla Carta dei diritti fondamentali a cura di Roberto Mastroianni, Oreste Pollicino, Silvia Allegrezza, Fabio Pappalardo ed Orsola Razzolini, edito dalla Giuffrè.

Questa nuova opera, completa, analitica ed attualissima, è il risultato della collaborazione di oltre ottanta studiosi del mondo accademico e istituzionale: la scelta di coinvolgere giuristi con specializzazioni diverse ha l’indubbio pregio di arricchire il valore del testo che si recensisce, considerate le diverse branche giuridiche in cui i diritti riconosciuti dalla Carta producono effetti. Questa scelta, che permea l’intera opera, si evidenzia in modo particolare in relazione ad alcuni commenti. A titolo esemplificativo, per l’art. 47 (“Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”) l’analisi è affidata a cinque autori, in modo da esaminare i diversi aspetti inerenti alla tutela giurisdizionale effettiva: nel diritto dell’Unione europea, nel “diritto processuale civile” e, infine, rispetto al diritto a un “giudice imparziale precostituito” e alla “tutela effettiva dei diritti in materia di diritto penale”. Come ulteriore esempio, si rileva che il commento – a quattro mani – all’art. 45, relativo alla “Libertà di circolazione e di soggiorno”, non riguarda solo l’applicazione di tali diritti nella prospettiva dell’UE, ma allarga l’analisi al diritto di circolazione e di soggiorno in Italia a beneficio di cittadini dell’Unione e dei Paesi terzi.

L’omogeneità dell’opera è garantita dalla scelta di un’identica struttura per il commento di ciascun articolo; infatti, il testo della norma è corredato dalla relativa “spiegazione”, elaborata dal *Presidium della Convenzione europea* nella versione aggiornata al 2007, cui seguono una bibliografia essenziale e l’analisi degli autori. Quest’ultima, in alcuni casi condotta a più mani, tiene conto delle fonti di ispirazione della norma in esame, del dibattito dottrinario, della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia e, laddove opportuno, di quella della Corte europea dei diritti dell’uomo, nonché di quella nazionale.

L'opera si apre con il commento al Preambolo della Carta che – come evidenzia l'A. – fu concepito, al momento dell'elaborazione del Trattato costituzionale, come “un possibile preambolo dei trattati rifondati, con dei riferimenti che vanno oltre il contenuto della Carta. (...). Pertanto, tale testo va letto congiuntamente con gli altri Preamboli vigenti e soprattutto, con quello del Tr. UE (...)”. Dall'analisi del Preambolo si deduce la necessità di esaminare la Carta – e le sue singole disposizioni – alla luce del contesto in cui essa si inserisce, che inevitabilmente si ripercuote sulla sua portata. Tale aspetto emerge in tutta evidenza dall'esame delle c.d. “clausole orizzontali” e, in particolare, dell'art. 51 relativo all'ambito di applicazione della Carta, norma che sotto questo profilo riproduce quanto disposto anche dall'art. 6, par. 2, TUE. Nel relativo commento l'A. sottolinea che il titolo della disposizione non corrisponde esattamente al suo contenuto, che è invece più ampio; infatti, mentre nel par. 1 si afferma che la “Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione”, il par. 2 “richiama le conseguenze del principio di attribuzione e accenna alle differenze tra diritti e principi”. Si mette in luce come già originariamente la formulazione dell'art. 51 derivasse da esitazioni di carattere politico e in particolare dal “timore di un'estensione strisciante delle competenze dell'Unione”. Tale preoccupazione era particolarmente viva a causa dell'attivismo della giurisprudenza, soprattutto nella previsione che la Carta potesse in futuro acquisire valore vincolante, come effettivamente è avvenuto. Il par. 1 dell'art. 51 sancisce che la Carta va applicata da istituzioni, organi e organismi “nel rispetto del principio di sussidiarietà” e le sue disposizioni si applicano agli Stati membri “esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”. Quest'ultima precisazione ha suscitato un ampio dibattito, oggetto di specifica analisi, in quanto – come affermato in commento – “l'espressione ‘attuazione’ è stata per lungo tempo il pomo della discordia sia nell'interpretazione dottrinale che nella prassi applicativa”.

Di grande interesse è anche l'analisi delle altre clausole orizzontali, utile alla migliore comprensione delle “regole generali” per l'interpretazione e la concreta applicazione delle disposizioni della Carta. L'art. 52, in particolare, si compone di sette paragrafi di cui i primi tre risalgono alla versione originaria del 2000, mentre i successivi quattro sono stati aggiunti nella versione proclamata nel 2007 (anche se riproducono quanto previsto nel Trattato costituzionale). L'A. della prima parte del commento osserva che si tratta di “una serie di disposizioni generali e vincolanti che si applicano a tutte le situazioni ricadenti nel cono d'ombra del diritto dell'Unione (...) e che sono finalizzate ad un corretto ed efficace funzionamento del sistema dei diritti fondamentali nell'Unione”. Tra i molteplici aspetti presi in esame c'è anche quello del ruolo delle “spiegazioni” relative alla Carta. I complessi problemi interpretativi sottesi all'applicazione della Carta emergono altresì nel commento all'art. 53 sul “livello di protezione”. La questione dello standard di protezione da garantire è, infatti, di particolare attualità ed incide significativamente sul sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali che permea l'ordinamento dell'Unione e quello dei suoi Stati membri, i quali sono altresì tutti parti della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Il complesso tema dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU che, come noto, ha suscitato un vivace dibattito dottrinario, non poteva mancare in un'opera dedicata sostanzialmente ai diritti fondamentali nell'Unione europea. Ad esso è

dedicato il commento al Protocollo n. 8, redatto da tre autori e organizzato in due parti, rispettivamente intitolate “Limiti e condizioni poste dagli Stati membri per l’adesione alla CEDU” e “È possibile l’adesione alla CEDU alla luce del parere 2/13”.

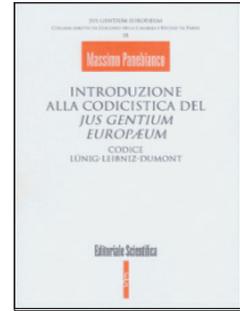
L’ultimo commento riguarda, infine, il Protocollo n. 30 sull’applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito. L’A. indaga sulla natura e sugli effetti di questo Protocollo, valutando, in particolare, se possa considerarsi alla stregua di una clausola di *opting out*. In proposito l’analisi include, necessariamente, una riflessione sugli effetti della Brexit.

Nella parte finale dell’opera è riprodotto il testo delle dichiarazioni relative alla Carta, allegate all’Atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona (dichiarazioni 1, 2, 53, 61 e 62). Chiudono il commentario l’indice analitico e l’indice sommario, entrambi utilissimi ai fini di un’agile consultazione di questo prezioso e attuale strumento diretto a una approfondita conoscenza dei contenuti della Carta dei diritti fondamentali e dei problemi interpretativi collegati alla sua applicazione.

Valeria Di Comite

Massimo Panebianco

Introduzione alla codicistica del *Jus Gentium Europaeum*. Codice Lünig-Leibniz- Dumont



Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pag. XII-276

L'opera qui recensita è curata da un noto specialista della storia del Diritto Internazionale (v., *inter alia*, M. Panebianco, *Ugo Grozio e la tradizione storica del diritto internazionale*, Napoli, 1974 o il Suo saggio pubblicato nel 1987 nel fascicolo speciale di *Archiv des Völkerrecht* dedicato al ruolo dell'Italia nella politica internazionale). Essa si iscrive nelle (sempre attuali) tendenze all'approfondimento della ricerca storica, in senso geo-politico, sul Diritto internazionale quale strumento per la compiuta definizione dei caratteri dei grandi spazi internazionali. Si fonda su di un approccio ricostruttivo che guarda all'ordinamento giuridico internazionale contemporaneo come al prodotto di un complesso di trasformazioni verificatesi all'interno di comunità più ampie nel quadro di un *continuum* evolutivo o, come si sottolinea nel volume, "in trasformazione permanente".

Il lavoro si offre all'attenzione – del giurista e – dell'internazionalista muovendo dalla considerazione delle significative influenze esercitate dallo *ius gentium*, sviluppatosi nel mondo mediterraneo antico, sulla formazione del Diritto internazionale medioevale e moderno, senza trascurare la netta distinzione tra il concetto giusnaturalistico di *ius gentium* e quello positivistico di diritto euro-internazionale: il tutto alla luce di una metodologia di lettura critica che, nel valorizzare tanto il fattore temporale che quello spaziale, realizza un'indagine diacronica e sincronica.

Il piano dell'opera rinviene un'articolata strutturazione, con la suddivisione del volume in tre parti: la prima dedicata alla codificazione del diritto internazionale moderno (con un *focus* particolare sul ruolo dell'Italia); la seconda relativa ai grandi spazi internazionali (italiano, europeo ed internazionale); la terza incentrata sulla tradizione storica della comunità internazionale a partire dall'età antica e fino al Medioevo. Il testo risulta articolato in sette sezioni e corredato da un'importante e preziosa appendice (relativa ai titoli dell'elenco dei diplomi del Sacro Romano Impero ed a quelli riportati nella parte speciale del Codice Lünig nonché agli indici-elenchi dei diplomi).

La disamina del periodo più alto della codificazione europea del diritto internazionale della prima metà del '700 si incentra su di un codice "triplo", prodotto della felice sintesi di importanti classici della codificazione dello *ius gentium* europeo: il c.d. Codice Lünig-Leibniz-Dumont. In particolare il Codice Lünig, come strumento di raccolta della prassi diplomatica pre-unitaria, viene analizzato, nella terza sezione, con riferimento alla nascita ed evoluzione dei codici diplomatici che lo anticipano e lo seguono mentre, nella sezione quinta, l'indagine si sofferma sul Codice Leibniz quale "primo codice europeo di diritto internazionale". Nella sezione sesta l'A. approfondisce le fasi del passaggio dal *Codex* al *corpus* di Diritto internazionale con un'accurata disamina del *Corps universel diplomatique du droit des gens* del Dumont; in essa emerge la nitida consapevolezza del fatto che la transizione dai codici di settore al *corpus* universalistico vada considerata come una "sorta di passaggio obbligato di proiezione esterna del *droit des gens* europeo".

In conclusione, il volume recensito costituisce un'opera dotta e accurata, segnalando quale prezioso risultato di una ricerca certosina tra fonti – in molti casi scarsamente conosciute –, che ha consentito anche la valorizzazione di pubblicazioni di autori fino ad oggi scarsamente approfonditi come il Moser, fondatore del Diritto pubblico tedesco. Un'opera che, in momenti come quello attuale, contrassegnato da spiccate lacerazioni culturali, geo-politiche e geo-economiche tra Stati e altri soggetti ed attori della comunità internazionale, rinviene nella *Respublica Christianorum* gli elementi di una "società aperta all'accoglienza e alla partecipazione di vecchi e nuovi Stati, *ab intra* e *ab extra* rispetto all'unico Impero".

Angela Di Stasi

Lina Panella (a cura di)

Le sfide dell'Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina

Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 7-362



Il volume che qui si recensisce, curato dalla prof.ssa Lina Panella dell'Università degli Studi di Messina, celebra una delle tappe "politiche" più significative per la costruzione dell'Unione europea: la Conferenza di Messina del 1955. Come è noto, a seguito dell'avvio della Comunità Economica del Carbone e dell'Acciaio (CECA) – il cui Trattato istitutivo fu firmato a Parigi il 18 aprile 1951 ed entrò in vigore il 23 luglio 1952 – sulla base dell'iniziale proposta presentata dal Presidente del Consiglio francese, Pleven, il 27 maggio 1952 venne firmato a Parigi il Trattato istitutivo della Comunità Europea di Difesa (CED). Gli stessi sei Paesi membri della CECA (Belgio, Francia, Repubblica Federale di Germania, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi) decisero, infatti, di istituire un'armata europea di quaranta divisioni con uniforme comune ed un esecutivo, il Commissariato di nove membri, modellato sull'Alta autorità della CECA, benché con minori poteri ed una struttura istituzionale identica a quella CECA, pur con un equilibrio dei poteri tra le istituzioni più spostato a favore del Consiglio rispetto alla Comunità Economica del Carbone e dell'Acciaio. È ugualmente noto che all'istituzione della CED – originata dalla necessità di affrontare la questione del riarmo post-bellico della Germania – fu legato il progetto politico di creare una struttura di tipo federale con la prevista formazione di un'Assemblea parlamentare bicamerale che trovò, però, forte opposizioni proprio nell'opinione pubblica e nell'Assemblea nazionale francese. Quest'ultima, infatti, il 30 agosto 1954, espresse il rifiuto a ratificare il Trattato istitutivo della CED, determinando una delle "battute d'arresto" più significative del processo di integrazione europea, da poco intrapreso.

In questo clima, segnato dal fallimento della CED, prese avvio una riunione interministeriale tra i Ministri degli Esteri dei sei Stati membri della CECA, nota come Conferenza di Messina, tenutasi tra l'1 e il 3 giugno 1955. Sotto la presidenza del lussemburghese Josef Bech, ad essa partecipano il belga Paul-Henry Spaak, il tedesco Walter Hallstein, il francese Antoine Pinay, l'italiano Gaetano Martino e l'olandese Jan Willem Beyen. A 60 anni dal suo svolgimento, la decisione di celebrare la Conferenza di Messina, attraverso la pubblicazione di un'opera collettanea di scritti scientifici, testimonia la valenza sia "concreta" che "simbolica" che è da assegnare ad essa nella storia del processo di integrazione europea.

Il fallimento della CED avrebbe potuto segnare l'esaurimento della spinta integrazionista, laddove la Conferenza di Messina ha invece rappresentato un'imme-

diata risposta di rilancio e di rinvigorismento attraverso il consolidamento della tesi funzionalista, propugnante l'integrazione europea per il tramite della progressiva estensione della collaborazione tra gli Stati nel campo economico.

In termini "concreti", a chiusura della Conferenza, i Ministri degli Esteri dei sei Stati membri della CECA concordarono un testo, noto come "dichiarazione di Messina" (ovvero "risoluzione di Messina"), attraverso il quale venivano enunciati i punti salienti del rilancio del processo di integrazione nei vari settori economici, tra i quali l'energia atomica e i trasporti, con l'instaurazione di un mercato comune sorretto dall'attività di istituzioni comuni. In altri termini, a Messina presero corpo i principi e gli intenti volti alla creazione della Comunità europea dell'energia atomica (o Euratom) e di quello che diverrà, nel volgere di due anni con la firma dei Trattati di Roma del 1957, il Mercato comune europeo (MEC, poi CEE/CE e quindi Unione europea).

In termini "simbolici", pertanto, la Conferenza di Messina – pur non esente da parziali critiche per i risultati da essa ottenuta, che si sono associate a visioni maggiormente entusiastiche – rappresenta uno dei momenti di svolta nel processo di integrazione europea ai quali rivolgere lo sguardo per ritrovare lo spirito dei "Padri fondatori" e per alimentare la comune volontà al superamento dei momenti di "crisi" che inevitabilmente connotano la storia pluridecennale del processo integrazionista.

In quest'ottica, la celebrazione dei 60 anni della Conferenza di Messina, piuttosto che essere incentrata su di una valutazione politica o giuridica della Conferenza stessa e dei suoi risultati, rappresenta l'*occasione* per analizzare i più significativi campi di "sfida" che attualmente l'Unione europea si trova ad affrontare. Siffatta analisi trova sviluppo nell'opera collettanea che, aperta dalla Prefazione della Prof. Panella, è suddivisa in due parti in cui sono raccolti complessivamente 18 contributi, che rappresentano fonte composita e preziosa di stimoli atti ad alimentare le riflessioni circa gli sviluppi attuali e futuri del processo di integrazione europea.

La prima parte, dedicata all'analisi dei profili politico-istituzionali, accoglie gli scritti di Juan Manuel Faramiñan Gilbert, Carlo Curti Gialdino, Massimo Asero, Francesco Cherubini, Emmanuel Decaux, Gabriele Lombardo, Angela Del Vecchio, Gabriele Asta, Francesca Martines. Essi consegnano delle articolate riflessioni di inquadramento sul delicato rapporto tra la prospettiva federale di sviluppo del processo di integrazione europea e la prevalente logica intergovernativa, mettendo in luce la natura *sui generis* dell'Unione europea nel panorama delle organizzazioni internazionali e soffermandosi, in particolare, sui rapporti con l'ONU. È, poi, dedicato spazio a profili specifici, inerenti agli sviluppi di alcune politiche dell'Unione europea, quale la politica marittima integrata, nonché alle influenze esercitate dall'ordinamento giuridico dell'UE nell'ordinamento italiano, specie con riferimento al diritto amministrativo.

La seconda parte sviluppa alcuni temi inerenti all'Europa dei diritti, attraverso gli scritti di Claudio Zanghì, Ennio Triggiani, Dino Rinoldi e Nicoletta Parisi, Valentina Petralia, Francesca Perrini, Angela Di Stasi, Anna Pitrone, Michele Messina, Pier Virgilio Dastoli. Essa è aperta da preziose analisi riguardanti l'evoluzione dei diritti umani e lo sviluppo della cittadinanza europea e seguita da un'ampia disamina di molteplici aspetti riguardanti la politica dell'asilo e dell'immigrazione, sia legale che illegale, dell'UE a testimonianza del fatto che essa rappresenta,

nell'attuale momento storico, uno dei principali nodi cruciali legati al futuro dell'Unione europea stessa. Infine, sono affrontati i temi delle misure di contrasto al terrorismo e dei beni collettivi europei.

Ogni singolo scritto contribuisce al pregio dell'opera che, nel suo complesso, riesce a mettere in luce i principali aspetti della progressiva integrazione e transizione da una Comunità di tipo economico ad una Unione politica. Tracciando una stretta congiunzione tra passato e presente, il volume fornisce al lettore una nitida riflessione sull'unicità del processo di integrazione europea e sulle sfide più attuali che esso si trova ad affrontare, in un'epoca in cui alla parola "crisi" fa da eco la messa in discussione della tenuta stessa dell'Unione europea. Si tratta di una "crisi" sulla quale, come è noto, incidono una molteplicità di fattori tra i quali, più di tutti, spiccano l'instabilità economico-finanziaria, nonché i problemi legati alla difficile gestione degli ingenti flussi migratori provenienti dai Paesi a sud del Mediterraneo. Ad essi si è aggiunto l'esito del *referendum* britannico che, con la vittoria del "no", ha deciso per il recesso, ai sensi dell'art. 50 del TUE, del Regno Unito dall'UE, traghettando quest'ultima verso un futuro quanto mai incerto e imprevedibile. Si tratta di una crisi "esistenziale" come l'ha definita il Presidente della Commissione europea, Jean-Paul Juncker, nell'ultimo discorso sullo stato dell'Unione europea, nel quale si è posto l'accento sulla necessità di una "visione a lungo termine" da affidare, tra l'altro, ad un Libro bianco che sarà presentato nel marzo 2017 al fine di individuare gli elementi per rafforzare e riformare l'Unione economica e monetaria, tenendo conto delle principali sfide politiche e democratiche che l'Unione europea deve affrontare.

In conclusione, in un'epoca segnata da forti correnti "euro-scettiche" e dalla diffusa disillusione verso il "sogno" europeo, l'opera recensita offre al lettore un quadro esauriente delle molteplici sfide che l'UE si trova a fronteggiare, attraverso un'analisi che ha il pregio di mettere in evidenza gli sviluppi e i "successi" del processo di integrazione e, al tempo stesso, di porre una base di riflessione, ricca e articolata, in ordine alle criticità che lo connotano. Partendo proprio da stimoli di tal tipo, gli "attori" dell'Unione europea – in procinto della celebrazione dei 60 anni dalla firma del Trattato di Roma – dovrebbero prendere le mosse per ritrovare nuovi impulsi, nuova linfa e un rinnovato slancio nel perseguimento e nella realizzazione di un "progetto comune".

Rossana Palladino

Giuseppe Dalla Torre

L'“extraterritorialità” nel Trattato del Laterano

Torino, Giappichelli, 2016, pp. 129



Il volume approfondisce lo *status* giuridico degli immobili pontifici situati in territorio italiano di cui all'art. 15 del Trattato del Laterano. L'A., canonista e attento osservatore dei rapporti tra Stato e Santa Sede, nella duplice veste di studioso degli stessi e di presidente del Tribunale vaticano, ricostruisce il tema in chiave storica e in prospettiva internazionalistica. La monografia, oltre alla presentazione e alle conclusioni, è suddivisa in cinque capitoli: i primi due rivestono per lo più carattere storico, recando anche l'analisi dei lavori preparatori del Trattato del Laterano; il terzo è dedicato alla nozione di extraterritorialità degli immobili pontifici, intesa in termini di immunità delle sedi diplomatiche o immunità reale; il quarto definisce i contenuti della condizione degli immobili pontifici, differenziandoli da altre garanzie che il Trattato del Laterano assicura alla Santa Sede; il capitolo finale concerne altri profili relativi alla condizione giuridica degli immobili in oggetto.

L'A. avverte, *in limine*, che il privilegio della c.d. “extraterritorialità” degli immobili pontifici collocati in territorio italiano, di cui all'art. 15 del Trattato lateranense (1929), è stato a lungo oggetto di “amnesia giuridica” (p. IX). Originale espediente lessicale, il termine “extraterritorialità” è stato utilizzato nei Patti lateranensi per definire le garanzie, già concesse sin dalla *debellatio* dello Stato pontificio, a enti situati fuori del ridottissimo spazio fisico non occupato militarmente il 20 settembre 1870. Il frequente riferimento, anche nel titolo, al concetto di “extraterritorialità” potrebbe indurre a pensare che detta condizione sia costruita intorno alla *fictio iuris* o “metafora” riferita a Grozio (p. 45) – ma non più giustificabile nell'odierno diritto internazionale – secondo cui gli spazi sui cui insistono gli edifici destinati all'esercizio di funzioni diplomatiche di soggetti esteri sarebbero sottratti alla sfera di efficacia delle leggi dello Stato territoriale. Il lettore è sì edotto del fatto che l'extraterritorialità degli immobili pontifici destinati dalla Santa Sede al governo della Chiesa universale sia, per un verso, richiamata nel Trattato del Laterano (v. la rubrica dell'allegato II, le piante allegare e l'art. 7, co. 3, del medesimo) e, per altro verso, argomentabile in una chiave di continuità storica con la Legge sulle guarentigie: così ebbe a precisare il Ministro degli esteri italiano alla Corte asburgica poco dopo la presa di Roma (p. 17 s.). Ciò nonostante, la tesi principale contenuta nella monografia si pone, e comprensibilmente, in una prospettiva diversa, direi internazionalistica. Invero, le garanzie *ex art. 15* del Trattato lateranense sono ricondotte al moderno principio dell'inviolabilità delle sedi diplomatiche degli Stati esteri. L'improprietà del termine extraterritorialità, riferito a beni immobili posti in territorio italiano, risulta dunque superata poiché la disposizione non contemplerebbe che

l'obbligo (di natura consuetudinario-internazionale) di assicurare loro l'immunità dalla giurisdizione della Repubblica.

I primi due capitoli del volume ricostruiscono le origini dello *status* degli immobili pontifici, collegandole alla soggettività internazionale della Santa Sede e alla nascita dello Stato della Città del Vaticano (art. 3 del Trattato). Il volume insiste sulla stretta correlazione esistente tra la particolare ristrettezza del territorio vaticano e la conseguente necessità che taluni edifici posti nelle sue vicinanze fruissero di protezione poiché funzionali al governo universale della Chiesa (quel tanto di spazio, per permettere la sovranità della Santa Sede e l'indipendenza della sua missione universale, invocato da Papa Pio XI nel corso dei negoziati, pp. 26, 31 s. e 114). Si apprende, dunque, come lo Stato italiano – anche in virtù di una prassi instauratasi sin dal 1870 e proseguita dopo l'approvazione della legge sulle guarentigie (peraltro sempre contestata dalle autorità ecclesiastiche dell'epoca) – abbia progressivamente riconosciuto, al fine di assicurare l'indipendenza della Chiesa, una serie di garanzie agli immobili in cui sono collocati i dicasteri della Curia e altri uffici strumentali all'attività della Santa Sede. Questa parte iniziale del volume spiega *inter alia* il motivo per cui la soluzione della c.d. "Questione romana" sia dipesa dall'elaborazione di una nuova categoria concettuale, assai peculiare per un'epoca storica in cui la soggettività internazionale era strettamente connessa alla statualità quale unica forma espressiva della sovranità su un territorio. Si allude all'idea per cui la Santa Sede debba considerarsi soggetto internazionale benché abbia solo un indiretto fondamento territoriale, essendo collegata a uno Stato (lo Stato della Città del Vaticano) che possiede i caratteri di indipendenza e sovranità su una porzione, ancorché minuscola, di territorio.

È proprio in tale peculiare condizione che si radicano le garanzie poi definite in una chiave convenzionale bilaterale (tra Italia e Santa Sede), e ricondotte, nei capitoli terzo e quarto, al diritto internazionale generale. Ne emerge così una composita relazione di elementi di continuità e novità, più volte sottolineata nella monografia, tra prassi bilaterale, legge sulle guarentigie (1871), Trattato del Laterano (1929), successive modifiche, e il diritto consuetudinario. In breve, l'art. 15 del Trattato del Laterano reca, secondo la ricostruzione proposta nel volume, un rinvio mobile al diritto internazionale generale (p. 66).

I due ultimi capitoli sono centrali per comprendere la prospettiva dell'A. Le immunità degli immobili pontifici posti in territorio italiano spettano non alla Città del Vaticano (p. 96), bensì alla Santa Sede – "che ha (anche) uno Stato, ma non è uno Stato", p. 83 – quale soggetto sovrano che governa la Chiesa universale, la cui funzione pubblicistica deve essere rispettata a livello internazionale (p. 92) non tanto perché *ne impediatur legatio*, quanto e piuttosto perché "*ne impediatur il governo della Chiesa universale*" (p. 62). Con specifico riguardo alle relazioni bilaterali con l'Italia, il volume ricostruisce in dettaglio i contenuti di tale principio in base agli accordi vigenti e alla prassi applicativa, con numerosi riferimenti (spesso critici) alla giurisprudenza italiana. Correttamente si precisa che il principio dell'immunità concerne non gli immobili situati in Vaticano, ma soltanto quelli che insistono in territorio italiano, elencati nelle norme bilaterali esistenti (che includono le tre Basiliche romane e il palazzo pontificio di Castel Gandolfo). Il volume chiarisce inoltre molti profili applicativi dell'immunità in questione (p. 65 ss.). A titolo

esemplificativo, l'A. si sofferma sul significato dell'espressione "non ingerenza" di cui all'art. 11 del Trattato del Laterano (che non riguarda gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti in Italia, soggetti invece alla giurisdizione italiana, p. 75), analizza la giurisprudenza italiana in tema di immunità invocate dalla Santa Sede e dagli enti centrali della Chiesa, oltre a considerare, al fine di distinguerle dalle immunità vere e proprie, ulteriori garanzie che lo Stato italiano riconosce a norma degli accordi bilaterali vigenti (in tema di espropriazioni per pubblica utilità, di fiscalità, di normativa urbanistica e di rispetto della figura del Pontefice nelle Chiese in cui si rechi per attività di culto). È interessante anche notare che la protezione internazionale in oggetto è suscettibile di "sospensione" qualora negli stessi edifici pontifici fossero allocate attività estranee al governo della Chiesa universale o comunque di natura commerciale. Correlativamente, la lista del 1929 è estensibile tramite accordi emendativi, come in realtà è avvenuto con scambi di Note verbali là dove siano stati incrementati gli uffici e gli organismi della Curia in corrispondenza con l'ampliamento dell'impegno della Sede Apostolica nel mondo (p. 92 s.).

A prescindere dall'interesse storico, stimolato dall'accurata ricostruzione del percorso negoziale che condusse alla redazione finale dell'art. 15 del Trattato del Laterano, per l'internazionalista la lettura del volume è ricca di spunti interessanti. Certo, il fatto che la Santa Sede sia membro della comunità internazionale non è una novità, avendo la dottrina italiana meno recente risolto positivamente tale questione. Il volume mette in risalto la specificità del soggetto che sta nel suo essere ente di governo non solo dello Stato Città del Vaticano, ma della Chiesa universale. Del resto, pur non potendosi disconoscere la centralità degli Stati nel moderno sistema internazionale, l'evoluzione della nozione di soggettività internazionale dal secondo dopoguerra conferma come la personalità non dipenda più necessariamente dall'esercizio di sovranità su territori e popolazioni di una certa entità. Ne sono conferme, da un lato, l'accresciuto fenomeno delle organizzazioni internazionali e il riconoscimento, a certe condizioni, della loro soggettività, nonostante l'assenza di quei presupposti; dall'altro, la condizione dei micro-Stati, talora membri delle Nazioni Unite – ciò essendo spesso ritenuto indice di soggettività internazionale – e la cui esiguità territoriale non è considerata ostativa della soggettività.

La monografia presenta altri aspetti di rilievo. In primo luogo, sembra ragionevole prospettare che la Santa Sede (in coerenza con i dati evolutivi della soggettività) sia persona *sui generis* della comunità internazionale, la sua peculiarità essendo il legame con la Città del Vaticano. Ci si potrebbe allora chiedere se gli altri membri della stessa comunità siano tenuti a non ostacolare la missione spirituale della Santa Sede nel mondo, posto che per definizione la responsabilità di governo della Chiesa è senza confini. Benché una risposta generale dipenda da altri fattori non qui esaminabili, tale funzione non dovrebbe essere impedita almeno dai molti Stati che hanno stipulato accordi (come, ad esempio, i concordati aventi per oggetto la condizione della religione cattolica) con la Santa Sede o abbiano definito con essa diritti di legazione attivi e passivi.

Non meno interessante è, in secondo luogo, l'approfondimento che il volume offre dei peculiari rapporti tra Chiesa e Stato italiano riguardo agli immobili pontifici, e in particolare della progressiva precisazione nell'ordinamento statale – una questione "tutta italiana", ma di rilievo internazionale (come precisa l'A., pp. 3 e

15) – dell’immunità/extraterritorialità in una serie di regole cristallizzate in accordi bilaterali, conclusi anche in forma semplificata con la Santa Sede. Il volume ricostruisce dette regole in dettaglio, tenendo conto della formazione nel 1929 della Città del Vaticano. Puntuali approfondimenti ne chiariscono origini storiche e razionalità intrinseca.

Infine, innovativa appare la tesi secondo cui l’art. 15 contribuisce a determinare il fondamento giuridico dell’immunità dalla giurisdizione italiana, conformemente al diritto internazionale generale, insieme all’art. 11 del Trattato del Laterano (p. 67 ss.). Si sa che in molte vicende (IOR e Radio Vaticana) i giudici italiani hanno invece per lo più applicato, con alterni e non sempre condivisibili risultati, l’art. 11 del Trattato del Laterano che impone l’obbligo di non ingerenza rispetto agli “enti centrali della Chiesa cattolica” collocati in Italia, che è nozione tendenzialmente aperta. In questa prospettiva l’essenzione “da ogni ingerenza” (art. 11) non si riduce dunque all’obbligo di non interferire da parte dei soli poteri pubblicistici-amministrativi o di governo dello Stato italiano, ma include anche il dovere dei suoi giudici di non esercitare la giurisdizione. Ne dovrebbe seguire, in virtù dell’art. 15 del Trattato del Laterano, che l’edificio rispetto al quale l’immunità è invocata debba essere annoverato tra quelli indicati nella stessa disposizione (e successive modificazioni) e per mezzo dei quali la Santa Sede svolge funzioni di governo della Chiesa universale. La conseguente rigidità nella determinazione degli edifici che ne fruiscono può superarsi in virtù del fatto che l’elencazione degli stessi è emendabile, come mostra la prassi, tramite accordi conclusi, se del caso, in forma semplificata con lo Stato italiano.

Roberto Baratta

Libri ricevuti



Salvo Andò, Anna Lucia Valvo (a cura di), *Oltre Parigi*, Leonforte, Euno Edizioni, 2016, pp. 181.

Bruno Barel, Stefano Armellini, *Manuale breve diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2016, XI ed., pp. XX-440.

Tito Ballarino, Eleonora Ballarino, Ilaria Petrelli, *Diritto internazionale privato*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer-CEDAM, 2016, VIII ed., pp. XIX-385.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Editorial Comares, 2016, XVI ed., pp. XXXI-958.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Editorial Comares, 2016, XVI ed., pp. XXII-1488.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Angelo Davì, Heinz-Peter Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. XVI-916.

Silvia Cantoni, Elisa Ruoizzi (eds.), *International Regulation Governing the Textile Industry Ten Years after the WTO Agreement on Textiles and Clothing*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 130.

Luigi Daniele, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2016, III ed., pp. XXII-594.

Barbara De Donno, Federico Pernazza, Raffaele Torino, Gianluca Scarchillo, Domenico Benincasa (a cura di), *Persona e attività economica tra libertà e regola. Studi dedicati a Diego Corapi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 3 voll., pp. XXXVIII-2682.

Sara De Vido, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Milano-Udine, Mimesis Edizioni, 2016, pp. 289.

Angela Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer-CEDAM, 2016, pp. XLII-1147.

Angela Di Stasi, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer-CEDAM, 2016, pp. XII-191.

Dora Donofrio Del Vecchio, Giuseppe Poli (a cura di), *L'Italia, la Puglia e la Grande Guerra. Atti del Convegno Nazionale di Studi per il Centenario della Prima Guerra Mondiale. Bari, 3-4-5 giugno 2015*, Fasano, Schena Editore, 2016, pp. XXXIV-739.

ECB Legal Conference 2015. From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New opportunities for European integration, Frankfurt am Main, European Central Bank, 2015, pp. 403.

Marina Franchi, Ilaria Viarengo, *Tutela internazionale dei diritti umani. Casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. XIII-335.

Caterina Fratea, Isolde Quadranti (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. XIV-182.

Luciano Garofalo, Giuseppina Pizzolante, *Spunti per una teoria post-moderna dell'analogia. Principi generali, analogia e diritti "alieni"*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. X-162.

Giancarlo Guarino (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 540.

Adriano Maffeo, *Il délai raisonnable nel contenzioso dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 181.

Roberto Mastroianni, Oreste Pollicino, Silvia Allegrezza, Fabio Pappalardo, Orsola Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. XXIX-1216.

Luca Micheletta, Luca Riccardi (a cura di), *La politica della pace. La Società delle Nazioni tra multilateralismo e balance of power*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer-CEDAM, 2016, pp. XXI-137.

Lina Panella (a cura di), *Le sfide dell'Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 362.

Massimo Panebianco, *Introduzione alla codicistica del jus gentium europaeum. Codice Lünig-Leibniz-Dumont*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. XI-269.

Leonardo Pasquali, *Multilinguismo negli atti normativi internazionali e necessità di soluzioni interpretative differenziate*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. IX-194.

Paulo Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. XVII-395.

Cosimo Risi, Alfredo Rizzo, *L'Europa della sicurezza e della difesa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 329.

The Italian Yearbook of International Law, vol. XXV, 2015, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2016, pp. XXI-676.

Vincenzo Salvatore (ed.), *The Free Movement of Persons between Switzerland and the European Union*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 211.

Antonio Tizzano (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. XXV-315.

Vladimiro Zagrebelsky, Roberto Chenal, Laura Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 478.

Indice degli autori



Paolo MENGOZZI

Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea

Franco GALLO

Presidente emerito della Corte costituzionale

Sergio M. CARBONE

emerito di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Genova

Giandonato CAGGIANO

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma TRE

Giuseppe PALMISANO

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Camerino

Gianluca CONTALDI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Macerata

Ivan INGRAVALLO

associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Cinzia DI PAOLO

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Camerino

Annita Larissa SCIACOVELLI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Giovanni ZACCARONI

ricercatore post-dottorale nell'Università del Lussemburgo

Marco BOLOGNESE

dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Macerata

Luca MINUTI

dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, curriculum in Diritto internazionale e dell'Unione europea, dell'Università degli studi di Pisa

Antonio GUSMAI

dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



Ci sono tanti motivi per leggere una pubblicazione e tanto vale a maggior ragione quando i contributi riflettono su argomenti di stretta attualità. È il caso dell'unificazione e integrazione europea, tematiche oggetto degli approfondimenti proposti da questa rivista, pubblicata con costante impegno editoriale dall'Editore barese Cacucci.

Nata dieci anni fa per iniziativa dei due validi europeisti che tuttora la dirigono, i professori Ennio Triggiani e Ugo Villani, dell'Università Aldo Moro di Bari, alterna nelle pagine passato, presente e futuro del grande "progetto" dell'Unione dei popoli, affronta problemi, sviluppa prospettive, delinea scenari e soluzioni.

L'Europa oggi è viva. L'Unione ha assicurato stabilità e prosperità agli Stati del continente. Il grande sogno dei fondatori di valorizzare l'identità comune di tutti i cittadini europei ha garantito settanta anni di pace a un territorio prima costantemente devastato da conflitti. Ci ha condotti alla libera circolazione delle persone e delle merci, una conquista impensabile solo qualche decennio fa. Il disegno unificante è sempre attuale, anche se sostenerlo sta diventando arduo davanti alle difficoltà contingenti, legate alla crisi economica, aggravate dal rigore della politica monetaria e non alleggerite certamente dalla pesantezza della burocrazia comunitaria. Sopraffatta da una visione ragionieristica della stabilità finanziaria fin qui mantenuta dai vertici dell'Eurogruppo, l'Europa dei popoli ha smarrito lo slancio dei primi anni costituenti, dando fiato a quanti per "qualche voto in più" tradiscono gli ideali di unità e coesione che ogni europeo dovrebbe sostenere. C'è finanche chi si batte per demolire il progetto dell'Unione, pur sedendo nei banchi dell'Euro Parlamento, a Bruxelles e a Strasburgo.

Pur tra le difficoltà, l'unità d'Europa rappresenta un modello di sviluppo sostenibile, una crescita che rispetta i diritti umani e questo attrae le popolazioni tormentate dalla guerra nel Medio Oriente e migranti dalle aree più povere dell'Africa subsahariana. Un flusso incessante di profughi, in cerca di un futuro senza paura, affolla i confini degli Stati continentali e attraversa il Mediterraneo, segnando il passaggio con una scia di tragedie e di lutti.

Per l'Europa purtroppo si muore e sotto la pressione di masse di disperati governi e popoli si scoprono incerti, impotenti, insicuri.

Generano mostri tanto le drammatiche vicende della Grecia minacciata dal default, quanto l'insistenza sui presunti disastri della moneta unica, mentre l'agitare strumentalmente lo spettro del "clandestino", degli "extracomunitari-criminali", degli "immigrati mantenuti dallo Stato", alimenta atteggiamenti xenofobi finora lontani dai valori degli italiani, tanto più dei pugliesi, premiati per la virtù dell'accoglienza, che distingue da sempre la Puglia e la sua gente.

Al flusso epocale dei migranti, gli Stati periferici reagiscono irrigidendo le frontiere. Sui confini balcanici, vediamo sorgere muri ed ostacoli di filo spinato, nel tentativo di respingere popolazioni disperate che bussano all'Europa per salvare le loro vite. Non c'è modo di trattenerle, nonostante l'uso della forza, che ha il solo risultato di mettere in drammatica discussione il principio della solidarietà, ribadito nella Carta dei diritti fondamentali e nel Trattato di Lisbona.

È indispensabile, perciò, ripartire dai contenuti unificanti e riprendere a discutere costruttivamente di Europa, come questa pubblicazione ha sempre fatto.

La Puglia ha molto da insegnare sull'accoglienza e sul rispetto dei diritti delle genti, come abbiamo visto negli ultimi decenni, a cominciare dall'ondata migratoria degli anni Novanta dall'Albania. Cerchiamo adesso di contagiare positivamente il Paese e l'intera Europa.

Mario Loizzo

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia



TECA DEL MEDITERRANEO

“La conoscenza accresce le capacità” è il motto di Teca del Mediterraneo, la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell’Unione Europea.

Il patrimonio biblio-documentale, specializzato in amm.ne pubblica, diritto, economia, management, sociologia, autonomie locali, di Teca è valorizzato, altresì, da cinque bollettini elettronici con funzionalità ipertestuali online *Bits&NPM*, *Noprofit*, *Regio e Terminus*, veri e propri dossier tematici con l’intento di avvicinare l’utente ad una informazione ragionata, oggetto della sua ricerca, e completa di tutte le fonti bibliografiche. Le webzine sono registrate presso il Tribunale di Bari.

Teca del Mediterraneo è una Biblioteca web 2.0 per promuovere la partecipazione attiva degli utenti attraverso i social network. Dal 2010 ha una pagina Facebook, per essere aggiornati sugli eventi, novità editoriali, iniziative e nuovi acquisti; attraverso il canale video su Youtube è possibile visionare tutti i servizi video e le messe in onda tv degli eventi. L’ultima frontiera web 2.0, è arrivata nel 2011 con Twitter (@TecaMediterraneo), il social network che permette al mondo dei tweeter di ricevere news e aggiornamenti: dalle iniziative culturali agli orari degli sportelli, ai comunicati stampa.

Teca del Mediterraneo offre, attraverso la Sezione Multiculturale, attività di base rivolte all’accoglienza degli utenti stranieri. La sezione aggiorna periodicamente il fondo bibliografico raccolto nello Scaffale Multiculturale e lo promuove con iniziative compartecipate.

Teca organizza un appuntamento annuale di confronto con bibliotecari e ricercatori allo scopo di riflettere sui fattori culturali, artistici, intellettuali, sociali ed economici che portano le biblioteche, successivamente, ad intervenire nella società. Teca del Mediterraneo è inoltre impegnata nella realizzazione di progetti di cooperazione internazionale.

Cofinanziato dall'UE



La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)



Orari di apertura al pubblico:

lunedì - venerdì: ore 10.00 - 13.00

martedì e giovedì: ore 15.00 - 18.00

Europe Direct Puglia

via Giuseppe Suppa, 9
70121 Bari tel. (+39) 080 5717707

twitter.com/EuropeDirectPuglia

facebook.com/europedirectpuglia

info@europedirectpuglia.eu

www.europedirectpuglia.eu



**SPORTELLO
INFORMATIVO
DELL'UNIONE
EUROPEA**

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX	E-MAIL	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	abbonamento annuale 2017	abbonamento in formato PDF	abbonamento annuale 2017	abbonamento in formato PDF
	€ 80,00	€ 45,00	€ 120,00	€ 45,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2017).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080.5214220, Fax 080.5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, per fini amministrativi, contabili commerciali e promozionali. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

Simon Vouet (Parigi 1590-1649)

Il ratto d'Europa – olio su tela, cm 179 x 141,5 – Madrid, Museo Thyssen-Bornemisza

Il soggetto di questo grande dipinto di Simon Vouet, uno dei più rappresentativi artisti francesi attivi nella prima metà del Seicento, pur essendo palesemente in relazione con il ratto d'Europa, figlia di Agenore re dei Fenici, da parte di Giove trasformatosi in un bellissimo, mite toro bianco – così come dettagliatamente narrato da Ovidio nelle sue *Metamorfosi* –, ne costituisce, per così dire, il fotogramma iniziale, dato che nulla della tranquilla, quasi arcadica scena rappresentata dal caposcuola francese lascia presagire ciò che sarebbe in seguito accaduto. Subito dopo, infatti, il mite e giocoso toro prenderà improvvisamente il largo nel mare antistante, recando in groppa la fanciulla che condurrà a Creta dove, riassunte le sembianze di Giove, da lei genererà tre figli. Un vero e proprio ratto “amoroso”, dunque, che in alcune rappresentazioni mostra la fanciulla consenziente, in altre la vede sbracciarsi disperata per chiedere aiuto alle amiche rimaste sulla spiaggia, sorprese e impotenti.

Qui tutto è fermo all'inizio del racconto: nel paesaggio ameno, animato sullo sfondo dalla chioma di un grande albero fronzuto, il bel toro candido in cui si è trasformato il re degli dei, sempre alla ricerca di prede femminili, è tranquillamente accucciato, si direbbe lusingato dalle attenzioni delle tre fanciulle che gli sono intorno: al centro la bella Europa, con indosso una leggera tunica che le lascia scoperti parte delle spalle e uno dei seni, sensualmente semidista, in bilico sul dorso dell'animale, mentre con la sinistra si aggrappa ad una delle corna del toro, appoggiando il braccio destro su quello dell'amica che le è accanto. In secondo piano un'altra amica è intenta ad arricchire con un'altra corona la già infiorata ghirlanda con cui è stato adornato il capo dell'animale. Due putti alati che planano dall'alto recano altre corone di fiori, mentre di un terzo si intravede in secondo piano il nudo corpo paffuto.

La composizione, essenziale e concentrata, è basata su un chiasmo le cui diagonali contrapposte partono rispettivamente dai putti volanti in alto a sinistra sino alla zampa anteriore distesa dell'animale accucciato, e dal cirro rosato in alto a destra sino alla coda ritorta dello stesso toro. Su una composizione chiasmica è articolato anche il gruppo principale costituito dal toro e dalle tre fanciulle: prova indiscutibile di un'attenta costruzione della scena in cui, più che il racconto ovidiano nelle sue fasi più drammatiche, l'attenzione dell'artista si focalizza sulla rappresentazione dei protagonisti, che occupano gran parte del dipinto.

Il massimo della luminosità si concentra quindi sui personaggi in primo piano, vera e propria sinfonia di colori magnificamente accostati, dall'abbacchiante bianco del corpo dell'animale, all'incarnato perlaceo delle fanciulle, alle vesti dai drappi svolazzanti, orchestrate su una gamma cromatica che va dal verde bosco al rosa chiaro, dall'azzurro lapislazzulo all'indaco, dal bruno al corallo.

La datazione dell'opera può essere plausibilmente fissata intorno al 1640 sulla base dell'incisione, datata 1642, che da essa trasse Michel Dorigny (1617-1665), incisore e pittore appartenente ad una famiglia d'artisti (suo figlio è il famoso Louis Dorigny, attivo anche a Verona), nonché genero di Simon Vouet per averne sposato nel 1648 una delle figlie, Jeanne-Angélique, attivo dal 1635 circa al 1645 nella bottega del suocero. Una datazione intorno al 1640 permette di inserire con certezza il dipinto nel novero delle opere eseguite dal Vouet a Parigi, dopo il suo ritorno, avvenuto nel 1627, dall'Italia, dove aveva compiuto un viaggio di studio incrociando e confrontandosi, tra gli altri, con Artemisia Gentileschi e Massimo Stanzione. Nel periodo parigino Vouet, all'apice della sua carriera, è incaricato di numerose, prestigiose commissioni dal re, nonché da ministri e personaggi altolocati, per soddisfare le quali egli si avvale del suo frequentatissimo atelier. Purtroppo molti dei cicli decorativi, spesso di tema mitologico, realizzati da Vouet e dai suoi allievi in palazzi e castelli a Parigi e dintorni sono andati distrutti, e il frequente impiego dell'*atelier* rende ancora oggi in alcuni casi non del tutto certa la completa autografia di alcune delle sue opere.

Nessun dubbio riguarda naturalmente questo splendido dipinto, originale interpretazione del diffuso mito d'Europa – uno dei tanti che il Vouet ha trattato nella sua fortunata carriera di artista – carico di echi italiani (per esempio dal dipinto dello stesso soggetto, del Veronese, nel Palazzo Ducale di Venezia), e permeato di una potente, rinnovata classicità.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Metropolitana di Bari



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2017, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 80,00
- Abbonamento per l'estero € 120,00
- Fascicolo € 28,00
- Abbonamento in formato pdf € 45,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2017, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Caccuci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2017).

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*⁴, 2016.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO e Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, 2013.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, 2015.



ISBN 978-88-6611-576-6



9 788866 115786

€ 28,00