

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2016 | anno XI



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2016 | anno XI

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato scientifico

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

Comitato di redazione

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

Alla redazione del presente fascicolo ha collaborato la dott.ssa 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, Paolo Fois, 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

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

© 2016 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



In ricordo di Luigi Ferrari Bravo
di Giandonato Caggiano ed Ennio Triggiani 7

ARTICOLI

Eric TREMOLADA ÁLVAREZ
La Alianza del Pacífico: ¿una sobrevalorada integración? 21

Massimo PANEBIANCO
Un codice diplomatico euro-nazionale del '700 (Codice Lünig) 41

Fabio FERRARO
Conflitti tra organi giurisdizionali: evoluzione e (in)certezza del diritto europeo 57

Mario CARTA
Quali diritti per le vittime di reati intenzionali violenti secondo il diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano? 85

NOTE E COMMENTI

Giannangelo MARCHEGIANI
The *Pizzarotti* Case and the Sale of Public Property in the Light of EU Law 111

Renzo ROSSOLINI
L'assistenza sociale ai cittadini europei migranti economicamente inattivi 125

Anna IERMANO

Precisazioni della Corte di Lussemburgo su traduzione e interpretazione di ricorsi e diritto all'informazione in sede di notifiche: il caso *Covaci* 139

RECENSIONI

Biagio DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 (F. Papa) 157

Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, Cacucci, 2015 (C. Morviducci) 161

Michele VELLANO, *La cooperazione regionale nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014 (A. Di Stefano) 165

Libri ricevuti 173

Indice degli autori 175

Summary



In memory of Luigi Ferrari Bravo
by Giandonato Caggiano and Ennio Triggiani 7

ARTICLES

Eric TREMOLADA ÁLVAREZ
The Pacific Alliance: An Overrated Integration? 21

Massimo PANEBIANCO
A 18th Century Euro-national Diplomatic Codex (Lünig
Codex) 41

Fabio FERRARO
Conflicts between Judicial Bodies: Evolution and (Un)
Certainty of European Law 57

Mario CARTA
Whitch Rights for Victims of Violent Intentional Crimes
under European Union Law into Italian Legal System? 85

NOTES AND COMMENTS

Giannangelo MARCHEGIANI
The *Pizzarotti* Case and the Sale of Public Property in the
Light of EU Law 111

Renzo ROSSOLINI
Social Assistance for Migrant European Citizens
Economically Inactive 125

Anna IERMANO Clarifications from the Luxembourg Court Regarding the Translation and Interpretation of Appeals and the Right to Information through Notification: The <i>Covaci</i> Case	139
--	-----

BOOK REVIEWS

Biagio DE GIOVANNI, <i>Elogio della sovranità politica</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 (F. Papa)	157
Ennio TRIGGIANI, <i>Spunti e riflessioni sull'Europa</i> , Bari, Cacucci, 2015 (C. Morviducci)	161
Michele VELLANO, <i>La cooperazione regionale nell'Unione europea</i> , Torino, Giappichelli, 2014 (A. Di Stefano)	165
Books received	173
List of contributors	175

Giandonato Caggiano ed Ennio Triggiani

In ricordo di Luigi Ferrari Bravo



1. Luigi Ferrari Bravo è stato uno studioso, “giurista-diplomatico” e giudice internazionale di prestigio mondiale. L’interpretazione, l’attuazione e lo sviluppo del diritto internazionale e comunitario hanno rappresentato per lui l’esercizio di una vera e propria professione, declinata in un’incredibile pluralità di ruoli e di sedi¹.

Come ha di recente scritto Tullio Treves: “(...) studioso di rara raffinatezza ed ampiezza d’interessi, maestro di una schiera di validi allievi, consigliere giuridico dell’Italia apprezzato sia dai politici che dai colleghi italiani e dai suoi pari stranieri, avvocato e giudice internazionale. Ci si può chiedere quale aspetto della professione di internazionalista egli non abbia praticato. È difficile dirlo perché la sua esperienza dei più diversi aspetti della professione di internazionalista è del tutto eccezionale”².

La sua produzione scientifica è vasta e caratterizzata da un approccio rigoroso e, al contempo, realistico e attento alla prassi. In una panoramica sugli Studi di diritto internazionale in Italia, Antonio Cassese affermò: “Vorrei inoltre richiamare l’attenzione sugli importanti contributi di Ferrari Bravo, particolarmente sensibili alla realtà delle nuove manifestazioni della comunità internazionale, e sempre ispirati dall’esigenza di tener conto del generale quadro storico-politico nel quale vivono gli istituti giuridici”³.

Così Ugo Villani rievoca la: “(...) personalità di Ferrari Bravo, la sua curiosità intellettuale, la sua passione per la storia, la sua naturale propensione a immergersi nella realtà internazionale, mantenendo costantemente la capacità di scruutarla con la lente del giurista, di coglierne le tendenze, la complessità, le opportunità di cambiamento e traendone ammaestramento prezioso per la sua multiforme attività, di volta in volta, di studioso, di giudice internazionale, di alto consulente governativo, di

¹ Il volume a cura di Giuseppe NESI e Pietro GARGIULO, *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Trento, 2015 (<https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/128115/45831/COLLANA%20QUADERNI%20VOLUME%202016.pdf>) contiene preziosi riferimenti utili, nonché il suo *curriculum vitae* e l’elenco delle principali pubblicazioni ai quali è possibile qui rinviare. Le giornate di studio che si tennero a Trento, il 28-29 novembre 2014, dimostrano nell’immediatezza della ripresa in *streaming* l’atmosfera di proficuo lavoro e di affetto degli amici, colleghi ed ex allievi ivi presenti (<http://webmagazine.unitn.it/evento/giurisprudenza/2871/giornate-di-studio-in-onore-di-luigi-ferrari-bravo>).

² T. TREVES, *Luigi Ferrari Bravo: il diritto internazionale come professione*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 16.

³ A. CASSESE, *Cap III, Diritto internazionale*, in L. BONANATE (a cura di), *Guide agli studi di scienze sociali, Studi internazionali*, Torino, 1990, p. 113 ss. (reperibile online).

abile e instancabile negoziatore. Tra le poliedriche manifestazioni di tale personalità mi piace sottolineare quella di docente, di Maestro di diritto, che egli svolse negli anni '60 e '70 nell'Università di Bari. È in questa veste, infatti, che egli, in anni nei quali prevalevano ancora un eccesso di dommatismo e una tendenza all'astrattezza, seppe infondere linfa vitale negli studi internazionalistici, così stimolando la passione per la ricerca di innumerevoli giovani studiosi i quali, pur provenendo da scuole differenti, hanno subito il fascino della sua impostazione scientifica, la feconda influenza del suo metodo, le sollecitazioni del suo pensiero; studiosi che, oggi non più giovani, riconoscono un impagabile debito di gratitudine nei suoi confronti"⁴.

2. Giovanissimo, a 25 anni, scrive la prima monografia su *La prova nel processo internazionale* (Napoli, 1958) in cui apprezza la modernità del processo davanti alla Corte internazionale di giustizia, privo di regole rigide sulla valutazione o sul peso relativo da attribuire alle diverse categorie di prove. Nel rapporto fra i due principi dell'onere della prova e di *Iura novit curia* prevale il principio della libera valutazione delle prove (*freie Beweiswürdigung*). La Corte ha un ampio margine discrezionale limitato solo dal divieto di azione arbitraria. L'opera sarà tenuta in grande considerazione da molti autori stranieri che scriveranno in materia.

La seconda che ha per oggetto *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati* (Napoli, 1964) manifesta un grande interesse al tema classico del rapporto fra ordinamenti nazionali e internazionali che, al di là degli aspetti di puro interesse teorico, porterà alla codificazione del funzionamento del diritto dei trattati (art. 46 della Convenzione di Vienna del 1986). La tesi sostenuta è quella della (relativa) irrilevanza sul piano internazionale delle violazioni del diritto interno (gravità e carattere manifesto della violazione). La giurisprudenza di diritto interno sull'invalidità dei trattati è applicabile alla sfera interna e non riferibile alla situazione nel diritto internazionale (p. 233). Charles Rousseau scrisse a commento del volume: "A ce conclusions, déduites d'une argumentation sans faille, elle-même développée avec une rigueur impressionante, il n'y a rien à objecter. L'ouvrage de M. Ferrari Bravo occupe dès maintenant un place de choix dans la littérature relative à la théorie générale des traités internationaux"⁵.

Sul tema fra ordinamenti ritornerà, circa venti anni, dopo concorrendo a dimostrare che ormai "le tecniche di adattamento sono viste come dirette ad assicurare il corretto adempimento delle norme internazionali, piuttosto che ad affermare l'assoluto monopolio statale nel governo della propria comunità territoriale" (*International and Municipal Law: The Complementarity of Legal System*)⁶. Si

⁴ U. VILLANI, *La rilevazione della consuetudine internazionale*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 82 ss.

⁵ *Revue Générale de Droit International Public*, 1965, p. 54.

⁶ L. FERRARI BRAVO, *International and Municipal Law: The Complementarity of Legal System*, in R. ST. J. MACDONALD, D. M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, The Hague, 1983, p. 715 ss.

trovò a promuovere con successo la sua tesi, molti anni dopo nella sentenza del 26 giugno 1998⁷ del Tribunale arbitrale Italia-Costarica.

La terza monografia del 1974, *Responsabilità civile e diritto internazionale privato*⁸, ritorna su temi già lungamente studiati dall'A.⁹; affronta, tra l'altro la questione della legge applicabile all'illecito a distanza (in cui luogo del fatto e dell'evento dannoso non coincidono, dando luogo ad opposte teorie dell'azione e dell'evento) ritenendo che l'art 25 delle preleggi lasciasse al giudice una certa discrezionalità nello scegliere fra la legge del fatto e la legge dell'evento (p. 115). Nel senso dell'evento si esprimerà poi l'art. 62 della riforma. Il primo Corso presso l'Accademia di diritto internazionale dell'Aja dal titolo *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles contractuelle en droit internationale privé*¹⁰, rappresenta una proiezione e un'estensione dell'ambito di riflessione.

Il secondo corso *Méthodes de recherché de la coutume internationale dans la pratique des Etats* (1985)¹¹ è il frutto della sua matura riflessione sulla prassi di diritto internazionale. Come ha scritto Ugo Villani: "Il metodo seguito da Ferrari Bravo (e proposto al lettore) mostra immediatamente la sua scarsa simpatia per le astrazioni, per le costruzioni puramente teoriche, e il rifiuto di un procedimento logico che si svolga «par voie de déduction de principes 'éternels' et donc, par définition, non susceptibles de démonstration». (...)". Il metodo prescelto è, al contrario, pragmatico, quasi "sperimentale", in sintonia non solo con la personalità scientifica dell'autore e con la sua naturale inclinazione per la concretezza e la sua assoluta padronanza del dato storico; ma anche, e soprattutto, con la natura stessa della consuetudine internazionale, fenomeno che, nella sua complessità, richiede una piena conoscenza, una capacità di analisi, una finezza interpretativa della realtà fattuale e delle vicende storiche"¹². Per quanto riguarda i negoziati multilaterali l'A. ritiene che, in ogni caso, ciò che può essere decisivo, ai fini della rilevazione di una norma consuetudinaria, è il "produit final" del negoziato piuttosto che le posizioni individuali dei singoli Stati espressi nel corso dello stesso"¹³.

Il suo ruolo di studioso si svolse convintamente anche attraverso ricerche collettive in quanto strumento utile a rendere disponibile agli studiosi i materiali necessari per la conoscenza della giurisprudenza nazionale e della prassi diplomatica sui vari

⁷ Vedi F. DI MAJO, *Luigi Ferrari Bravo e l'arbitrato internazionale Italia-Costarica (1997-1998). La non rilevanza di un vizio di diritto costituzionale alla conclusione di un accordo internazionale eseguito prima della ratifica*, in P. GARGIULO, G. NESI (a cura di), *op. cit.*, p. 279. Tale sentenza è stata pubblicata, a distanza di qualche anno, nel *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, 2006, pp. 21-82. Per un commento della sentenza cfr. E. MILANO, *La sentenza arbitrale tra l'Italia e il Costarica relativa ad un prestito*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 161 ss.

⁸ L. FERRARI BRAVO, *Responsabilità civile e diritto internazionale privato*, Napoli, 1974.

⁹ L. FERRARI BRAVO, *Il luogo di commissione dell'illecito nel diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, p. 80 ss.; ID., *Aspetti generali della disciplina della responsabilità per fatto illecito nel diritto internazionale*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, vol. XVII, 1963, p. 50 ss.

¹⁰ L. FERRARI BRAVO, in *Recueil des Cours*, 1974, vol. 146, p. 341 ss.

¹¹ L. FERRARI BRAVO, *Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des états*, in *Recueil des Cours*, 1985, vol. 192, p. 233 ss.

¹² U. VILLANI, *op. cit.*, p. 69 s.

¹³ *Ivi*, p. 75.

istituti di diritto internazionale¹⁴. In questa prospettiva, fondamentale è stato il suo contributo alla raccolta della Prassi Italiana di Diritto internazionale¹⁵. La finalità di diffondere la conoscenza a livello internazionale dei risultati dell'iniziativa è anche testimoniata dalla diffusione dell'editore Oceana di Dobbs Ferry-New York, con cui teneva personalmente i contatti a livello di incontri e di corrispondenza.

È stato tra i fondatori dell'*Italian Yearbook of International Law*¹⁶, che ha avuto due fasi: la prima serie di otto volumi editi dalla Editoriale Scientifica (1975-1987); la seconda di volumi IX-XX (1999 al 2015 pubblicati da Brill). Ed è stato ideatore della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) di cui divenne primo Segretario Generale¹⁷.

Un grande rilievo scientifico ebbe la sua collaborazione con Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale (SIOI), costituita su impulso di Roberto Ago, per promuovere la ritardata partecipazione dell'Italia alle Nazioni Unite; direttore responsabile della Rivista *La Comunità Internazionale* (dal 1988) e vice-presidente.

¹⁴ F. CAPOTORTI, B. CONFORTI, L. FERRARI BRAVO, V. STARACE, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale*, repertorio 1942-66, Bari, 1967.

¹⁵ Il risultato fu una monumentale pubblicazione in sette volumi (SIOI-CNR, *La prassi italiana di diritto internazionale*, I serie (1861-1887), voll. I-II, pp. 171; II serie (1887-1918), voll. I-IV, pp. 2446; e Indici della I e II serie, vol. unico, pp. 79, Dobbs Ferry, N.Y., 1970-1980). Direttori della prima serie furono Roberto Ago e Mario Toscano; la seconda serie si realizzò sotto la direzione di Roberto Ago, Riccardo Monaco, Benedetto Conforti e Luigi Ferrari Bravo. V. le *Note introduttive* alla Seconda Serie nel primo volume, scritte con il direttore dell'Archivio storico del MAE, Renato Mori. Come scrisse Ago nella *Presentazione*: "Ancora una volta Luigi Ferrari Bravo ha assunto la responsabilità principale dell'organizzazione, della guida e del coordinamento dell'azione dei ricercatori ed a lui spetta davvero il merito principale della realizzazione dell'opera".

Si trattava principalmente di "smistare" in due stanze al piano rialzato della Farnesina, migliaia di "bustoni" contenenti la corrispondenza diplomatica fra le Sedi consolari e diplomatiche e le Direzioni generali raccolte nell'Archivio storico, v. S. RUGGERI (a cura di), *Inventario della "serie D" (direzione dell'archivio storico)*, vol. IX, MAE, 1988 (reperibile *online*). I casi venivano sintetizzati in schede con l'individuazione dei brani rilevanti per evidenziare l'*opinio juris* in materia. L'opera di selezione raccolta e pubblicazione continuò a cura del nuovo Istituto di Studi Giuridici Internazionali del CNR, *La prassi italiana di diritto internazionale - III serie (1919-1925)*, a cura di S. MARCHISIO, O. FERRAJOLO, V. IAVICOLI, F. MARCELLI, voll. I-VIII, pp. 5132, Roma, 1995.

¹⁶ Nella presentazione del primo volume nel 1975 i membri del *Board of Editors* che si possono definire *Editors in chief*, Francesco Capotorti, Benedetto Conforti e Luigi Ferrari Bravo scrissero: "The development of International legal studies has, in postwar years, been in direct proportion to the considerable increase in actual events both in the field of international relations and, in particular, in that of international organization... No one can doubt the importance of a real and broadly-based dialogue between scholars beyond the confines of a single country. (...) English has been chosen for the present Yearbook, whose main aims are: firstly, to spread Italian scholars' viewpoints as regards contemporary problems of international law to other countries; secondly to make documentation pertaining to Italian international law practice more readily accessible, including the judicial decisions of major interest, diplomatic and parliamentary practice, relevant pieces of legislation, and treaties to which Italy is a party". Gli altri *Editors* erano: Antonio Cassese, Luigi Condorelli, Giorgio Gaja, Andrea Giardina, Riccardo Luzzatto, Paolo Picone, Vincenzo Starace, Antonio Tizzano e Tullio Treves. Nella seconda serie si aggiunsero quali *Editors*: Francesco Francioni, Natalino Ronzitti e Giorgio Sacerdoti.

¹⁷ Ferrari Bravo presentò gli Atti del primo Convegno annuale della SIDI, tenutosi a Roma nel giugno 1996 e dedicato alla Riforma del diritto internazionale privato italiano scrivendo tra l'altro: "La pubblicazione di questi atti dà inizio ad una prassi che, oltre a costituire un sicuro riferimento dal punto di vista scientifico, potrà essere annoverata tra i principali strumenti per la diffusione della conoscenza delle attività poste in essere dalla SIDI".

Dopo la scomparsa di Franco Casadio assunse prima la carica di Direttore generale *ad interim* e poi quella di Segretario generale.

Un posto a parte nella sua produzione scientifica meritano gli studi di diritto comunitario¹⁸. Per Tizzano: “È facile, con un senno di poi favorito da simili sviluppi, giudicare oggi ‘scontate’ l’analisi e le proposte interpretative formulate cinquanta anni fa nel commento di L.F.B. all’art. 177 CEE. Ma non era affatto semplice allora, sulla base di una prassi assai scarna, lanciarsi in giudizi e valutazioni interpretative che fossero il meno fantasiose e azzardate possibili (come pure avveniva spesso all’epoca) e si ancorassero invece ad una capacità di approfondimento e ad un rigore metodologico che per sua fortuna L.F.B. possedeva in sommo grado”¹⁹.

Vale la pena di ricordare la sua intuizione sull’autonomia degli strumenti interpretativi del diritto comunitario rispetto a quelli del diritto internazionale. In premessa si sottolinea che le differenze del metodo interpretativo della nuova disciplina derivano dal diverso settore dell’esperienza giuridica coperta dal diritto comunitario: “Ne consegue che l’origine internazionale delle disposizioni che disciplinano la Comunità, siano esse da riportarsi direttamente ai Trattati, siano esse da riportarvisi indirettamente per il tramite dei procedimenti di produzione giuridica previsti dai Trattati medesimi, può avere, in molti casi, scarso rilievo, sia sul piano dell’interpretazione (sistematica e non), sia su quello dell’applicazione. Nel senso che le norme comunitarie, nel loro contenuto, regolano materie ed esprimono esigenze che non sono quelle tradizionalmente prese in considerazione dalle norme internazionali, ma che si collocano invece, logicamente e storicamente, sul piano degli ordinamenti interni, beninteso visti qui nella loro sintesi ‘comunitaria’. Gli schemi interpretativi, le analogie, gli strumenti logico-domatici del diritto internazionale si rivelano pertanto molto spesso inadeguati ad intendere il senso del diritto comunitario, dato che esso s’inserisce (o per lo meno tende, nel suo farsi, ad inserirsi) in un settore dell’esperienza giuridica diverso da quello del diritto internazionale e più vicino ai diritti interni)”²⁰.

3. Ferrari Bravo ha rivestito una miriade di incarichi permanenti o semi-permanenti in organizzazioni intergovernative (VI Commissione dell’Assemblea Generale e Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, Consiglio d’Europa²¹, CE, IMO²²), organi giurisdizionali internazionali (Corte internazionale

¹⁸ L. FERRARI BRAVO, *Commento sub art. 177*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRA-BUCCHI (a cura di), *Commentario CEE*, III, Milano, 1965, p. 1310 ss.; ID., *Problemi interpretativi dell’art. 177 del Trattato CEE*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XII, 1966, p. 415 ss. L’intera serie di *Comunicazioni e studi* è reperibile *online* (<http://users2.unimi.it/comestudi/>). Per una sintesi dei brani di maggiore interesse nei due lavori in materia, v. G. CAGGIANO, *Invito alla lettura di Luigi Ferrari Bravo sull’articolo 177 del Trattato CEE*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 99 ss.

¹⁹ A. TIZZANO, *Il contributo di Luigi Ferrari Bravo allo studio della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 2 s.

²⁰ L. FERRARI BRAVO, *Problemi interpretativi*, cit., p. 418.

²¹ *Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI)*.

²² Fondamentale il suo ruolo nell’elaborazione della Convenzione contro il terrorismo rivolto alla navigazione marittima, a seguito del dirottamento dell’Achille Lauro nel 1985, adottata a Roma nel 1988. A seguito del dirottamento furono intavolate da parte dei paesi aderenti all’Organizzazione Marittima Internazionale (IMO), trattative che portarono l’adozione Convenzione di Roma per la repressione di

di giustizia, Corte EDU, OSCE²³, UNESCO), associazioni scientifiche (CNR²⁴, Institut de Droit International, Sidi, Istituto Internazionale di Diritto Umanitario di Sanremo, International Law Association, Collegio di Bruges, European Science Foundation, Comitato giuridico del Comitato Olimpico Italiano).

Innumerevoli i negoziati giuridico-internazionali da lui condotti con successo, soprattutto all'interno delle Nazioni Unite, come rappresentante dell'Italia²⁵. Almeno per quindici anni si può dire che sia stato il *pivot* delle attività di rappresentanza giuridica del Governo italiano sui temi internazionali, nell'ambito della partecipazione a conferenze o attività di organi internazionali o a sostegno di qualsiasi parere a carattere giuridico nelle relazioni bilaterali e multilaterali del nostro Paese. La fase più organica del suo ruolo con il Ministero degli Affari Esteri fu quella vissuta prima come consigliere giuridico presso le rappresentanze permanenti alle Nazioni Unite a New York (1981-1984)²⁶ e a Ginevra (1984-85), poi come segretario generale del Servizio del contenzioso diplomatico (settembre 1985-dicembre 1994). In quest'ultima veste fu anche agente del Governo italiano davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee e alla Commissione europea/Corte europea dei diritti dell'uomo, contribuendo alla definizione di tutti gli atti italiani nei ricorsi giurisdizionali europei.

Nel corso di queste attività ha scritto migliaia di pareri, pro-memoria, note, istruzioni, "telegrammi" che non ha mai inteso pubblicare, per ovvie considerazioni di

atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima per prevenire e punire atti di terrorismo in mare, firmata il 10 marzo 1988 (*SUA Convention*).

²³ I membri italiani della Corte OSCE erano: l'Ambasciatore Mario Michele Alessi (conciliatore), l'Ambasciatore Mario Manca (conciliatore arbitro) e il Professor Natalino Ronzitti (arbitro supplente). Ferrari Bravo fu eletto quale membro del "Bureau".

²⁴ Vice-Presidente del Comitato per le Relazioni Internazionali (1974-1981).

²⁵ Alle Nazioni Unite è stato rappresentante/esperto italiano alla Conferenza mondiale sui diritti umani (Teheran, 1968); alla Conferenza Diplomatica sul diritto internazionale umanitario (1975-77); nel Comitato per la definizione dell'aggressione (1973-74); nel Comitato per la revisione della Carta dell'ONU (1975-83); nel Comitato sul non ricorso all'uso della forza (1978-83); nei lavori dell'UNCITRAL (sessioni XIII, XV, 1980 e 1982) nel Comitato speciale per la elaborazione di una convenzione contro la presa d'ostaggi (1978-79) e di quella sui mercenari (1981-83); nella Commissione sulle imprese multinazionali (1980-83); nella Sesta Commissione/affari giuridici dell'Assemblea generale (1976-1983), che ha presieduto nel 1978; nelle Conferenze dell'ONU per la revisione del trattato di denuclearizzazione dei fondali marini (1977 e 1983); nella Conferenza di codificazione dell'ONU sui trattati tra Stati e Organizzazioni internazionali (Capo delegazione); delegato italiano alla sessione della Commissione per i diritti umani del 1984; membro della delegazione italiana alla Conferenza sul disarmo (1984-1985).

²⁶ Rievoca così l'attività a New York M. POLITI, *Luigi Ferrari Bravo alle Nazioni Unite*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 38: "I momenti più importanti di tale collaborazione sono stati numerosi, e si legano alla presenza italiana alle Nazioni Unite quando la Rappresentanza all'ONU era da poco guidata dall'Ambasciatore Fulci, una guida vigorosa e illuminata da tutti ricordata come esemplare. Mi basti richiamare la fase della elaborazione, cui Luigi contribuì in misura significativa, e della presentazione della prima proposta italiana di riforma del Consiglio di sicurezza; la sessione del 1992 dell'Assemblea generale, in cui a livello di coordinamento comunitario si dovettero prendere decisioni importanti relative al passaggio dalla Comunità alla Unione europea a seguito di Maastricht; la grave crisi somala del 1993; la vicenda dell'iniziativa italiana volta ad ottenere il riconoscimento all'Ordine di Malta dello *status* di osservatore permanente all'ONU". Nella medesima sede puntuali le osservazioni di M. Politi sul riscontro delle tesi di Ferrari Bravo con l'evoluzione della Comunità internazionale, *ivi*, p. 36 ss.

riservatezza di ufficio, ma neanche darne conto sotto forma di rassegne tematiche, per la sua convinzione della distinzione fra questa tipologia di testi e le pubblicazioni scientifiche. Peccato, perché sono così andate persi (o, nel migliore dei casi, “sepolti” negli archivi del MAE) tanti suoi preziosi contributi pieni di intuizioni giuridiche e formule di “compromesso negoziale” di rara saggezza e innovatività. Ad esempio sarebbe interessante, come si chiede G. Sacerdoti²⁷, che si potesse sapere di più sulla controversia alla Corte internazionale di giustizia con gli Stati Uniti del caso *ELSI*²⁸ o sulla gestione della situazione di crisi per la presenza a La Spezia, al momento dello scoppio della prima guerra del Golfo, di decine di marinai iracheni, ivi presenti (per essere istruiti ad operare le corvette già vendute da Fincantieri al Governo di Saddam Hussein, vendita poi revocata). Un contributo importante fu quello dato al diritto internazionale dell’ambiente fra G7 (Parigi, 16 luglio 89) e UNCED di Rio de Janeiro (1992) con l’organizzazione del Forum di Siena²⁹.

Ci piace sottolineare quanto, nella sua guida del Contenzioso diplomatico, si sia impegnato per amore della trasparenza a realizzare l’obbligo di legge³⁰ sulla pubblicazione in *Gazzetta ufficiale* degli “accordi ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni internazionali, ivi compresi quelli in forma semplificata”, contribuendo a realizzare un indice da pubblicare semestralmente comprendente tutti i trattati conclusi e in vigore per l’Italia³¹.

Ebbe anche un ruolo significativo nel lavoro preparatorio per la istituzione del Tribunale per l’ex-Jugoslavia, che il Consiglio di sicurezza adottò seguendo il testo preparato dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite³².

Quando lascia il Contenzioso diplomatico (1995) intraprende una prestigiosa carriera internazionale: giudice presso la Corte internazionale di giustizia (giugno 1995-febbraio 1997)³³; membro della Commissione del diritto internazionale (1997-

²⁷ G. SACERDOTI, *Luigi Ferrari Bravo, promotore instancabile in Italia e all'estero del contributo italiano al diritto internazionale: la prassi italiana di diritto internazionale (1970-1980), l'Italian Yearbook of International Law (1975, 1999) e la Società italiana di diritto internazionale (1995)* in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 49, nota 7.

²⁸ M. POLITI, *op. cit.*, p. 38.

²⁹ Introductory document to the Forum on International Law of the Environment. Siena, 17-21 April 1990, Rome, January 1990 (contributi di Caggiano, Francioni, Pisillo Mazzeschi, Politi, Scovazzi). V. A/45/666, 24 October 1990, Note verbale dated 23 October, Documents of the Siena Forum Environmental change and international law: New challenges and dimensions; pubblicati anche quali Atti del Forum sul diritto internazionale dell’ambiente: Siena, 17-21 aprile 1990, in *Vita italiana*, 1990, p. 10 ss.

³⁰ V. art. 1, legge 11 dicembre 1984, n. 839, Norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

³¹ V. ora ATRIO, Archivio dei Trattati internazionali Online.

³² Doc. S/25300, Letter dated 16 February 1993 from the Permanent Representative of Italy to the United Nations addressed to the Secretary-General, Establishment of an international tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia. Della Commissione per i crimini di guerra e contro l’umanità commessi nei territori della ex-Jugoslavia (MAE/Grazie e giustizia) facevano parte anche Giovanni Grasso (Univ. di Catania), Antonio Papisca (Univ. di Padova), Paolo Ungari (LUISS, Roma), Carlo Russo (giudice della Corte europea dei diritti dell’uomo), Cherif Bassiouni, (consulente del Consiglio di sicurezza, Liliana Ferraro (ministero di Grazia e Giustizia)

³³ Ferrari Bravo prende il seggio che era appartenuto a Roberto Ago (dal 1979 al 1985) per il periodo residuo della sua elezione; venne eletto con votazioni distinte dal Consiglio di Sicurezza (a lungo

1998); giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo (novembre 1998-ottobre 2001). In questo periodo è anche Presidente dell'UNIDROIT-Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (gennaio 1995-dicembre 1999).

Nel breve periodo in cui esercitò la funzione di giudice alla Corte si occupò fra l'altro del parere consultivo sull'uso o la minaccia di uso delle armi nucleari, aggiungendo un'importante dichiarazione critica sulla minaccia dell'uso delle armi nucleari come strumento di dissuasione³⁴.

Alla Corte di Strasburgo³⁵ Ferrari Bravo fu per tre anni giudice eletto "a titolo di San Marino" (il primo) proprio al momento dell'entrata in funzione della nuova Corte *ex* Protocollo n. 11. La collaborazione fra Benedetto Conforti e Luigi Ferrari Bravo, che si trovavano a far parte della stessa Corte, fu sempre cordiale. La regola dell'obbligo di presenza del giudice a titolo dello Stato nei cui confronti è presentato il ricorso viene talvolta applicata a Ferrari Bravo invece che a Benedetto Conforti³⁶.

Specie nel contesto dell'eccessiva lunghezza del processo in Italia s'impegna per un'effettiva tutela dei diritti umani nel sistema europeo: propone alla Corte di concentrarsi sugli affari più importanti e di valutare eventuali atteggiamenti ostruzionistici o opportunistici dei ricorrenti, piuttosto che partire da un giudizio automatico di condanna del nostro Paese³⁷. In un'opinione dissenziente ripetuta alla fine di tutte le sentenze sull'eccessiva durata del processo in Italia (133 decise

in bilico con la candidatura dell'ex Ministro degli esteri Kojimans dei Paesi Bassi) ed all'Assemblea Generale (con un voto ad ampia maggioranza). La sua candidatura era stata proposta da Grecia, India, Italia, Polonia, Russia e Venezuela.

³⁴ Déclaration de M. Ferrari Bravo, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil*, 1996: "M. Ferrari Bravo regrette que la Cour ait arbitrairement réparti en deux catégories la longue ligne des résolutions de l'Assemblée générale qui traitent de l'arme nucléaire. Ces résolutions sont fondamentales. Tel est la cas de la résolution 1 (I) du 24 janvier 1946, qui démontre clairement l'existence d'un véritable engagement solennel d'éliminer toute arme atomique, dont la présence dans les arsenaux militaires était jugée illicite. La guerre froide, intervenue peu après, a empêché le développement de cette notion d'illicéité, en suscitant l'apparition du concept de dissuasion nucléaire qui n'a aucune valeur juridique. La théorie de la dissuasion, si elle a créé une pratique des Etats nucléaires et de leurs alliés, n'a pas été en mesure de créer une pratique juridique sur laquelle fonder le début de création d'une coutume internationale. Elle a, par ailleurs, concouru à élargir le fossé qui sépare l'article 51 de la Charte. La Cour aurait dû procéder à une analyse constructive du rôle des résolutions de l'Assemblée générale. Celles-ci, dès l'origine, ont contribué à la formation d'une règle interdisant l'arme nucléaire. La théorie de la dissuasion a enrayé le développement de cette règle. Si elle a empêché la mise en oeuvre de l'interdiction de l'arme nucléaire, il n'en subsiste pas moins que cette interdiction, «toute nue», est demeurée en l'état et continue de produire ses effets, au moins au niveau de fardeau de la preuve en rendant plus difficile aux puissances nucléaires de se justifier dans le cadre de la théorie de la dissuasion" (p. 285).

³⁵ G. RAIMONDI *Il Giudice della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*

³⁶ V. sentenza 28 novembre 2002, *Marzano c. Italia*, ric. n. 45313/99: "all'astensione del giudice B. Conforti, eletto a titolo dell'Italia (articolo 28), il Governo ha designato L. Ferrari Bravo, giudice eletto a titolo di San Marino per sostituirlo (articoli 27 § 2 della Convenzione e 29 § 1 del regolamento)".

³⁷ Per una ricca e originale analisi delle opinioni di Ferrari Bravo in quel contesto, v. G. RAIMONDI, *op. cit.* Nel caso *Laino c. Italia*, (ric. n. 33158/96, 28 luglio 1999, opinione parzialmente dissenziente); *Di Mauro c. Italia* (ric. n. 3425696, 28 luglio 1999, opinione dissenziente); *Scalvini c. Italia* (ric. n. 36621/97, 26 ottobre 1999, opinione separata); *A.B. c. Italia* (ric. n. 41809/98, 8 febbraio 2000, opinione dissenziente); *A.V. c. Italia* (ricorso n. 44390/98, 6 novembre 2001, opinione dissenziente alla quale si uniscono i giudici Türmen e Zupančič). Una menzione a parte meritano le considerazioni sulla sentenza *Beyeler c. Italia*, ric. n. 33202/96, 5 gennaio 2000.

in un solo giorno e pubblicate insieme il 28 febbraio 2002)³⁸ rifiuta con stringenti argomentazioni l'automatismo di condanna derivate dalla giurisprudenza *Bottazzi*³⁹. Significativa la sua posizione nel caso *Pellegrin* che riguardava il trattamento dei dipendenti pubblici sulle caratteristiche di una sentenza *landmark*⁴⁰.

L'opinione dissenziente sicuramente più conosciuta e coraggiosa di Ferrari Bravo è quella annessa alla sentenza nel caso *Al-Adsani c. Regno Unito*⁴¹. Nella sua opinione, la Corte chiamata a pronunciarsi su di una violazione dell'art. 6 della Convenzione, avrebbe sprecato un'occasione d'oro per emettere una condanna di ogni atto di tortura; contesta la posizione della maggioranza della Corte che non ritiene già ammesso in diritto internazionale il divieto. La tesi che gli Stati possano pretendere l'immunità dalla giurisdizione civile per atti di tortura perpetrati al di fuori dello Stato del foro viene indicata come "un vecchio formalismo" fatto proprio dalla Corte⁴².

4. In conclusione meritano di essere richiamati i rapporti che Ferrari Bravo sviluppò nell'ambito accademico e tra gli internazionalisti. Alla scuola di Rolando Quadri lavorò a Napoli con Benedetto Conforti, Antonio Tizzano, ai commentari CEE e CECA e con un numeroso gruppo di studiosi che condivisero il lavoro dei

³⁸ Ad. es. *Pascale e altri c. Italia*, ric. n. 52837/99.

³⁹ In quattro sentenze pronunciate contro l'Italia il 28 luglio 1999 (*Bottazzi c. Italia*, ric. n. 34884/97; *Ferrari c. Italia*, ric. n. 33440/96; *A.P. c. Italia*, ric. n. 35265/97; e *Di Mauro c. Italia*, ric. n. 34256/96), la Corte aveva affermato che esiste una prassi in Italia incompatibile con la Convenzione.

⁴⁰ Ric. n. 28541/95, Concurring opinion of judge Ferrari Bravo (Translation): "I voted in favour of the Pellegrin judgment, since I believe it is important for the Court, in the light of the avalanche of applications concerning the economic treatment of public servants, to lay down precise criteria to guide its case-law on Article 6§ 1 of the Convention. It is therefore a 'landmark judgment'. But it is precisely for that reason that the Court should confine itself to what is strictly necessary to reach its decision. The rationale of landmark judgments imposes on the courts which render them a limitation designed to eliminate what is not really essential so as to enable those courts, when they have to deal with similar but not identical cases (indeed, there are never two identical cases), to add to, correct or review their previous case-law. In paragraph 67 the sentence concerning pensions was not necessary in the instant case because it did not concern pensions. To express a view on the question, in the paragraphs entitled 'New criterion to be applied', is in my opinion at the very least imprudent".

⁴¹ Ric. n. 35763/97.

⁴² Vale davvero la pena di citarla per intero: "What a pity! The Court, whose task in this case was to rule whether there had been a violation of Article 6 § 1, had a golden opportunity to issue a clear and forceful condemnation of all acts of torture. To do so, it need only have upheld the thrust of the House of Lords' judgment in *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3) (judgment of 24 March 1999 [2000] Appeal Cases 147), to the effect that the prohibition of torture is now *jus cogens*, so that torture is a crime under international law. It follows that every State has a duty to contribute to the punishment of torture and cannot hide behind formalist arguments to avoid having to give judgment". E prosegue: "I say to 'contribute' to punishment, and not, obviously, to punish, since it was clear that the acts of torture had not taken place in the United Kingdom but elsewhere, in a State over which the Court did not have jurisdiction. But it is precisely one of those old formalist arguments which the Court endorsed when it said (in paragraph 61 of the judgment) that it was unable to discern any rules of international law requiring it not to apply the rule of immunity from civil suit where acts of torture were alleged. And the Court went further, notwithstanding its analysis of the cases mentioned in paragraphs 62 to 65, concluding sadly in paragraph 66 that the contrary rule was not yet accepted. *Quousque tandem ...!* There will be other such cases, but the Court has unfortunately missed a very good opportunity to deliver a courageous judgment".

tre volumi pubblicati dell'*Annuario di diritto internazionale* (1966-68). All'epoca, della scuola napoletana facevano parte Umberto Leanza e vi entrarono: Andrea Giardina, Francesco Caruso, Giuseppe Tesauro, Luigi Sico, Paolo Picone, Massimo Panebianco, Giuliana Ziccardi Capaldo, Emilio Pagano.

Ebbe ottimi rapporti di collaborazione e reciproca stima con Roberto Ago nelle iniziative della SIOI⁴³ e con Gaetano Morelli soprattutto nel contesto della *Rivista di diritto internazionale*.

A Bari, con Vincenzo Starace (suo collega sin dai tempi della direzione di Francesco Capotorti) fu impegnato nella Direzione dell'Istituto di diritto internazionale e scienze politiche, cui faceva capo un ampio gruppo di studiosi (Angela Bonifazi, Massimo Panebianco, Antonio Filippo Panzera, Paolo Picone, Alessandro Rottola, Giorgio Sacerdoti, Ugo Villani). Due (allora aspiranti) magistrati lo aiutavano come assistenti volontari (Nicola Fuiano, poi pretore di Susa nel famoso rinvio pregiudiziale *Simmenthal*, e Mimmo Almiento, poi presidente del Tribunale di Maglie).

Negli anni in cui eravamo studenti, ci indussero a chiedergli la tesi (laureandoci a distanza di pochi giorni l'uno dall'altro) l'utilizzo di metodi didattici innovativi e il suo evidente interesse per il diritto della Comunità europea di cui aveva introdotto un insegnamento, tra i primi in Italia. Affascinava la sua visione del diritto, nello stretto collegamento tra il dato normativo ed il contesto storico-politico che lo esprimeva⁴⁴. Fu un'utilissima esperienza aiutarlo a raccogliere la parte introduttiva delle *Lezioni di diritto internazionale* (1974), frutto della riflessione in occasione delle lezioni tenute negli anni, che ci colpirono per il rigoroso approccio storico alle questioni giuridiche e la capacità di dettare il contenuto del testo quasi senza doverne cambiare una virgola.

La "filiazione scientifica" e il rapporto di amicizia poi maturato continuarono anche quando Ferrari Bravo si trasferì all'Orientale di Napoli⁴⁵ e, poi, alla Sapienza di Roma. Giandonato Caggiano e Pietro Gargiulo lo seguirono nel percorso di ricerca anche a Palazzetto Venezia, storica sede della Società italiana per l'organizzazione internazionale, dove si collocava, tra l'altro, la redazione della Rivista *La Comunità Internazionale*, di cui è stato direttore responsabile per tanti anni.

Il suo arrivo all'Orientale (marzo 1974) coincide con la creazione della Facoltà di Scienze politiche, di cui divenne preside nel 1975, dove insegnavano, tra gli altri, Antonio Tizzano (direttore del Dipartimento di studi politici e sociali), Antonio Saggio, Franco Mazzei, Alessandro Triulzi, Rita di Leo. L'Orientale diventò presto una buona fucina di diplomatici ed esperti specialmente competenti sugli aspetti giuridico-economico-culturali in aree di non frequente approfondimento

⁴³ V. ad esempio ricerca su "L'organizzazione internazionale e l'evoluzione della società mondiale", iniziata nel 1979 in collaborazione con l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales di Ginevra; tra i cui lavori, v. A. DI BLASE, S. MARCHISIO, *L'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture*, Genève, 1986.

⁴⁴ A. CASSESE, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁵ Si trattava in realtà di un "ritorno", perché Ferrari Bravo aveva vissuto a Napoli ed era già stato professore incaricato di diritto internazionale nel Corso di laurea in Scienze politiche (1962-68) prima che diventasse autonoma Facoltà. Questa volta però "pendolava" da Roma, dove si era trasferito a seguito del suo matrimonio con Gabriella d'Aloja.

(Giappone, Cina, Mondo arabo, Unione Sovietica). Giandonato Caggiano e Carlo Curti Gialdino gli subentrarono in alcuni insegnamenti quando si trasferì a Roma alla Scuola superiore della Pubblica Amministrazione. Alla Sapienza, a Scienze politiche (1987-1997), soprattutto collaborò soprattutto con Riccardo Monaco e Francesco Durante, a Giurisprudenza con Gianluigi Tosato e Andrea Giardina (1997-98). Si ritirò dall'insegnamento al compimento dei sessantacinque anni di età.

Nella raccolta della prassi italiana di diritto internazionale (CNR-MAE) fu alla guida di un folto gruppo di ricercatori (tra questi, Flavia Lattanzi, Marina Spinedi, Giandonato Caggiano, Vincenzo Rizzo, Emilio Morelli, Marisa Alaimo).

Oltre al suo personale contributo, molti colleghi internazionalisti furono da lui chiamati nei diversi negoziati ogni qualvolta servissero competenze giuridiche specifiche per assistere e consigliare i diplomatici di servizio; fra i tanti Umberto Leanza (suo successore al contenzioso diplomatico), Francesco Francioni, Fausto Pocar, Giorgio Sacerdoti, Tullio Treves, Flavia Lattanzi, Giuseppe Nesi, Riccardo Pisillo Mazzeschi, Mauro Politi, Guido Raimondi, Elena Sciso, Attila Tanzi.

A lungo il suo editore di fiducia è stato Mario De Dominicis, dell'Editoriale scientifica di Napoli. Suoi allievi di una nuova generazione sono stati Alfredo Rizzo e Francesco di Majo.

Non si può chiudere questo ricordo anzitutto riportando l'elogio, toccante, tributogli dalla Corte dell'Aja: "Il sut rapidement mettre ses nombreux talents au service de la Cour et représenter avec honneur la grande école italienne du droit international. Le juge Ferrari Bravo était tenu en très haute estime par ses collègues, qui appréciaient, outre sa grande intégrité, sa vaste culture juridique, sa profonde connaissance de la vie du droit, son sens aigu de l'analyse, sa vivacité et son indépendance d'esprit, son précieux bon sens et son unique sens de l'humour. (...) Sa disparition constitue une grande perte pour les communautés académique, diplomatique et judiciaire, qu'il a servies avec une compétence et un dévouement exemplaires pendant toute sa longue et illustre carrière"⁴⁶.

Ed infine un brevissimo, ma indispensabile, riferimento a Luigi Ferrari Bravo come persona: non ha avuto moltissimi amici, nel senso profondo della parola, ma è significativo che anche i suoi avversari alla fine erano costretti a riconoscere che comunque si aveva a che fare con una persona di spiccata e brillante intelligenza, nonché di vastissima cultura giuridica e storica. Peraltro, chi è stato suo allievo ed ha avuto la fortuna di diventargli amico ha potuto conoscerne la particolare sensibilità e la grande umanità, sentimenti che forse teneva nascosti per difesa o per pudore, ma che ne hanno illuminato ulteriormente la Personalità. Grazie di tutto, Gigi.

⁴⁶ CR 2016/1, Cour internationale de Justice, *Audience publique tenue le lundi 7 mars 2016, à 10 heures, au Palais de la Paix*, p. 9.



Articoli

Eric Tremolada Álvarez*

La Alianza del Pacífico: ¿una sobrevalorada integración?

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. (Continua): los ruidos del preámbulo. – 3. Sus objetivos: ¿una quimera?. – 4. Los tímidos desarrollos cooperativos. – 5. Su escaso andamiaje institucional. – 6. Una organización con personalidad jurídica en entredicho. – 7. Conclusiones

1. Desde el anuncio de su creación con la Declaración de Lima el 28 de abril de 2011, la Alianza del Pacífico se percibe como una subregión económicamente atractiva – fundamentada en la sumatoria de los indicadores económicos de Chile, Colombia, Perú y México – que estaría configurando una integración profunda y pragmática que se distinguiría de todos los esfuerzos precedentes latinoamericanos.

En medio de la coyuntura inestable que reina en Latinoamérica por la coexistencia de distintos modelos políticos – cargados ideológicamente – que ofertan distintos esquemas de integración, la irrupción ruidosamente mercadeada de la Alianza del Pacífico merece ser analizada más allá de la atracción que genera en líderes políticos y empresarios del mundo.

¿Realmente la Alianza del Pacífico esta configurando un bloque nuevo y pragmático como esquema de regionalización en América Latina? La especialización que fomenta un bloque económico genera mayor productividad y eficiencia en los sectores donde se poseen ventajas comparativas que se traducen en costos de producción más bajos. Adicionalmente, la ampliación de mercados favorece la economía de escala internacional. Dentro de estas lógicas los hoy socios que configuran la Alianza, entienden qué juntos mejoran sus posibilidades de inserción en el mundo en general y específicamente en Asia-Pacífico, olvidando mencionar que también son competidores entre si en los mercados que quieren mejorar su inserción, tanto en el sentido amplio (mundo) como en el estrecho (Asia-Pacífico).

Para poder abordar el análisis de la denominada Alianza del Pacífico haremos un estudio de su Tratado constitutivo (Acuerdo Marco, suscrito en el observatorio de Paranal en Antofagasta, Chile, el 6 de junio de 2012) para interpretarlo – a la luz de las teorías económicas y jurídicas de la integración – frente a sus desarrollos. Transitaremos, por los rimbombantes desafíos del preámbulo, para luego centrarnos en los deslumbramientos de sus objetivos, continuando con los tan anunciados marcos cooperativos. Finalmente analizaremos su escaso andamiaje institucional y

* Profesor de Derecho Internacional e Integración, Universidad Externado de Colombia.

si goza – como organización internacional – de personalidad jurídica. Así, fundamentados en cuatro estudios previos, desarrollaremos el planteamiento enunciado.

2. En 2011, los gobiernos de Chile, Colombia, México y Perú cooperan entre sí con miras a constituir un instrumento esencial para el desarrollo económico y social sostenible, para ello estiman necesario fortalecer los diferentes esquemas de integración en América Latina como espacios de concertación y convergencia, orientados a fomentar el regionalismo abierto que los inserte eficientemente en el mundo globalizado y los vincule a otras iniciativas de regionalización. Sin embargo, este esfuerzo constitutivo de un área de integración regional denominada Alianza del Pacífico hace mucho ruido – para diferenciarse de otros esfuerzos latinoamericanos de integración – enfatizando lo mucho que ha avanzado en casi tres años y omitiendo que estos avances se fundamentan en “los acuerdos económicos, comerciales y de integración vigentes entre las partes a nivel bilateral, regional y multilateral”. La “rápida” liberalización de bienes y servicios se debe y soporta en los acuerdos de libre comercio de México con Colombia (1995), con Chile (1999) y Perú (2012), de Chile con Colombia y Perú – en el marco de la negociación bilateral con la Comunidad Andina – (2006) y de Colombia con Perú en el marco multilateral de la Comunidad Andina gradualmente consolidado (1997-2005).

Por su parte, el Preámbulo al tiempo que reafirma los derechos y obligaciones derivados de los Acuerdos de Marrakech y Montevideo (Organización Mundial del Comercio), hace lo propio con los diferentes esquemas de integración latinoamericanos, claro siempre que se de concertación y convergencia con una lógica de regionalismo abierto. Lo anterior envuelve una contradicción, pues por un lado la OMC promueve que los países no deben establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales y por el otro, todos los esquemas de integración bilaterales o regionales – donde los latinoamericanos no son la excepción – discriminan a terceros con fundamento en las normas de origen, lo hacen los acuerdos entre los miembros de la Alianza del Pacífico, también los que cada miembro tiene con terceros Estados y los que otros Estados latinoamericanos tienen entre sí. No olvidemos, la estrategia de chilenos, mexicanos, peruanos y colombianos de pertenecer a muchos acuerdos comerciales, si bien es atractiva al combinar el acceso libre a varios mercados con importaciones de diversas fuentes, como precisan Schiff y Winters, puede ocasionar superposición de obligaciones y por ende dificultades administrativas en materia de acceso a mercados y en la determinación de las normas de origen. De hecho la génesis de la Alianza del Pacífico, como esquema subregional de integración, contribuye más a la fragmentación entre los latinoamericanos, dividiendo geográficamente la región entre países pacíficos y atlánticos, y con la presencia de México en Suramérica, haciéndole un contrapeso a Brasil.

Así, no solo es contradictorio, sino que pensar que podría darse una concertación y convergencia entre los distintos esquemas que vienen fragmentando la región es utópico. Las experiencias frustradas entre la Comunidad Andina y el Mercosur que derivó en la Unasur, así lo demuestra y como anota Cavalcante de Oliveira no se evidencia – ni antes, ni ahora – voluntad política y la integración no es política de Estado en ningún país latinoamericano.

Adicionalmente, el regionalismo abierto – que se pretende en el Preámbulo – busca insertar a los estados miembros de la Alianza en el mundo y vincularlos con otros acuerdos regionales de integración. Sin embargo, la Alianza – como explicaremos más adelante – con su Protocolo Adicional – que aún no está en vigor – solo ha podido negociar la armonización parcial de los acuerdos de liberalización existentes entre sus miembros. Esto sumado a su insuficiente institucionalidad – a la que también nos referiremos – conspira para que pueda actuar y negociar como bloque. En todo caso, si logra acuerdos comerciales con otros bloques regionales también discriminaría a terceros.

3. El primer objetivo de la Alianza del Pacífico, previsto en el artículo 3, numeral 1°, literal a) del Acuerdo Marco, es “construir, de manera participativa y consensuada, un área de integración profunda para avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas”.

Este ambicioso objetivo plasma primero la forma de hacerlo – pensando en algo progresivo – y luego se centra en lo que persigue. Así, están definidos el como y el que. Analizando primero este último, conviene preguntarse ¿qué se entiende por integración profunda y cómo puede ésta soportar la liberalización de los bienes, servicios, capitales y personas? Para contestar necesitamos acudir al marco teórico de la integración económica, estructurado en la segunda mitad del siglo pasado sobre los estudios de Viner en 1950 y Balassa en 1974 y 1989. Este marco general y estudios anteriores nos permiten afirmar que la integración es una institución jurídica de carácter económico, donde los Estados miembros cooperan para ampliar sus intercambios comerciales, se basa en acuerdos que configuran espacios económicos (zonas) donde los países se conceden determinadas ventajas, según su voluntad política. Así, la configuración de la zona responderá a la etapa o estamento de integración económica pactada.

Si las partes de un tratado configuran una zona donde de manera recíproca eliminarán o disminuirán significativamente sus aranceles y las barreras no arancelarias a su comercio, lo que se configura es una *zona de libre comercio*. Si sobre la base de lo anterior se pacta, además, el establecimiento de un arancel externo común para el comercio con terceros países o regiones, se configura una *unión tarifaria* también denominada *unión de consumidores*.

Si a una unión tarifaria se le crea un organismo supranacional de aduanas que recibe y distribuye los ingresos fiscales percibidos por los productos de terceros países que entran a la zona, estaremos frente a una *unión aduanera*. Unión tarifaria y unión aduanera no son conceptos análogos, tienen diferencias sustanciales, esto es que el arancel que pagan los bienes y/o servicios de los países ajenos a la zona se queda, en el caso de la unión tarifaria, en el fisco del país por el que ingresa, mientras que en la unión aduanera, independientemente del lugar por el que ingresa, va a parar a la hacienda común. Además, la unión tarifaria necesita un altísimo grado de cooperación y articulación de las aduanas nacionales para evitar costos adicionales, mientras que en la unión aduanera la aduana supranacional es la que toma las decisiones y las aduanas nacionales son meros ejecutores de ésta.

Al consolidarse una unión aduanera, aparte de la eliminación de aranceles y barreras arancelarias, la definición de un arancel externo común y la creación de

un ente supranacional de aduana, se liberan el capital y el trabajo. A partir de este estamento, evidenciaremos prácticamente la fusión de los espacios económicos nacionales, donde se da libertad plena a bienes, servicios, capital y trabajo, por lo que es imprescindible un altísimo grado de cooperación para armonizar políticas macroeconómicas y sectoriales.

Si a un mercado común, donde operan las libertades de bienes, servicio, capital y trabajo se le suma la entrega – parcial o plena – de competencias macroeconómicas y sectoriales (política monetaria y fiscal) a los entes decisorios de carácter supranacional, se constituye una unión económica. Estos estamentos, que configuran la integración económica, necesariamente son discriminatorios frente a los terceros ajenos a la zona, toda vez que las libertades otorgadas se fundamentan en el origen, sea de los bienes, servicios, capital y trabajadores.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la orientación de los acuerdos comerciales, si están proyectados hacia el interior estaríamos ante lo que se denominó *regionalismo cerrado*, donde con el objeto de sustituir las importaciones de países ajenos a la zona, se promueve la industrialización, el proteccionismo y el incremento de barreras arancelarias y no arancelarias a terceros con el fin de proteger y promover la industria intra zonal. En sentido contrario, si la proyección es el exterior, estamos frente al denominado regionalismo abierto que promueve el establecimiento de acuerdos de comercio abiertos, sometidos a las competencias internacionales e inmerso en el sistema multilateral de comercio.

Por su parte, debemos hacer referencia a las expresiones de integración *negativa* y *positiva*, que acuñó Tinbergen en 1954 y que como nos lo recuerdan Schiff y Winters corresponden a la integración de carácter superficial y profundo, respectivamente. La primera de ellas comprende la supresión y limitación de las políticas en la zona, a diferencia de los esfuerzos positivos por coordinarlas (trato nacional). A su vez nos precisan, – coincidiendo con Canovas – que la *integración profunda*, fue una denominación que le dieron Lawrence y Litan en 1990 a los esfuerzos destinados a una integración más trascendental, de ahí que ellos coincidan en que la expresión se puso en circulación refiriéndose a acuerdos tales como el de la Unión Europea, con el propósito de lograr una unión económica que creara instituciones supranacionales para conseguir dicho objetivo.

La Alianza, se anuncia como una integración profunda, sin embargo, sus desarrollos nos evidencian tan solo la pretensión de configurar una zona de libre comercio, que sería una realidad con la entrada en vigor del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco. Cuando se supere el proceso ratificatorio en los cuatro países miembros, eliminarán y/o disminuirán significativamente sus aranceles y dejarán establecidos los estándares de las barreras no arancelarias. En todo caso esto ya es una realidad imperfecta fundamentada en los acuerdos bilaterales y/o multilaterales que previamente pactaron sus miembros y a los que ya hicimos referencia.

Por ahora, estamos, frente a varias zonas de libre comercio que podrían presentar obstáculos administrativos en acceso a mercados, en la determinación de normas de origen entre sí y que además, en el caso de la configurada por la Comunidad Andina y que rige para Perú y Colombia, por previsión de sus tratados constitutivos, prevalece, incluyendo su régimen de propiedad intelectual y su imperfecto arancel externo. El Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza, incluso cuando

esté en vigor, no soluciona del todo estas dificultades, toda vez que se conservan unos requisitos específicos de origen que se pactaron en el anexo 4.2.

No debemos olvidar, que Costa Rica, Panamá y Guatemala, observadores y aspirantes a integrarse en la Alianza, harían más complejos los obstáculos administrativos derivados de los acuerdos perfeccionados y por perfeccionar, toda vez que ellos también pertenecen a un régimen prevalente, en su caso, el del Sistema de Integración Centroamericano. Así las cosas, no solo serán Perú y Colombia los que deberán resolver su doble militancia.

Con respecto al como lograr este primer objetivo los Estados pactaron un procedimiento progresivo que construirá de “manera participativa y consensuada” un área de integración profunda. De ahí, que queda por resolver si la integración “profunda” pretendida implica liberalización no solo de bienes y servicios, sino también de capital y personas, de ser así, de acuerdo con el marco teórico de la integración y la experiencia europea – única en el mundo – necesariamente se fundamentaría en entes supranacionales decisorios que impongan patrones de conducta y administren el espacio económico que resulta fusionado para garantizar la plena liberalización de las cuatro libertades referidas. De lo contrario, se condenaría la eficacia del proceso a la revalidación política permanente de los Estados miembros y supondría someter las decisiones adoptadas a mecanismos no automáticos de incorporación en las legislaciones internas. En otras palabras estaríamos frente a una integración negativa, superficial, no trascendental.

Respecto de la libre circulación de capitales y la promoción de las inversiones, previstas en el literal b) del numeral 2° del artículo 3 del Tratado de Paraná, las partes quieren, por un lado, que el área constituida sea un destino interesante para la inversión y el comercio de servicios y por el otro, aumentar los flujos de inversión y de comercio de servicios entre ellos y con el resto del mundo. De ahí que el capítulo 10 acordado en el Protocolo Adicional, no presentara mayores dificultades en la negociación, toda vez que se fundamentó en los capítulos de inversión contenidos en los tratados bilaterales de libre comercio que existen entre los miembros de la Alianza y en el caso de Perú y Colombia, se basó en el Acuerdo Autónomo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Están configurando así – con base en los tratados previos entre los miembros – una zona que promueve y protege las inversiones, estimulando flujos de inversión entre los socios y de terceros, pero que no liberaliza el movimiento de capital dentro de la zona (trato nacional) que caracterizaría a una integración trascendental, profunda como la europea.

De hecho, el único desarrollo real en este sentido es mercadearse como un bloque para potenciar el atractivo de los cuatro países miembros, recordando constantemente – a propios y a extraños –, que en conjunto son la octava economía y la séptima potencia exportadora a nivel mundial. Que en América Latina y el Caribe, los cuatro representan el 36% del PIB, concentran el 50% del comercio total y atraen el 41% de los flujos de inversión extranjera directa que llegan a la región. Adicionalmente, con una población joven y fuerza de trabajo calificada, totalizan 212 millones de personas con un PIB *per cápita* promedio de 10.000 dólares.

Con relación a la liberalización de personas en la zona, los desarrollos no solo son tímidos, sino que como en el caso de la liberalización del capital, se tergiversan intencionadamente los conceptos. El literal d) del numeral 2° del artículo 3 del

Tratado de Paranál, se refiere a la promoción de la cooperación entre las autoridades migratorias y consulares para facilitar el movimiento de personas y el tránsito migratorio, sin embargo, se prioriza “el movimiento de personas de negocios y la facilitación del tránsito migratorio incluyendo la cooperación migratoria y consular policial”. Opciones de facilitación se vienen discutiendo, estas se traducen en visados especiales y esquemas de agilización de ingreso para personas de negocios.

Es decir quieren vendernos una flexibilización parcial de políticas migratorias como una liberalización de personas, nada más lejos de una integración trascendental o profunda. De hecho en materia migratoria solo evidenciamos dos avances significativos: por un lado, la eliminación de la exigencia de visas para nacionales de Colombia y de Perú que quieran viajar a México. De esta manera, el gobierno mexicano brinda a todos los nacionales de países miembros de la Alianza un fácil acceso a su territorio siempre que no realicen actividad remunerada. Y por el otro, el anunció de Perú sobre la supresión de visas para personas de negocios de Chile, Colombia y México hasta 183 días siempre que realicen una actividad no remunerada.

En esta materia, basados en la práctica regional, no somos muy optimistas, pensando en un proceso de integración como el Andino, del que Colombia y Perú son parte y que es prevalente a cualquier otro en el que sus miembros participen. En la Comunidad Andina solo se ha podido aprobar por el ente supranacional la admisión e ingreso de ciudadanos, en calidad de turistas, mediante la sola presentación de uno de los documentos nacionales de identificación, válido y vigente, para permanencias de hasta noventa días prorrogables por un período más. Derecho que en la práctica, no solo no se difunde, sino que las autoridades migratorias fijan arbitrariamente los tiempos de permanencia. Incluso se han modificado unilateralmente los requisitos de admisión e ingreso. En todo caso, tanto en la Alianza como en la Comunidad Andina, no se evidencia la posibilidad de liberar el factor trabajo, pese a que se trata de una libertad indispensable para una integración trascendental, profunda, si entendemos ésta en los términos en que se generó su expresión.

La razón de integrarse define el segundo objetivo que se propone la Alianza. De manera retórica, olvidan la fragmentación que ya existía y que refuerzan con este nuevo proyecto, que de paso desconoce y debilita los anteriores. Así, señalan que la constitución de un marco vinculante que les facilite un acceso más seguro a los mercados más importantes, estimularía “un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías de las partes”. Adicionalmente, cierran este objetivo resaltando la pretensión de lograr un mayor bienestar, la superación de la desigualdad socioeconómica y la inclusión social de sus habitantes. Ninguna experiencia regional o subregional en materia de integración ha contribuido de manera decisiva a este objetivo.

El tercer y último objetivo tiende a convertir el área de integración regional constituida en una plataforma de articulación política, de integración económica y comercial, de proyección al mundo, con especial énfasis al Asia Pacífico. Objetivo que para cristalizarse, significa cambiar la práctica regional, toda vez que ninguna experiencia latinoamericana de integración regional o subregional ha logrado negociar en bloque o ha incrementado su poder de negociación, siempre termina por reinar el unilateralismo.

Un estudio de Nolte y Whener evidencia las dificultades del segundo y tercer objetivo, destacando en sus conclusiones que si bien la Alianza pretende ser algo

más que otro TLC, ha avanzado fundamentalmente en cooperación – a nuestro juicio tímidamente – y está por verse la posibilidad de definir posiciones comunes en foros internacionales. Además, enfatiza en las reacciones adversas que ha desatado en la región (Venezuela, ALBA, Brasil y sus socios del Mercosur) – aumentado la fragmentación – toda vez que se identifica como una herramienta de Estados Unidos con la que Washington puede reafirmar su hegemonía en la región. Con ella se estarían reforzando las fuerzas centrífugas en el Mercosur, entre otras razones por el equilibrio que intenta conseguir México en Suramérica.

Adicionalmente, los miembros de la Alianza no han definido que es Asia-Pacífico, tarea nada fácil para estos y que tiene múltiples concepciones, para unos es la cuenca o marco geográfico del océano Pacífico, explicación que se soportaría además, con la conformación del denominado Foro de Cooperación Asia-Pacífico APEC (*Asia Pacific Economic Cooperation*) donde tienen cabida países de Asia, Oceanía y América y que hoy cuenta con 21 Estados miembros de los tres continentes que rodean este océano. Sin embargo, el antecedente que empezó a perfilar la cuenca del pacífico como región data de 1967, cuando surge el Consejo Económico de la Cuenca del Pacífico PBEC (*Pacific Basin Economic Council*) que como organización informal, con participación de corporaciones empresariales, buscaba la facilitación de los negocios en la región. Estuvo inicialmente conformado por líderes de negocios de Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Japón a los que se suman los de Corea del Sur, México, Hong Kong, Malasia y Filipinas.

En 1980, para deliberar propuestas del PBEC, surgió el Foro de Cooperación Económica del Pacífico PECC (*The Pacific Economic Cooperation Council*), organización tripartita compuesta por empresarios, funcionarios de gobiernos y académicos, que como foro regional debaten – a título personal – sobre la cooperación y la coordinación de políticas que promueven el desarrollo económico en la región. Inicialmente contó con la representación de 11 economías, que hoy suman 23, entre ellas la de Mongolia que no tiene salida al océano.

Para el Centro de Asia y el Pacífico en los Estudios de Seguridad de los Estados Unidos, APCSS (*Asia Pacific Center for Security Studies*), la región es más amplia e incluye países de Asia, aunque no toquen el Pacífico, así como la mayoría del cinturón de Oceanía y América que tocan el Pacífico: 49 Estados en total.

El Observatorio América Latina-Asia Pacífico, para efectos de sus boletines estadísticos, cuando se refiere a los flujos comerciales de ida y vuelta, considera la totalidad de Asia y Oceanía como un solo conjunto.

Como se pone de manifiesto y parafraseando a Francisco Barbosa y otros, la génesis de los organismos y mecanismos de integración en la región que estamos tratando de delimitar, evidencia que “Washington no solamente ha estado atento a sus desarrollos sino que ha participado activamente en ellos, frenándolos o impulsándolos, promovéndolos o sumándose a los mismos”. De ahí que la integración asiática hacia adentro, con base en el fortalecimiento de la identidad regional, no sea una realidad y abriera paso al diálogo transpacífico.

Por lo expuesto, sin que exista una concepción definida de Asia-Pacífico – ni siquiera por parte de los Estados miembros de la Alianza – de manera arbitraria, y guiados por la inserción que entendemos busca Colombia y en la que sus socios ya la vienen desplazando, configuraremos Asia-Pacífico de la siguiente manera: Con

base en la división de la ONU los países de Asia Oriental (China, Corea del Norte, Corea del Sur, Japón, Mongolia y Taiwán) y los del Sudeste Asiático (Birmania, Brunéi, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Singapur, Tailandia, Timor Oriental y Vietnam). Excluimos a Rusia – que para efectos comerciales Colombia la considera dentro de Europa; y por el lado de Oceanía, sumaremos Australia, Nueva Zelandia y las islas de Nueva Guinea descartando Melanesia, Micronesia y Polinesia. No incluiremos a ninguno de los países americanos de la cuenca del pacífico con los que Colombia ya tiene tratados suscritos de libre comercio.

4. Si uno navega por el sitio Web de la Alianza, veremos que se promocionan como un espacio de cooperación efectivo que impulsa iniciativas innovadoras. El desarrollo de los mecanismos de cooperación a través de una plataforma cooperativa, es un mandato del Acuerdo Marco de la Alianza previsto en el acápite de objetivos (literal f) del numeral 2° del artículo 3°). Previamente mediante el Memorando de Entendimiento del 4 de diciembre de 2011 se establecieron las bases de la Plataforma de Cooperación del Pacífico que impulsa la cooperación entre los países miembros y con terceros, en las áreas de medio ambiente y cambio climático; innovación, ciencia y tecnología; desarrollo social; así como otras que de común acuerdo establezcan los países. Pese a lo anterior los resultados son escasos:

a) *Libre movilidad de personas.* Al respecto ya nos pronunciamos líneas arriba, anotando que realmente se trata de una facilitación para el tránsito migratorio especialmente referido a personas de negocios, que se queda muy corto con el objetivo pretendido de una integración profunda basada en cuatro libertades, entre estas, la liberalización de personas. La medida fruto de esta cooperación no es otra que la admisión hasta por seis meses (debe renovarse a los 90 días) siempre y cuando las actividades que realicen sean de tipo no remunerado (turistas, tránsito o negocios). Medida que ya existía entre Colombia y Perú en virtud de la Decisión 503 de la Comunidad Andina y entre el acuerdo de esta última con Chile. La innovación real es el desmonte de la visa que exigía México a colombianos y peruanos.

b) *Preservación y respeto del medio ambiente y creación de una red de investigación científica sobre cambio climático.* Dentro de los cuatro proyectos originarios de cooperación se mencionaba el proyecto de investigación científica en materia de cambio climático que facilitaría el intercambio de experiencias y avances en la investigación, monitorearía oportunidades de colaboración, exploraría la aplicación de conocimiento científico y desarrollo de capacidades y trabajaría para producir conocimiento de aplicación de políticas públicas. Proyecto que se ha venido redefiniendo en mínimos, limitando su objetivo al diseño e implementación de una red regional para el monitoreo de la biodiversidad, en el contexto del cambio climático, a partir de esfuerzos coordinados y sinérgicos entre las redes nacionales de los países de la Alianza del Pacífico. Por cierto en el marco de la Comunidad andina, desde 1996 existe la decisión supranacional 391, que tiene por objeto regular el acceso a los recursos genéticos de los Países Miembros y sus productos derivados, con el debido reconocimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales. Esta Decisión de las más avanzadas en el mundo y que desarrolla el Convenio sobre Diversidad Biológica suscrito

en Río de Janeiro en junio de 1992 desvirtuaría – una vez más – lo innovador de la cooperación efectiva de la Alianza.

c) *Intercambio académico y estudiantil*. Este fue el primer y más voceado marco cooperativo. Pretende crear una plataforma de movilidad estudiantil y académica que promueva el intercambio de estudiantes de pregrado y posgrado, así como de docentes universitarios e investigadores en instituciones de educación superior, durante el 2013 significó 228 becarios de pregrado y 30 de posgrado y hasta noviembre de 2014 en total serían 573 becarios de pregrado y 79 de postgrado, completando en los dos años 652 beneficiarios. El apocado compromiso es que anualmente cada país otorgue hasta 100 becas.

d) *Promoción cultural*. Dentro de los proyectos de promoción cultural se quiere aportar a los procesos de inclusión social y de integración de los países miembros de la Alianza mediante el deporte, la cultura, la culinaria y el voluntariado.

Hasta la fecha en materia deportiva solo se han dado dos encuentros, uno de voleibol infantil, que tuvo lugar en el marco de la IX Cumbre de Presidentes en Punta Mita, México los días 18 y 19 de junio de 2014 y otro de baloncesto modalidad 3x3, realizado en Cali, Colombia del 10 al 14 de noviembre de 2014.

En materia culinaria, se pretende promover el intercambio de las cocinas tradicionales de los países miembros de la Alianza con el propósito de visibilizar la riqueza cultural y diversidad culinaria, sin embargo, solo se ha concretado el festival gastronómico “Los Sabores de la Alianza del Pacífico” realizado en Seúl, Corea, del 13 al 21 de noviembre de 2014 con el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo. Adicionalmente, solo esta en proyecto promover actividades académicas y de socialización entre los cuatro países, así como una recopilación de recetas.

En el marco del proyecto de voluntariado, aún no hay desarrollos, se ha propuesto la movilización de jóvenes entre los 18 y los 30 años, que tengan especial interés en apoyar procesos sociales. Para esto se identificaron cinco áreas de interés estratégico (desarrollo humano, perspectiva de género, participación ciudadana, cultura de paz e inclusión social). Se esperaba una convocatoria en este sentido para febrero de 2015 que no se ha dado.

e) *Integración de los mercados de valores*. Cabe resaltar que las bolsas de valores son organizaciones privadas que brinda las facilidades para que sus miembros, atendiendo los mandatos de sus clientes, introduzcan órdenes y realicen negociaciones de compra y venta de valores, tales como acciones de sociedades o compañías anónimas, bonos públicos y privados, certificados, títulos de participación y una amplia variedad de instrumentos de inversión.

El denominado Mercado Integrado Latinoamericano MILA, no es un resultado de la Alianza, se trata de un acuerdo previo, entre particulares, que en 2009 suscribieron la Bolsa de Comercio de Santiago, la Bolsa de Valores de Colombia y la Bolsa de Valores de Lima, con la participación de los depósitos Deceval, DCV y Cavali. Entró en operación el 30 de mayo de 2011 brindando oportunidades a inversionistas e intermediarios de Chile, Colombia y Perú, quienes desde entonces pueden comprar y vender las acciones de las tres plazas bursátiles, simplemente a

través de un intermediario local. En diciembre de 2014, se oficializó la entrada de la Bolsa Mexicana de Valores e Indeval.

No se trata de una fusión o integración corporativa, se utilizan herramientas tecnológicas que facilitan las operaciones, además de la adecuación y armonización de la regulación sobre la negociación de mercados de capitales y custodia de títulos. Por lo anterior, ningún mercado pierde su independencia, ni autonomía regulatoria.

f) *Compartir sedes diplomáticas y apertura de oficinas comerciales conjuntas y participación en ferias y exposiciones en un mismo espacio.* Compartir sedes diplomáticas es una experiencia inédita en la región, fundamentada en acuerdos específicos entre los países miembros de la Alianza, así los cuatro países comparten la sede en Ghana; Colombia y Perú hacen lo propio en Vietnam; Chile y Colombia comparten sedes en Marruecos, Argelia, Azerbaiyán y en la Misión Diplomática en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y Colombia y México lo hacen en Singapur.

En estos aspectos la cooperación ha sido muy dinámica, en 2012, se realizaron 6 seminarios de oportunidades de Inversión Extranjera Directa y 2 participaciones conjuntas en Ferias Internacionales, en el 2013, 24 seminarios de oportunidades de comercio y/o inversión, 8 participaciones conjuntas en ferias internacionales, 3 encuentros empresariales y una macrorrueda de Negocios.

En 2014, se dieron 17 seminarios de oportunidades de comercio e inversión, 9 participaciones conjuntas en ferias Internacionales, la segunda macrorrueda, un foro de emprendimiento e innovación, el lanzamiento de la Oficina de promoción conjunta en Turquía y el citado primer festival gastronómico. En lo que va corrido del 2015, 3 participaciones conjuntas en ferias internacionales.

g) *Mejora en la competitividad y la innovación de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas.* Este también fue otro de los programas originarios de cooperación con miras a generar sinergias que contribuyan al mejoramiento de la competitividad de las micro, pequeñas y medianas empresas, el fortalecimiento de la institucionalidad y la gestión mediante un intercambio de conocimientos y experiencias. Se previó trabajar a través de cuatro talleres: competitividad empresarial, desarrollo empresarial, monitoreo y evaluación de impacto de programas y proyectos MIPYMES, así como mecanismos de financiamiento.

No obstante, hasta ahora solo se creó el Grupo Técnico de PYMES, encaminado a profundizar en la colaboración de buenas prácticas en políticas públicas para apoyar a las pequeñas y medianas empresas, facilitando así el fortalecimiento y modernización de éstas. El grupo solo ha logrado consensuar unos lineamientos para desarrollar proyectos donde se den encadenamientos de valor; desarrollo de proveedores; aprovechamiento del mercado de la región; posibilidades de exportaciones conjuntas a otros mercados y fomentar actividades económicas de alto potencial. Además, se promueve la modernización tecnológica y organizacional de las empresas, respetando los estándares internacionales.

h) *Turismo.* Los directores de las entidades de promoción de turismo de la Alianza, previeron para el año 2015, por un lado, la participación conjunta en la feria Tianguis Turístico de México celebrada en Acapulco (marzo de 2015), y además, la

I Caravana turística, que – como acción conjunta – se realizará por primera vez, y que tiene como objetivo capacitar agencias mayoristas, minoristas y aerolíneas, en las ciudades de Santiago, Lima, México y Bogotá.

El antecedente más importante en esta materia, fue la participación conjunta, a nombre de la Alianza en la feria *Meetings, Incentives, Conferences and Exhibitions* (MICE) en Frankfurt, Alemania.

i) *Integración de Fomento a la Producción y Consumo Sustentable – PyCS*. A partir de la implementación de buenas prácticas institucionales se promoverá el uso sostenible, la protección del medio ambiente y la competitividad empresarial, produciendo, comprando y consumiendo de forma sustentable.

Para esto se necesitará desarrollar mecanismos e instrumentos que fomenten acuerdos de PyCS entre sectores público y privado, estableciendo criterios sustentables para bienes y servicios prioritarios. Iniciativa que se ejecutará con el apoyo técnico y financiero del Fondo de Cooperación alemana.

l) Para alcanzar los objetivos señalados, el Acuerdo Marco (literal e del numeral 2° del artículo 3°) también pretende coordinar la prevención y contención de la delincuencia organizada transnacional para fortalecer las instancias de seguridad pública y de procuración de justicia. Sin embargo, no se conoce ningún desarrollo en este sentido.

m) Finalmente, en mayo de 2013, se suscribió el Acuerdo para el Establecimiento del Fondo de Cooperación, que se encuentra en proceso de ratificación, el cual a través de aportaciones financieras equitativas de las partes que lo conforman, permitirá financiar la ejecución de proyectos y acciones de cooperación en las áreas de medio ambiente y cambio climático; innovación, ciencia y tecnología, micro, pequeñas y medianas empresas y desarrollo social en las diferentes modalidades definidas por los miembros.

5. El altísimo grado de presidencialismo es una característica de este proceso. Sin que el Tratado constitutivo lo prevea, los presidentes de los cuatro países entienden que conforman el máximo órgano de decisión del proceso; configurando la misma lógica –aunque no institucionalizada– que en los demás procesos de integración regional, donde se personifica y jerarquiza la integración, contribuyendo muy poco a sus desarrollos.

De conformidad con el Acuerdo Marco, artículo 4°, los ministros de relaciones exteriores y los ministros responsables de comercio exterior, o sus designados, conforman el Consejo de Ministros. Se trata de un órgano encargado de adoptar decisiones y que debe desarrollar los objetivos y acciones del Tratado y de las Declaraciones Presidenciales. Se trata de un órgano decisorio con funciones ejecutivas y administrativas, que también vela por el cumplimiento y aplicación de las decisiones, evalúa resultados, aprueba actividades y define lineamientos políticos en su relación con terceros, establece grupos de trabajo, sus propias reglas y adopta las medidas necesarias para la consecución de objetivos.

Este Consejo se reunirá ordinariamente una vez al año y extraordinariamente a petición de alguno de los Estados miembros. Para sesionar se necesita la repre-

sentación de todas las partes, lo que en últimas es una facultad de bloqueo reglada por las partes. Todas las decisiones y/o acuerdos se deben adoptar por consenso y serán parte integrante del ordenamiento jurídico de la Alianza. Podrán contemplar diferentes modalidades para la consecución de los objetivos. Modalidades que no han sido definidas aún.

Existe un Grupo de Alto Nivel (GAN) integrado por los viceministros de relaciones exteriores y de comercio exterior de los países miembros, que se creó con la Declaración Presidencial de Lima, del 28 de abril de 2011. Este grupo – no contemplado en el Tratado – es una instancia administrativa más que supervisa los avances de los grupos técnicos, evalúa nuevas áreas en las cuales se pueda seguir avanzando y prepara propuestas para la proyección y relacionamiento externo con otros organismos o grupos regionales. Este grupo podrá ser convocado por el Consejo de Ministros cuando lo estime necesario.

La organización de las cumbres presidenciales, la coordinación de las reuniones del Consejo de Ministros y del GAN, y el registro de actas le corresponde a la Presidencia *pro tempore* de la Alianza del Pacífico. Funciones que se ejercen de manera sucesiva, por cada uno de los Estados miembros, en orden alfabético, por períodos anuales que inician en enero. Además, de estas atribuciones, asumirá las que le confiera expresamente el Consejo de Ministros y pondrá a consideración de este los programas de actividades y por encargo de los Estados, representará a la Alianza. Nótese que ningún órgano tiene la capacidad de representar la Alianza.

Adicionalmente, existen unos grupos y subgrupos técnicos, que aunque el Tratado constitutivo no los menciona, están compuestos por servidores públicos de los cuatro países miembros, cuya función es negociar disciplinas transversales pactadas en el marco de la zona de libre comercio pretendida.

La composición y forma de adoptar decisiones del Consejo y el alto grado de presidencialismo, nos permite inferir un régimen intergubernamental de cooperación política que no se correspondería con la pretendida construcción de un área de integración profunda.

En todo caso, los desarrollos del Tratado constitutivo, del Protocolo Adicional y las decisiones del Consejo de Ministros y otros acuerdos adoptados, son parte integrante del ordenamiento jurídico de la Alianza del Pacífico.

La Alianza, está configurando un conjunto de normas y actos jurídicos – fundamentalmente el Tratado constitutivo, el Protocolo adicional (cuando entre en vigor) y las declaraciones presidenciales que regulan las conductas de los Estados entre sí y de estos con terceros Estados y organismos que mejorará su posición conjunta. Con estas procura potenciar la cooperación entre las partes para facilitar la obtención de los fines propuestos en el Tratado constitutivo y mejora sus relaciones recíprocas. No obstante, con fundamento en Pizzolo, se trataría de un conjunto normativo, no propiamente de la integración, sino regulado por el derecho internacional general que sería distinto del denominado derecho comunitario.

6. La Alianza del Pacífico es una entidad interestatal establecida por un tratado internacional, dotada de órganos propios y permanentes, encargados de gestionar intereses colectivos. Sin embargo, el profesor Piero Pennetta, fundamentado en dos escritos, el de María Esther Morales con Leobardo Almonte de Jesús y el de

Jesper Tvedad, considera desde un punto de vista técnico jurídico solo se trata de un acuerdo multilateral articulado que se caracteriza por su reducido aparato institucional y por un cuerpo completo de carácter material. No compartimos este punto de vista si el análisis lo hacemos desde la perspectiva del derecho internacional, no obstante, coincidiríamos con él si nos detenemos en la práctica y no en su tratado constitutivo, toda vez que no se evidencia independencia de sus órganos y mucho menos capacidad de expresar una voluntad jurídica distinta de la de sus miembros. Adicionalmente, la jerarquización y consideración de los presidentes como máximo órgano sin serlo, pondría en entredicho que estemos frente a una organización internacional.

En gracia de discusión, desde una perspectiva jurídica, si estamos frente a una organización internacional, debemos distinguir si tienen un carácter universal o restringido, las universales se fundamentan en el principio de inclusión, esto es en la posibilidad de que los Estados cooperen entre todos y las de carácter restringido que se basan en el principio de la exclusión, porque la cooperación se reduce a un número limitado de Estados, toda vez que obedecen a un orden espacial, este es el caso de las organizaciones regionales, subregionales e incluso de las intercontinentales. De acuerdo con esta clasificación la Alianza estaría configurando una organización internacional restringida entre lo regional e intercontinental, toda vez que pretende convertirse en una plataforma de articulación política que fortalezca los diferentes esquemas de integración en América Latina, además de mantener una proyección hacia la región de Asia-Pacífico (Tratado de Paranal, preámbulo y objetivos).

La Alianza, respecto del objeto de la cooperación evidencia una competencia especial, referida al sector económico “área de integración profunda para avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas”, con características de coordinación e integración “construida, de manera participativa y consensuada” (Tratado de Paranal, artículos 1 y 3).

Con fundamento en el reparto de competencias, también se puede clasificar a las organizaciones de interestatales, donde distinguiremos entre aquellas en las cuales los Estados miembros han cedido sus competencias soberanas y las que se consideran como una simple cooperación para coordinar y desarrollar intereses comunes. Así, en las que opera una cesión de competencias de los Estados miembros a los órganos comunes, se caracterizan por suponer la atribución de poderes estatales a unos órganos independientes, que tienen la posibilidad de pronunciarse, sea por mayoría y/o unanimidad, al tiempo que las decisiones que adopten podrán tener, en determinadas ocasiones, autoridad directa e inmediata en los órganos jurídicos nacionales. En el caso del Tratado de Paranal, constitutivo de la Alianza, no evidenciamos cesión de competencias, por el contrario, se enfatiza en la voluntad de constituirlo como un espacio de concertación y convergencia, que se hará de manera progresiva, participativa y consensuada. Estamos pues, frente a una simple cooperación para coordinar y desarrollar intereses comunes entre los miembros (Tratado de Paranal, art. 3).

Como clasificación complementaria a la anterior, es la que obedece al criterio de la jerarquía. Así, las organizaciones internacionales podrían clasificarse en supranacionales o intergubernamentales. Las supranacionales cuentan con poder decisorio que vincula a los Estados sin su consentimiento y con efecto directo sobre

sus nacionales, por el otro lado, las organizaciones intergubernamentales requieren consentimiento de los Estados para vincularlos. El Tratado de Paranál, por un lado, deja claro que las decisiones le competen al Consejo de Ministros y éstas, como otros acuerdos, se adoptarán por consenso y por el otro, que todas sus normas serán parte integrante de su ordenamiento jurídico (Tratado de Paranál, artículos 4-6). Sin embargo, no menciona el mecanismo de incorporación de estas decisiones y mucho menos hace referencia a la aplicación y efecto de las mismas. Así, sumado al énfasis que se hace en el texto a la cooperación progresiva, participativa y consensuada, no nos quedan dudas que estaríamos frente a una organización intergubernamental en la que sus decisiones requerirán consentimiento de los Estados para vincularlos.

Por último debemos tener en cuenta, que las organizaciones internacionales actúan en dos dimensiones, al interior de sus Estados miembros, como cuando adoptan normas y al exterior cuando se relacionan con terceros Estados y otras organizaciones internacionales. Esta doble dimensión plantea el problema de su personalidad jurídica no solo en el interior de los Estados miembros, sino también respecto al derecho internacional. En otras palabras, tienen capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones conforme al derecho internacional y de establecer relaciones jurídicas internacionales con terceros Estados y otras organizaciones.

La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1949, en el asunto de la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, fue determinante para no dudar de la posibilidad de que las organizaciones internacionales gocen de personalidad jurídica al ser consideradas como sujetos del ordenamiento internacional. Pero no todas las organizaciones internacionales son explícitas en su tratado constitutivo sobre su carácter de persona jurídica, dependiendo muchas veces del reconocimiento propio y/o de terceros. De ahí y fundamentados en Urueña, analizaremos tres escuelas que nos sirven para este propósito:

a) La escuela atributiva, que considera que las organizaciones internacionales gozan de personalidad jurídica internacional siempre que esta haya sido atribuida de manera expresa por los Estados miembros, es decir debe existir una estipulación en el contenido del respectivo tratado constitutivo. No sería el caso de la Alianza del Pacífico toda vez que su Tratado constitutivo no tiene ninguna previsión en ese sentido.

b) En contraposición, existe la personalidad jurídica objetiva que sin necesidad de ser mencionada de manera expresa en el tratado constitutivo, supone que las organizaciones contarán con personalidad jurídica en la medida en que cuenten con un órgano que expresa su voluntad de manera independiente de la de los Estados miembros. Se fundamenta en la capacidad del órgano creado, de tal manera que puede expresar la voluntad de la organización de forma autónoma a los Estados que la componen. Si es así, estos tácitamente le atribuyeron la personalidad jurídica.

La existencia del Consejo de Ministros en la Alianza, como órgano al que se le ha encomendado el cumplimiento de tareas específicas (Tratado de Paranál, art. 4), la existencia de obligaciones de los miembros con respecto al desarrollo de los objetivos de la organización (Tratado de Paranál, art. 3), el Acuerdo para el Establecimiento del Fondo de Cooperación de la Alianza del Pacífico y la eventual posesión de capacidad jurídica, privilegios e inmunidades que tendrían sus agentes en el territorio de

los miembros, no nos dejarían duda acerca de la personalidad jurídica de la Alianza del Pacífico de conformidad con el criterio de la personalidad jurídica objetiva.

c) Por último, existe la escuela subjetiva, donde se sostiene que la personalidad jurídica se deriva de la voluntad de los Estados, así esta puede ser reconocida por los Estados miembros y/o por terceros.

Para la Alianza, no descartaríamos el criterio subjetivo, toda vez que la personalidad jurídica derivaría de la voluntad de los Estados, que conforme a su tratado constitutivo y a las declaraciones de sus presidentes, le definen a la Alianza la promoción de iniciativas y lineamientos de acción sobre temas de interés regional o internacional, es decir, actuando como un ente autónomo.

En todo caso, el desarrollo de los objetivos en una organización internacional se fundamenta en un cuerpo normativo que constituye su orden jurídico, comprendido por el derecho constitutivo u originario (tratados, protocolos y anexos) y por el derecho derivado o secundario que producen sus órganos. Hasta el momento, el ordenamiento jurídico de la Alianza está compuesto por el Tratado de Paranal, el Protocolo Adicional – una vez entre en vigor –, las decisiones del Consejo de Ministros – cuando se den – y las declaraciones presidenciales.

7. La narrativa alrededor de la Alianza del Pacífico es maravillosa, sin embargo, si profundizamos en lo pactado y desarrollado, hay más ficción que realidad y su excesivo ruido no se corresponde con su recorrido. Parafraseando el título de un esfuerzo académico conjunto entre la Konrad Adenauer Stiftung, la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad Santiago de Cali – en el que participamos – es más un mito que una realidad.

La “rápida” liberalización de bienes y servicios – tan ruidosamente anunciada – se debe y soporta en los acuerdos de libre comercio de México con Colombia (1995), con Chile (1999) y Perú (2012), de Chile con Colombia y Perú – en el marco de la negociación bilateral con la Comunidad Andina – (2006) y de Colombia con Perú en el marco multilateral de la Comunidad Andina gradualmente consolidado (1997-2005).

Por su parte, los acuerdos económicos, comerciales y de integración vigentes entre México, Perú, Chile y Colombia, fundamentan la economía abierta que viene constituyendo la Alianza del Pacífico, sin embargo, todo acuerdo regional de integración de carácter económico – en virtud a las normas de origen – discrimina. Así lo hacen los acuerdos entre los miembros de la Alianza del Pacífico, también los que cada miembro tiene con terceros Estados y los que otros Estados latinoamericanos tienen entre sí. Contradicción evidente con uno de los fines rectores que promueve la OMC “los países no deben establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales”.

El combinar acceso libre a varios mercados con importaciones de diversas fuentes, puede ser atractivo para Chile, Colombia, Perú y México, sin embargo, ocasiona superposición de obligaciones y dificultades administrativas en materia de acceso. De ahí, que homologar normas de origen entre todos los miembros es un reto difícil que se alcanzó parcialmente en el recién firmado Protocolo Adicional y que por ahora solo se refiere a los acuerdos entre estos, sin tener en cuenta las obligaciones económicas que tenga cada uno con terceros. En todo caso, tanto en el Tratado

Constitutivo de la Alianza como en el Protocolo Adicional, señalan su respeto por las obligaciones con terceros.

Su primer objetivo, pretende construir un área de integración profunda para avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas. Si entendemos que se trata de la liberalización de estos factores, se constituiría un mercado común y necesariamente se fundamentaría en entes supranacionales decisorios que impongan patrones de conducta y administren el espacio económico que resulta fusionado. De lo contrario, la plena liberalización de las cuatro libertades referidas se condena, a la revalidación política permanente de los Estados miembros y somete las decisiones adoptadas a mecanismos no automáticos de incorporación en las legislaciones internas.

Además, la Alianza tiende a convertir su área de integración regional en una plataforma de articulación política, de integración económica y comercial, y de proyección al mundo, con especial énfasis al Asia-Pacífico, incrementado así su poder de negociación. Sin embargo, ninguna experiencia latinoamericana de integración regional o subregional ha logrado negociar en bloque, siempre termina por reinar el unilateralismo.

El Protocolo Adicional, en trámite de ratificación, negoció capítulos transversales en materia de acceso a mercados (reglas de origen, facilitación de comercio y cooperación aduanera, medidas sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio, contratación pública, comercio transfronterizo de servicios, inversión, servicios financieros, servicios marítimos, comercio electrónico, telecomunicaciones, transparencia y solución de diferencias) y profundizó, en materia de aranceles, ahondando en las condiciones de acceso bilateral existente, al liberalizar 90% de líneas arancelarias. No obstante, no homologó plenamente los requisitos de origen, conservándose muchos de los que en forma específica rigen entre las partes en sus relaciones bilaterales y multilaterales existentes.

Con base en los tratados previos entre los miembros, están configurando una zona que promueve y protege las inversiones, estimulando flujos de inversión entre los socios y de terceros, pero que no da trato nacional liberalizando el movimiento de capital dentro de la zona. Esto que caracteriza una integración trascendental, profunda como la europea. La pretendida libre circulación de capitales y la promoción de las inversiones en la Alianza, se fundamenta en los capítulos de inversión de los tratados bilaterales de libre comercio que tienen las partes y en el caso de Perú y Colombia en el acuerdo autónomo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Obligaciones que se incorporaron en el capítulo décimo del Protocolo Adicional.

La anunciada liberalización de personas en la zona, no es tal, como en el caso de la liberalización del capital, se tergiversan intencionadamente los conceptos. De lo que realmente se trata es de cooperación entre las autoridades migratorias y consulares para facilitar el movimiento de personas y el tránsito migratorio, especialmente de hombres de negocio y turistas.

Así el primer objetivo de la Alianza, que se acordó – para diferenciarse de una simple zona de libre comercio – se propone a la imaginación – de propios y extraños – como posible o verdadero, no siéndolo. Por su parte, los dos objetivos restantes son bastantes retóricos, el segundo relacionado con que un proceso de esta naturaleza estimulará “un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de las

economías de las partes” para lograr “un mayor bienestar, la superación de la desigualdad socioeconómica y la inclusión social de sus habitantes”. En Latinoamérica, ninguna experiencia regional o subregional en materia de integración a contribuido de manera decisiva a este objetivo, como tampoco lo han hecho los TLC suscritos con países no latinoamericanos. El último objetivo tiende a convertir la Alianza en una plataforma de articulación política, de integración económica y comercial, de proyección al mundo, con especial énfasis al Asia Pacífico. Lo que significa cambiar la práctica regional y todas las experiencias latinoamericanas de integración regional o subregional, toda vez que ninguna – en la que por cierto han participado tres de los cuatro miembros de la Alianza – ha logrado negociar en bloque o ha incrementado su poder de negociación, siempre termina por reinar el unilateralismo.

Pese al énfasis en la Región Asia-Pacífico, los miembros de la Alianza no han definido la configuración de esta región, de ahí que arbitrariamente – de acuerdo a la región en la que quiere insertarse Colombia y en la que ya la viene desplazando sus socios – creamos que se trata de Asia Oriental, esto es China, Corea del Norte, Corea del Sur, Japón, Mongolia y Taiwán, junto con el Sudeste Asiático comprendido por Birmania, Brunéi, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Singapur, Tailandia, Timor Oriental y Vietnam, y en Oceanía, Australia, Nueva Zelandia y las islas de Nueva Guinea.

En materia de cooperación, creemos que los esfuerzos son muy tímidos, dos de ellos más maduros y existentes en el esquema de integración andino, como la admisión hasta por seis meses – con renovación a los 90 días – para turistas, personas en tránsito u hombres de negocio y el diseño e implementación de una red regional para el monitoreo de la biodiversidad.

Con relación al intercambio académico y estudiantil, creemos que la oferta de 100 becas al año por país es muy poco, equivale al 0,0019% de los 212 millones de personas que suma la Alianza, cifra que por cierto, se usa constantemente para promoverla. En materia de promoción cultural, se han desarrollado dos encuentros deportivos con escaso número de participantes, un festival gastronómico en Seúl y el anuncio de una convocatoria para voluntarios jóvenes entre 18 y 30 años.

Respecto de la integración de mercados de valores hay que precisar que no es un resultado de la Alianza, se trata de un acuerdo previo, entre particulares, (la Bolsa de Comercio de Santiago, la Bolsa de Valores de Colombia y la Bolsa de Valores de Lima), que empezó a operar en 2011 y a la que en diciembre de 2014 se le sumó la Bolsa Mexicana de Valores.

Compartir sedes diplomáticas y apertura de oficinas comerciales conjuntas y participación en ferias y exposiciones en un mismo espacio, es sin duda el desarrollo cooperativo más dinámico de la Alianza. Desde el 2012 y hasta la fecha se comparten 7 sedes diplomáticas, se han realizado 47 seminarios de oportunidades, se ha participado conjuntamente en 22 ferias internacionales, y se han realizado 3 encuentros empresariales y 2 macro ruedas de negocios.

Respecto de la mejora en la competitividad y la innovación de las micro, pequeñas y medianas empresas solo se creó el Grupo Técnico de PYMES que ha logrado consensuar unos lineamientos para desarrollar proyectos futuros. Igual de escasos los esfuerzos cooperativos en Turismo, dos participaciones en ferias internacionales (Acapulco y Frankfurt) con stand de cada país miembro y logo de la Alianza.

Finalmente un proyecto de cooperación para el fomento de la producción y consumo sustentable que se ejecutará con el apoyo técnico y financiero del Fondo de Cooperación alemana; sin desarrollos en la pretendida coordinación, prevención y contención de la delincuencia organizada transnacional; y la suscripción de un Acuerdo en 2013, para el Establecimiento del Fondo de Cooperación, que se encuentra en proceso de ratificación.

Su andamiaje institucional es escaso, como organización internacional-pacto competencias especiales, referidas al sector económico, sin que se observe cesión de competencias, por el contrario, enfatiza en la voluntad de constituirlo como un espacio de concertación y convergencia que se haría efectivo de manera progresiva, participativa y consensuada. Así, estamos frente a una simple – no trascendental, no profunda – cooperación para coordinar y desarrollar intereses comunes entre los miembros. Como organización interestatal en la que los Estados miembros no quieren darse trato nacional, sus decisiones requerirán consentimiento posterior de los estos para vincularlos.

Cuenta con un solo órgano decisorio – por consenso –, que a su vez es ejecutivo y administrativo, y con una presidencia pro tempore que también tiene funciones administrativas, por fuera de su Acuerdo Marco, creo un Grupo de Alto Nivel con funciones técnicas, y de facto, entiende que el órgano máximo de decisión es la reunión de presidentes, que personifica y jerarquiza la integración, contribuyendo muy poco a sus desarrollos. Alto grado de presidencialismo que es uno de los tantos talones de Aquiles que tienen todos los procesos de integración latinoamericana de los que quiere distinguirse.

El Tratado constitutivo solo menciona a quién le competen y cómo se adoptan las decisiones y que estas hacen parte de su ordenamiento jurídico. Sin embargo, no menciona el mecanismo de incorporación de estas decisiones y mucho menos hace referencia a la aplicación y efecto de las mismas.

Como organización interestatal, gozaría de personalidad jurídica objetiva toda vez que su Tratado constitutivo no la observa expresamente, pero se infiere – principalmente – de las funciones que ejercerá el Consejo de Ministros y de la existencia de obligaciones de los miembros con respecto al desarrollo de los objetivos de la organización. Incluso como los Estados miembros le definen la promoción de iniciativas y lineamientos de acción sobre temas de interés regional o internacional como si fuera un ente autónomo, gozaría también de personalidad jurídica conforme a la escuela subjetiva derivada de esta voluntad estatal.

Por ahora, la Alianza no es más que una sumatoria de zonas de libre comercio pactadas de forma bilateral y en la Comunidad Andina, y solo configurará una tradicional zona de libre comercio integrada, cuando el Protocolo Adicional entre en vigor. Dista mucho de ser una integración trascendental, profunda, pese a que los gobiernos de los Estados que la componen insistan en esto y en que son más que un simple TLC.

BIBLIOGRAFÍA

- B. BALASSA, *Tariff Reductions and Trade in Manufactures among the Industrial Countries*, en *Comparative Advantage, Trade Policy and Economic Development*, Londres, 1989, pp. 131-139.

- Id., *Trade Creation and Trade Diversion in the European Common Market: An Appraisal of the Evidence*, en *Manchester School of Economic and Social Studies*, 1974, pp. 93-135.
- F. BARBOSA, E. POSADA, E. SERRANO, *La inserción de Colombia en Asia Pacífico 2020: Colombia en el nuevo océano*, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2011.
- P. CANOVAS, *Planteamientos de la integración. Evolución de la integración en Latinoamérica*, Madrid, 2002.
- A. CAVALCANTE DE OLIVEIRA, *Alianza del Pacífico: de la fragmentación a la convergencia en América latina*, en E. PASTRANA BUELVAS, H. GEHRING (eds.), *Alianza del Pacífico: mitos y realidades*, Universidad Santiago de Cali, Cali, 2014, pp. 351-380.
- M. DÍEZ DE VELASCO, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, 2008, XV ed.
- R. DROMI, M. A. EKMEKDJIAN, J. C. RIVERA, *Derecho comunitario, sistemas de integración régimen del MERCOSUR*, Buenos Aires, 1995.
- P. GONZÁLEZ, M. Á. B. GUTIÉRREZ, R. D. MARTÍN, *¿Qué es la integración económica?*, Universidad de Cantabria, 2010, disponible online.
- D. NOLTE, L. WEHNER, *The Pacific Alliance Casts Its Cloud over Latin America*, *GIGA Focus*, N° 8, 2013, pp. 1-8.
- L. OYARZÚN SERRANO, *Sobre la naturaleza de la integración regional: teorías y debates*, en *Revista de Ciencia Política*, 2008, pp. 95-113.
- J. PALLARES BOSSA, *Derecho internacional público*, Bogotá, 2004.
- J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, 2010, XIV ed.
- E. PASTRANA BUELVAS, H. GEHRING (eds.), *Alianza del Pacífico: mitos y realidades*, Universidad Santiago de Cali, Cali, 2014.
- P. PENNETTA, *Ancora un'esperienza associativa in America Latina: l'Alleanza del Pacifico. Considerazioni comparate con l'Unione europea*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2015, pp. 489-513.
- D. M. PEREYRA, *Comercio e integración en África: el rol de la unión africana*. Tesis no publicada presentada en la Maestría en Relaciones Económicas Internacionales, Universidad Nacional de La Matanza, Buenos Aires, 2007.
- C. PIZZOLO, *Globalización e integración: ensayo de una teoría general*. Buenos Aires, 2002.
- M. SCHIFF, L. A. WINTERS, *Integración Regional y Desarrollo*, Banco Mundial y Alfaomega Colombiana, Bogotá, 2004.
- E. TREMOLADA, *La Alianza del Pacífico: ¿un instrumento idóneo para la inserción de Colombia en la región Asia-Pacífico?*, en *Colombia en el Sistema Internacional: su proyección en Asia*, Bogotá, 2014, pp. 203-237.
- Id., *¿La Alianza del Pacífico facilita la inserción de Colombia en la región Asia Pacífico?*, en *Papel Político*, 2014, pp. 721-752.
- Id., *¿Los pilares que soportan la relación de la Unión Europea con América Latina contribuyen a su desarrollo?*, en ROY J. (Comp.), *Después de Santiago: integración regional y relaciones Unión Europea América Latina*, Miami, Florida, 2013, pp. 193-208.

- ID., *La Alianza del Pacífico: ¿una organización consecuente con sus objetivos?*, en *Repensando la integración y las integraciones*, Bogotá, 2013, pp. 233-258.
- ID., *La integración de la Alianza del Pacífico*, en E. PASTRANA BUELVAS, H. GEHRING (eds.), *Alianza del Pacífico: mitos y realidades*, Universidad Santiago de Cali, Cali, 2014, pp. 145-169.
- R. URUEÑA, *Derecho de las organizaciones internacionales*, Bogotá, 2008.
- J. VINER, *The Customs Union Issue*, Nueva York, 1950.

SITIOS WEB

- Agencia de la Promoción de la Inversión Privada en Perú, www.proinversion.gob.pe
- Alianza del Pacífico, alianzapacifico.net
- Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, ASEAN (*Association of Southeast Asian Nations*), www.asean.org
- Centro de Asia y el Pacífico para Estudios de Seguridad, APCSS (*The Asia-Pacific Center for Security Studies*), www.apcss.org
- Consejo Económico de la Cuenca del Pacífico, PBEC (*Pacific Basin Economic Council*), www.pbec.org
- Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales de Chile, www.direcon.gob.cl
- Foro de Cooperación Económica de Asia-Pacífico, APEC (*Asia Pacific Economic Cooperation*), www.apec.org
- Foro de Cooperación Económica del Pacífico, PECC (*The Pacific Economic Cooperation Council*), www.pecc.org
- Mercado Integrado Latinoamericano – MILA, www.mercadomila.com
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, www.mincomercio.gov.co
- Observatorio América Latina-Asia Pacífico, www.observatorioasiapacifico.com
- ProMéxico, Inversión y Comercio, www.promexico.gob.mx

Abstract

The Pacific Alliance: An Overrated Integration?

In the middle of the unstable situation that prevails in Latin America by the coexistence of different political models – loaded ideologically – that offer different integration schemes, the irruption of the noisily traded Pacific Alliance deserves analyzing beyond the attraction that generates in political leaders and entrepreneurs of the world.

This writing begins by asking whether the Pacific Alliance is really forming a new and pragmatic block as regionalization scheme in Latin America. To answer this question, this paper studies the Incorporation Treaty to interpret it, in the light of the economic and legal theories of integration. It evaluates the bombastic challenges of the preamble, focuses on the glare of its objectives, continues with the announced cooperative frameworks. Finally it analyzes its basic institutional framework and there are questions as to whether as an international organization it enjoys a legal personality.

Massimo Panebianco*

Un codice diplomatico euro-nazionale del '700 (Codice Lünig)**

SOMMARIO: 1. Il “Codice Lünig” di codificazione della prassi diplomatica italiana pre-unitaria. – 2. Le fonti archivistiche del Codice Lünig. – 3. Meriti e demeriti dei codici diplomatici e analisi degli indici-elenchi dei diplomi (*codex-index*). – 4. *Jus commune Italiae* e ducati e granducati del centro-Nord Italia. – 5. La conferma del modello pluralistico nelle repubbliche ducali del fronte orientale ed occidentale (Venezia, Genova). – 6. La sede apostolica romana e la frontiera lunga orientale euro-islamica. – 7. L'Europa protagonista primario del Codice Lünig. – 8. La Sede apostolica romana coprotagonista. – 9. Gli Stati europei del pre- e post-Westphalia. – 10. Atti internazionali pubblici e privati della diplomazia economica preunitaria. – 11. La frontiera meridionale italiana della Santa sede apostolica e dei Regni di Sicilia e di Sardegna. – 12. Regni e principati nel Sud Italia.

1. Nessuno avrebbe immaginato la confezione di una specie di storia cinematografica di dieci secoli mediante un codice diplomatico scritto dall'Europa del '700, che da allora si aggira, come uno splendido fantasma, nelle biblioteche cartacee e telematiche come un documento unico e irripetibile nella storia dei rapporti italo-tedeschi. È l'unica raccolta di prassi diplomatica espressamente e specificatamente dedicata al nostro Paese. Secondo lo stile dell'epoca si inserisce nel genere letterario della codicistica e ricopre un intero millennio, a partire dall'Europa carolingia (800 d.C.) fino all'Europa dei Trattati di Utrecht e loro esecuzione (1713-1725). Lungo l'orizzonte di tale grande epoca storica, si compiono eventi di cui sono attori e protagonisti anche gli Stati italiani preunitari, come attestato da circa un migliaio di documenti diplomatici raccolti dall'archivista J. C. Lünig¹ in tre date di pubblicazioni del suo “*Codex Italiae diplomaticus*” (1725, volumi 1 e 2; 1732 vol. 3; 1735 vol. 4).

A distanza di tre secoli da allora, in Italia si celebrano vari anniversari dell'unificazione nazionale (2011, 2015, 2020), la quale per sua natura è alternativa al modello preunitario o antiunitario dell'Italia pre-1861, intesa come sistema politico

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno.

** Il presente testo riproduce parte dell'Introduzione al volume di codificazione di mille anni di prassi diplomatica italiana vista dalla Germania del '700: M. Panebianco (a cura di), *Codex Italiae diplomaticus – Codice Lünig*, Napoli, 2016.

¹ Per la bibliografia e le opere si consulti B. ROECK, *Lünig Johann Christian*, in *Deutsche Bibliographie*, Band 15, Berlin, 1987, p. 468.

multi-statuale. Perciò qui si tratta di una “*editio nova*” (o *novissima*) del Codice Lünig, i cui testi documentali sono stati largamente riprodotti dagli storici del diritto italiano medievale e moderno e risultano, pertanto, facilmente consultabili grazie alle risorse della tecnologia *online*².

Nel momento attuale, a fronte delle migliaia di pagine della monumentale *editio princeps*, è sembrata opportuna la pubblicazione di un’opera minore o miniata, altrimenti detto di un “codice breve” semplificato e commentato con una introduzione generale di definizione di un mondo dell’Italia storica del primo millennio, ben intesa e finalizzata a coglierne il ruolo fondamentale e basilare nella formazione dello Stato italiano unitario moderno nato nel 1861 (la c.d. nazione Italia come Stato-comunità). In tal modo ci si augura che il Codice Lünig ne risulti consolidato e non indebolito, nella sua serie di trattati e di istituzioni da esso considerati (*elencata diplomatum e indices rerum italicarum*, esempio dello sforzo immane compiuto dall’autore per dare un significato unitario e compiuto a mille anni di storia italiana ed europea)³.

In sintesi, grazie a tali piccoli interventi di restauro di un’opera così altamente meritoria, ci si augura altresì di aver contribuito ad un recupero di memoria storica in un campo ancora altamente nevralgico nell’attuale politica del nostro Paese e dell’Europa intera, lungo le tre direttrici storiche della frontiera orientale, occidentale e meridionale.

2. Nell’Europa del ’700 anche il Codice Lünig è un’opera di stile e cultura europea. Nell’antiporta anteposta alla copertina, essa si presenta come un manifesto dei tre imperatori: Carlo Magno, Ottone III e Carlo V, ovvero gli antichissimi imperatori romani, cui la storia, in tempi diversi, assegnò un ruolo decisivo nella fondazione dello “*jus publicum italiano*” (v. prolegomeni al primo tomo del 1725). Più specificatamente il *Codex* è come un *livre d’époque*, risultato di una comunicazione istituzionale di più archivi e biblioteche d’Europa (tanto risulta anche nei prolegomeni al tomo III del 1732, definito come un supplemento ai primi due, determinato dal rinvenimento di altri “diplomi” in biblioteche italiane ed in “*scriptores historici italicis*”).

A tale peculiarità di fonti di provenienza documentaria, fa da riscontro una richiamata prevalenza di quelle di origine dall’archivio imperiale germanico. Tale utilizzo viene ulteriormente e specialmente segnalato, con riferimento alle serie documentarie riprodotte dei ducati italiani di Milano e Sabaudia (tomo I, numeri LX e CXXII). In ambedue, con identica formula si rinvia al ben noto *archivium sacri romani imperii germanici* (*vulgo Deutsches Reiches Archivium*, D.R.A.).

Alla diligente accortezza del compilatore del *Codex* non sfugge la necessità della doverosa comparazione di due o più testi fra loro concorrenti o divergenti. Ai fini dell’accertamento della loro autenticità, in specie se il contrasto concernesse

² Per un inquadramento generale sul ruolo e sulla funzione della diplomazia v. la classica opera di H. KISSINGER, *L’arte della diplomazia*, Milano, 2004.

³ Per il periodo successivo all’unità d’Italia v. SIOI, CNR, *La prassi italiana di diritto internazionale. Prima serie (1861-1887)*, 2 volumi, Dobbs Ferry, New York, 1970; SIOI, CNR, *La prassi italiana di diritto internazionale. Seconda serie (1887-1918)*, 5 volumi, Dobbs Ferry, New York, 1979-1980; SIOI, CNR, *La prassi italiana di diritto internazionale. Terza serie (1919-1925)*, 8 volumi, Roma, 1995.

atti dell'archivio imperiale germanico, messi a confronto con gli atti della Sede apostolica romana (*acta apostolicae sedis* o archivio segreto vaticano). Nel conflitto fra un titolo germanico e un titolo romano, concernente diritti feudali o ecclesiali, il confronto comparativo è con analoghe concessioni previste da raccolte o collezioni pubblicate nell'*antiquitates Italiae*, tomo II⁴.

3. L'Europa del '700 riservò al Codice Lünig un duplice destino di fortuna e di sfortuna insieme. La prima è testimoniata dallo sviluppo del genere letterario dei codici diplomatici condotto ad un livello proprio della architettura monumentale. La seconda deriva dalla metà del '700 e proviene dai critici dei codici diplomatici, svalutati come codici dei testi dei "sovrani, principi e diplomatici" e non come dei codici dei popoli e dell'Europa delle nazioni. A tale accusa Lünig risponde con i suoi numerosi allegati di indici dei trattati riprodotti (*elencum diplomatum*), idonei a fornire il contesto cronologico e seriale degli atti diplomatici di ciascuno Stato preunitario italiano. L'indice dei diplomi ha una duplice funzione sia statale che interstatale, rivolta a definire l'identità normativa ma anche l'inserimento del sistema Italia nel contesto europeo dell'epoca (codice euro-nazionale). In secondo luogo segue un *index rerum italicarum*, ovvero dei contenuti dei testi, ordinati per voci alfabetiche, dando vita ad un vocabolario di diritto pubblico, ecclesiastico ed internazionale, così da individuare il modo di essere e di operare di ciascun soggetto fotografato nel trattato riprodotto.

Non si vuole in questa sede sottovalutare l'enorme importanza della raccolta di una massa veramente imponente di atti uni-, bi- e multilaterali, classificati per soggetti statali corrispondenti. Ma ancor maggiore è il merito acquisito con la stesura degli "elenchi e degli indici" grazie ai quali si riuniscono i tre elementi essenziali di ogni codificazione (*traditio, diuturnitas, opinio juris*). Pertanto nel volume si riproducono quasi tutti gli indici del Codice, procedendo alla schedatura dell'intero sistema degli Stati preunitari italiani, con la sola eccezione degli enti territoriali, locali o minori o comunque di effimera durata nel corso della storia italiana presa in esame. Tale schedario si compone di tre elementi fissi costituiti dal numero complessivo dei provvedimenti, dal periodo ricoperto e da note di commento per ciascuno Stato preso in considerazione, a partire dal Sacro romano impero come ente sovraordinato concedente i titoli legittimanti e dagli Stati italiani come titolari di un ordinamento derivato dal primo.

I elenco

Elenco degli atti diplomatici degli imperatori del Sacro romano impero, da cui derivano i titoli di legittimazione degli Stati italiani preunitari a partire dall'800 d.C. (*elencum*, tomo II, 1725).

Provvedimenti (paragrafi I-LXX).

Periodo: dal 774 al 20 luglio 1725.

Atti notevoli (formulario finale dei paragrafi LXIV-LXVIII): a) mandato di riconoscimento di pieni poteri ai commissari generali del S.R.I. (Sacro romano impero); b) giuramento di fedeltà dei vassalli e dei feudatari in Italia per gli atti di investitura.

Ducati successori in Italia settentrionale del S.R.I. (*elencum*, tomo II, 1725).

Ducato di Milano.

⁴ Cfr. P. OTTOBONI, *Summaria privilegiorum ecclesiae romanae*, 1725, tomo II.

Provvedimenti (paragrafi I-LX).

Periodo: dal 591 al 22 novembre 1700.

Atti notevoli: a) *syllabus* dei diplomi “*de rebus Mediolanearibus*” (par. LX) secondo le fonti degli archivi imperiali (S.R.I.); b) *Deutsches Staats Archiv* (D.S.A.), nonché da collezioni ufficiali edite dallo stesso Lünig.

Ducato di Savoia (Sabaudia).

Provvedimenti (I-CXXII).

Periodo: da aprile 907 al 2 agosto 1718.

Atti notevoli: *syllabus de rebus Sabauticus* – par. CXXII – secondo le stesse fonti S.R.I. e D.S.A.

Gran Ducato di Etruria (Toscana).

Provvedimenti (I-LXXXIV).

Periodo: dal 1093 al 23 dicembre 1711.

Atti notevoli: *redditis feudorum* nel territorio della Lunigiana (par. LXXXIV).

Ducato di Mantova e di Monferrato.

Provvedimenti (I-XLIX).

Periodo: dal 962 al 30 giugno 1708.

Ducato di Modena e Reggio.

Provvedimenti (I-LXXXVII).

Periodo: dal 901 al 31 luglio 1703.

Atti notevoli: (*elencum*, tomo II, 1732).

Il elenco (*Supplementum*)

Imperatori del Sacro romano impero.

Provvedimenti (I-XLVII).

Periodo: dal 824 al 22 luglio 1731.

Atti notevoli: *Supplementum*, tomo III.

Ducati successori in Italia settentrionale del S.R.I. (*Supplementum*, tomo III).

Ducato di Milano.

Provvedimenti (I-CXXXIV).

Periodo: dal 9 giugno 1186 al 24 ottobre 1726.

Atti notevoli: *Supplementum*, tomo III.

Ducato di Savoia (Sabaudia).

Provvedimenti (I-CXLVII).

Periodo: dal 3 agosto 962 al 18 agosto 1719.

Atti notevoli: *Supplementum*, tomo III.

Gran ducato di Etruria (Toscana).

Provvedimenti (I-XLII).

Periodo: dal 12 giugno 898 al 20 maggio 1701.

Atti notevoli: *Supplementum*, tomo III, ivi nel par. XLII si attesta di aver riscontrato negli archivi fiorentini l’esistenza di un trattato di pace, tregua ed alleanza con altre “*civitatibus et principibus Europae*”.

Ducato di Mantova e Monferrato.

Provvedimenti (I-XLII).

Periodo: dal 938 al 29 luglio 1715.

Atti notevoli: *Supplementum*, tomo III.

Ducato di Modena e Reggio.

Provvedimenti (I-XIV).

Periodo: dal 17 febbraio 1168 al 9 luglio 1703.

Atti notevoli: *Supplementum*, tomo III.

Ducato di Parma e Piacenza.

Provvedimenti (I-XIV).

Periodo: dal 2 gennaio 1029 al 9 novembre 1731.

Atti notevoli: *Supplementum*, tomo IV.

Regni dell’Italia meridionale e successori del S.R.I.

Regno delle due Sicilie (Regno di Napoli).

Provvedimenti (I-CCXXXVIII).
Periodo: dal 407 al 10 febbraio 1729.
Atti notevoli: *Supplementum*, tomo IV.
Regno della Sardegna e dell'isola di Corsica.
Provvedimenti (I-XV).
Periodo: dal 16 ottobre 1079 al 16 marzo 1736.
Atti notevoli: *Supplementum*, tomo IV.
Sommo Pontefice e Sede apostolica romana⁵.
Provvedimenti (I-CXXXVIII).
Periodo: dal 421 al 10 febbraio 1729.
Atti notevoli: *Supplementum*, tomo IV.
Elenco delle repubbliche di Genova e di Venezia⁶.
Repubblica veneta.
Provvedimenti (I-CXXII).
Periodo: dal 1° agosto 803 all'8 giugno 1724.
Atti notevoli: *Supplementum al Codex*, tomo IV.
Repubblica di Genova.
Provvedimenti (I-XXXIV).
Periodo: dal 14 aprile 1133 al 27 luglio 1712.
Atti notevoli: *Supplementum al Codex*, tomo IV.

4. Si è già fornita una sommaria definizione del “*Codex Lünig*”, costituito da un insieme di proposizioni normative elencate, progressivamente numerate e ridotte ad unità di linguaggio (*elencum diplomatum*). L'intero elenco è suddiviso in parti riferite a ciascuno Stato italiano preunitario, a loro volta distinti per classi di importanza o forma di Stato. Dall'Impero romano e germanico, che ne stabilisce il fondamento giuridico (*jus commune*), si passa alle varie ben note “classi” statuali, secondo la quadripartizione dal Nord al Sud dell'Italia (ducati-granducati, regni e repubbliche, supreme potestà religiose-Sommo Pontefice, Sede apostolica e Ordine militare di Gerusalemme), gli uni e gli altri dando vita ad un prodotto unico e straordinario (*jus commune* o *jus generale Italiae*). Il *Codex* classifica infine anche le minori potestà di carattere esclusivamente locale (*principes et proceres*). Svolgendo l'analisi dei rapporti tra *jus commune* imperiale e *jus speciale* degli enti territoriali italiani pubblici ed ecclesiastici si può fornire il seguente elenco sulla scia del *Codex Italiae*. L'Italia del *Codex* è fotografata nel manifesto iniziale anteposto a ciascuno dei quattro tomi nelle tre sue *editiones* (1725, 1732, 1735). Esso viene denominato come “*de jure sacrae Cesareae majestatis Italiae*” (*imperator romanorum* come *cives Italiae*) nonché dai loro successori legati all'Impero da un vincolo di dipendenza (c.d. *Imperum nexum clientelari*).

L'*elencum* si compone di 68 proposizioni normative (I-LXVIII), ciascuna sufficientemente esplicativa dei corrispondenti testi riproposti nel tomo I del *Codex*. La natura propria è di atti normativi *jure publicarum* del Sacro romano impero, di contenuto sia interno (*in impero*), che esterno (*extra impero*), cioè sia interna che internazionale (lettere di investitura o *investiturarum literae*, diplomi o *diplomata*

⁵ Con funzioni di assistenza ospedaliera e militare del Mediterraneo v. Ordine militare gerosolomitano (c.d. Ordine melitense). Provvedimenti (I-XXXI). Periodo: dal 1119 al 12 marzo 1706. Atti notevoli: *Supplementum*, tomo IV.

⁶ V. Repubblica di Lucca. Provvedimenti (I-II). Periodo: dal 1334 al 21 settembre 1472. Atti notevoli: *Supplementum*, tomo IV.

insigne e aneddoti giudiziari e arbitrari o *anecdota*). Il periodo coperto è dal 774 d.C. (fondazione del Regno dei Franchi) al 1725 d.C., concernente la *pacifica et chronologica feudorum elencatio*, secondo una terminologia molto variabile del diritto feudale di origine sia imperiale (*decretum, rescriptum, juramentum fidelitatis* ecc.), sia pontificia (*bullae, breve, litera* ecc.). Intanto si segnala come nella terminologia concernente la prassi delle relazioni internazionali del diritto *jure belli ac pacis* sia ormai invalsa e consolidata la dizione diplomatica (*tabula, instrumenta, foedus, tractatus, conventio, liga*, ecc.), ivi compresi in formulari diplomatici (par. LXIV-LXIX).

Nell'Europa del '700 vari Stati regionali italiani gestivano funzioni politiche generali, condivise con l'Impero germanico insieme agli altri Stati nazionali del nostro continente. Era un blocco territoriale coeso del centro-Nord, era un "esagono" formato da sei entità chiamate ducati e granducati (Milano, Sabaudia, Toscana, Mantova, Modena, Parma e Piacenza). Duplice risultava evidentemente essere la curiosità informativa e documentativa da soddisfare per un gran pubblico "culto", ora come allora interessato alla certificazione scritta sul comportamento degli attori della vita internazionale. Da una parte l'anomalia del modello risultava evidente rispetto a quello dei maggiori Stati del continente europeo. Al contrario l'analogia risultava ben evidente rispetto al modello "germano-centrico", cui il *Codex Lünig* faceva da *pendant*, in virtù di un parallelo *Codex Germaniae diplomatici* (1732-1733) dello stesso autore⁷.

Secondo la logica propria dell'Europa del '700 anche gli Stati regionali italiani sono coinvolti nella prospettiva dell'universalismo, riflesso nella loro genesi e nella loro funzione. Essi sono "figli" di un millennio di storia europea e non certamente di un grande disegno o di un'idea pluralistica propria del "sistema politico italiano". Costruire il centro-Nord Italia ha significato operare pezzo su pezzo o mattone su mattone, grazie ad un'opera paziente, partita dall'Europa carolingia e finita nell'Europa pacifica del primo ventennio del secolo XVIII (trattati di Utrecht, Ratisbona, Vienna).

5. Nel contesto della Costituzione internazionale dell'Italia del '700 compaiono le repubbliche veneziana e genovese intese come libere comunità, che pertanto spiega che l'ingresso nel Codice Lünig di una sezione dedicata alle repubbliche (ducali) di Venezia e di Genova serve a completare il sistema delle *investiturarum literae*, estese alle giurisdizioni marittime o marinare poste a presidio dell'Italia sia adriatica che tirrenica. A partire dalle due *constitutiones* fondatrici, la *regia francorum constitutio* (775 d.C.) e la *genuensis constitutio* (998 d.C.), la definizione delle concessioni suddivise in "ducati", aveva sempre corrisposto ad una logica di difesa politico-militare dell'Italia, *defensio Italiae* concepita in senso di potestà e possesso di domini territoriali. In tale contesto il *Codex Italiae* radica la serie dei diplomi dedicati al *De republica venetorum* nell'arco di un millennio (802-1724

⁷ J. C. LÜNIG, *Codex Germaniae diplomatici*, Francoforte-Lipsia, vol. I, 1732, vol. II, supplemento, 1733, concernente documenti ufficiali di *jus publicum* dagli archivi del Sacro romano impero germanico (poi *Deutsches Reiches*). Il *Codex Germaniae diplomatici* è anch'esso corredato di *elenchen* e *register*, in parallelo all'altro *Codex* redatto nel decennio 1725-1735, secondo un unico metodo relativo alla prassi diplomatica sia germanica che italiana (800-1725 d.C.).

d.C., collocata nel tomo III, paragrafi I-CXXXII), a partire dal diploma con il quale l'imperatore Carlo Magno esclude che al patriarca di Grado sia possibile imporre da chiunque una qualsiasi superiore giurisdizione (*judex, diocesi, territorium, feudum*, par. I). In prosieguo nello stesso tomo III del *Codex* si segnala la serie di diplomi dedicati al *De republica genuensis* (paragrafi I-XXXII), lungo un arco di tempo cospicuo (1133-1712 d.C.). Invero, come atto fondativo si indica una *Bulla erectionis ecclesiae genuensis* di Papa Innocenzo II (tomo II, cap. VII, par. 1)⁸.

Secondo il *Codex Lünig* il grande evento nella storia moderna delle repubbliche di Venezia e di Genova si compie solo nel decennio 1504-1516, ad esito della crisi epocale di fine '400, conseguente alla caduta dell'Impero romano d'Oriente (Costantinopoli) e alla nascita di un *jus gentium* euro-islamico moderno (1453-1922). Tali eventi vengono registrati nei paragrafi XXV e XXXI del tomo I, dedicati al *jus commune imperiale* (*Tabula 13, X, 1501 adversus Turcos*, e *Tabula foederis 15, XI, 1516 pro cuiusque Italiae contra cuiusque hostes in primis Turcas*).

6. A proposito di frontiera euro-islamica, bisogna a questo punto indicare negli *Historici italici* del 1400-1700 i veri predecessori indicati da Lünig come base logico-culturale della sua opera (prolegomeni *ad lectorem benevolum*, tomi I-III).

Il giurista del XXI secolo può applicarsi ad un tema geopolitico come quello della frontiera orientale, con ricorso a quattro grandi autori del passato, restaurati per la loro particolare competenza in tema di grandi spazi europei, di assemblee internazionali ecclesiastiche e non, di archivi di documenti diplomatici rari e di occasione, nonché di veri e propri manuali accademici di diritto delle genti rimasti sconosciuti o oscurati fino ad ora. Invero, ad un secolo dal 1915 è iniziata una inattesa e sorprendente operazione di restauro delle scuole italiane di diritto internazionale, formatesi come risposta alla storica questione d'Oriente, lungo un arco lunghissimo di tempo, addirittura precedenti lo Stato unitario. Con tale "revival" si vuole far fronte ad una emergenza forte del momento attuale, in cui la classica frontiera d'Oriente acquista tanti aspetti nuovi ma ancora di incerta e indeterminata definizione. Il rigurgito di nazionalismo in Europa centro-orientale, oltreché in Medio Oriente, ha imposto un richiamo alla storia profonda della nuova frontiera orientale, complicata dal moltiplicarsi delle nazionalità sostitutive e surrogate ai tre imperi centrali di cui al crollo del 1915-1918 (germanico, austro-ungherese e turco-ottomano).

La rivisitazione delle scuole italiane preunitarie per il numero e l'autorità dei soggetti coinvolti nella riscoperta di opere storiche, diplomatiche e di geo-politica specializzate nel settore, è genericamente definibile degli studi orientalistici e più precisamente di quelli di riflessione sull'era moderna delle relazioni euro-islamiche (1452-1922). Contro tale rivisitazione c'era stata in passato una *conventio ad excludendum*, ben motivata da due ragioni, ammissibili per il passato ma oggi non più giustificabili. Invero, le scuole italiane premoderne hanno avuto tutte origini e svi-

⁸ Nel *Supplementum* del *Codex* la presenza del *Sacrum Imperium* in Italia si traduce in formule diplomatiche particolarmente indicative di istituti di *jus publicum comune*. Nella metà del '400 si segnalano i seguenti diplomi: par. XIV, 6 febbraio 1467, *Bulla* di Paolo II *Qua contra turcos pax perpetua inter principes Italiae indicta est (...)*; par. XV, 8 maggio 1468, *Tractatus de pace publica inter principes Italiae*; par. XVI, 7 agosto 1484, *Tractatus pacis sanctissima liga et principum Sancto codere instructum (...)*.

luppi come scuole regionali, unificate da una certa unità di metodo e di oggetto del loro studio, ma senza dubbio divise e separate dalla diversità degli ambiti politici e dei gruppi intellettuali degli Stati italiani preunitari. Come seconda ragione dell'esclusione deve indicarsi il pregiudizio laico contro la qualità degli scrittori ecclesiastici di quei periodi, espressione della curia apostolica romana, o della diplomazia pontificia, professionalmente dediti alla raccolta archivistica ed allo studio delle relazioni euro-internazionali fra gli Stati e con gli Stati dell'epoca.

Per ovvie ragioni di semplificazione la *relectio* di tali scuole può essere imputata a tre fasi storiche di “*start up*” dell'idea di frontiera orientale e del suo successivo declino. Invero, in una prima fase l'idea stessa di Europa, come sistema unitario di Stati compresi nel continente, incontra il suo fattore limitante e determinante rispetto alla diversità dei popoli dell'Islam sulla frontiera orientale. Nel biennio cruciale 1452-1453 a tale idea euro-imperiale, che *ad orientem vergit*, corrisponde la riscoperta delle opere della scuola romana c.d. cardinali tedeschi della metà del '400⁹, che prepara la fase successiva dell'Europa che guarda ad Occidente secondo le formule democratico-assembleari del Concilio di Trento di metà '500 e poi della pace di Westphalia di metà '600: “*pax sit universalis, aeterna, christianissima, tranquillissima (...)*”¹⁰. Altre recentissime riedizioni hanno consentito di acclarare che a partire dall'Europa di Westphalia prevalgono gli autori della scuola veneta, cui si deve il doppio sorpasso intellettuale delle correlate ed interconnesse frontiere di Oriente-Occidente nell'ordinamento di un mondo nuovo o globalizzato, avanzante da Occidente verso Oriente (c.d. diritto *novi orbis*, 1625-1791)¹¹.

A titolo preliminare ci si può chiedere se e come opere siffatte appartenenti alle vecchie scuole italiane del '400-'700 possano parlare al giurista del XXI secolo e se esse possano essere trasferite dall'epoca della prima Europa e della prima globa-

⁹ Il Codice Lünig riproduce una serie di trattati di alleanza tra potenze europee nei confronti dell'Impero turco-ottomano dopo il 1453 (c.d. *Bella Turcicorum*) nel teatro di confronto militare rappresentato dai Balcani e dal Mediterraneo orientale. Lo spirito di questo confronto è ben descritto da una serie di storici italiani della seconda metà del '400: cfr. E. S. PICCOLOMINI (Pio II), *De Europa*, Roma, 1452 (riedizione Roma 2001-2012) nonché N. CUSANO, *Lettura dialettica del Corano*, Roma, 1453 (ora riedito Roma, 2001); B. BALDI, *Il cardinale tedesco, Enea Silvio Piccolomini fra impero, papato, Europa (1442-1455)*, Milano, 2012, ed ivi indice completo di fonti epistolari e di bibliografia ragionata.

¹⁰ Come è noto l'Italia è il baricentro della frontiera Est-Ovest, occidentale-orientale come descritta nei numerosi testi diplomatici raccolti nel Codice Lünig. Lo storico italiano di riferimento è naturalmente P. SARPI con la sua *Historia del concilio tridentino*, Londra 1619 (ora Torino, 2011), che resta ancora lo storico dell'Europa del periodo 1500-1600, anche con l'opera postuma, E. SANDYS, P. SARPI, *Europae speculum*, Ginevra. Le idee di Paolo Sarpi vengono sviluppate nel mondo germanico da un illustre autore, raccogliitore di documenti ufficiali concernenti gli affari politici, diplomatici ed ecclesiastici precedenti o successivi alla riforma luterana. Le opere di questo autore sono importanti per la determinazione del Mar Nero come zona della frontiera orientale dal punto di vista politico, militare e diplomatico (dal 1422 conquista ottomana del porto di Varna alla zona cruciale della Crimea contesa fra Est e Ovest). Sull'opera diplomatica nell'area dei Paesi della frontiera orientale cfr.: J. C. LÜNIG, *Europäische Staatsconsilia (Europäische Staatsconsilia seit dem Anfange des XIV seculi nach bescheneher Reformation bis 1715)*, Leipzig, 1715, vol. 2; D. KLEIN, *The Crimean Khanate between East and West*, Wiesbaden, 2012, pp. 189-209.

¹¹ Meno note sono, invece, le due opere dedicate alla frontiera orientale nell'ottica della globalizzazione nell'epoca del '700 veneziano: D. MURIEL, *Fasti novi orbis*, Venezia, 1776 (Washington, 2012, sulla copia esistente dal 1899 presso la Public Library di New York), nonché dello stesso autore con lo pseudonimo di C. MORELLI, *Rudimenta juris, naturae et gentium*, Venezia, 1791.

lizzazione nel contesto di un mondo diverso. L'attualità del tema sta evidentemente nella dinamica di formazione e di espansione della comunità internazionale, come comunità geopolitica della *res publica christiana* divenuta ora *civitas mundi*¹². Accanto all'Europa anche l'Islam è entrato a far parte di questo nuovo mondo, che apporta il contributo delle sue diversità. Esistono tante anime dell'Islam: europeo, arabo, turco, iraniano ecc. Mettendo a confronto il linguaggio, forse ingiustamente generico, si vede come anche lo spazio giuridico europeo fosse individuato mediante varie denominazioni, nel quadro di una strategia o regia complessiva di confronto tra le due parti dell'Europa e del Mediterraneo (*regiones, nationes, familiae* politiche)¹³.

È in tal senso che le foto ormai sbiadite dei cardinali tedeschi del '400 italiano, dei padri conciliari tridentini e dei loro storiografi del periodo 1500-1600, nonché dei giuristi veneti del *novi orbis* di fine '700, possono essere presentate ancora, non come voci curiose o fuori onda, anche al giurista di oggi.

7. “*Europa nostra patria, nostra sedes, nostra domus pro qua prosecuti et cesi sumus*”, così inizia l'edizione del *De Europa*, 1458, di Enea Silvio Piccolomini¹⁴. Nel *De Europa* viene per la prima volta descritto, in oltre duecento pagine e più di altrettanti dettagliati paragrafi, un intero sistema di Stati, come unità geopolitica da Oriente ad Occidente, da Nord a Sud, ciascuno con la storia della propria nazione, del proprio territorio, nonché, della propria “*leadership*” di governo. In tale grande affresco di circa settanta tra Stati e città-Stato allora esistenti, si parte dall'Austria-Ungheria, si scende giù fino alla Turchia (ed ai *bella Turcicorum*), si risale per i Balcani fino alla Germania (Gallia, Spagna, Italia ecc.).

C'è più di una buona ragione per chiedersi per quale disegno il *De Europa* abbia subito l'oscuramento che è lungo e prolungato. Forse le ragioni sono molteplici e correlate al giudizio su Piccolomini come Papa Pio II (1458), nonché sulla sua possibile lettura come Papa del Concilio e del dialogo ecumenico con i turchi, anche per effetto dell'Epistola a Maometto II (il Gran Turco, 1462), correlata alla precedente *Lectura ad Corani* del suo vicario cardinale Nicolò Cusano (Nikolaus Krebs von Kues, 1461). Dopo tale periodo, la *reconquista* cristiana della frontiera occidentale

¹² Per l'attualità del Codice Lünig, come descrittore del quadro diplomatico della frontiera orientale, vedi le attuali conseguenze della globalizzazione geopolitica dell'area adriatica e balcanica. Cfr. A. COLLEONI, *Il ruolo geopolitico della Dalmazia dalle origini al 1862*, Trieste, 2013; A. DE SANCTIS, *Geopolitica dell'alto Adriatico*, Gorizia, 2013; M. DELLI SANTI, *L'ISIS e la minaccia del nuovo terrorismo. Tra rappresentazioni, questioni giuridiche e nuovi scenari geopolitici*, Roma, 2015; M. MARCONI, P. SELLARI (a cura di), *Verso un nuovo paradigma geopolitico. Raccolta in onore di Gianfranco Lizza*, Roma, 2015.

¹³ M. PANEBIANCO, *La costituzione internazionale degli Arab Gulf States*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2015, p. 17 ss.

¹⁴ La presente esposizione intende dimostrare come il tema della frontiera orientale per almeno cinque secoli abbia costituito il banco di prova degli autori dell'internazionalismo cattolico almeno per tutto il periodo di massima espansione della Repubblica di Venezia nel cui ambito scrissero o pubblicarono le loro opere gli autori di seguito indicati, ora riediti anche in edizioni italo-vaticane ufficiali o di altre primarie case editrici di livello internazionale. Invero, le funzioni della frontiera orientale nella genesi e nella formazione della società europea nell'età moderna, hanno avuto un'evoluzione da icona del fronte avanzato Europa-Islam ad area mediterranea di interesse esclusivamente locale.

nell'*annus mirabilis* (1492) fu accompagnata dalla scoperta del Nuovo mondo come nuova frontiera dell'Occidente cristiano, nei grandi spazi del c.d. *Oceanus occidentalis* (poi Oceano atlantico), nonché della coeva e simultanea cacciata degli Arabi dalla Spagna meridionale, dal vecchio confine occidentale dell'Europa. Da allora i due cardinali passarono alla storia letteraria per altre ragioni, come espressione dei rapporti italo-tedeschi, il Piccolomini per la sua ventennale attività professionale nella Corte imperiale germanica ed il Niccolò Cusano come cardinale originario della città renana di Kues e della sua conseguente formazione accademica e teologica nelle grandi università germaniche della stessa area (Heidelberg, Colonia e poi Padova-Bressanone e Roma).

Per la riscoperta recente di Piccolomini come storico della prima Europa, ora ci sono appunto le riedizioni del *De Europa* del XXI secolo¹⁵, e c'è un grande evento librario del 29 aprile 2011, allorché un esemplare fu donato all'allora Pontefice Benedetto XVI da parte di un trio di eccezionali curatori, che erano Giorgio Napolitano, all'epoca presidente della Repubblica, insieme al cardinale Gianfranco Ravasi e all'ambasciatore presso la Santa Sede Antonio Zanardi Landi. Quel volume, pubblicato in cinquecento copie, numerate e riservate, parlava di una grande Chiesa di Costantinopoli, il Duomo di Santa Sofia poi divenuto moschea turca.

Il dono del 29 aprile 2011 concerneva la prima traduzione italiana di una famosa opera di Papa Pio II, ritiratosi alla fine del suo pontificato nel convento di San Ciriaco di Ancona, nella speranza di creare un ponte tra il mondo cristiano ed il mondo islamico. La Chiesa della sofferenza era quella nella quale nell'antica basilica costantinopolitana, al duomo romano si era contrapposta la moschea a cielo aperto. Il libro come è noto è quello di Enea Silvio Piccolomini, accompagnato ad Ancona dal suo vicario pontificio, il cardinale germanico Niccolò Cusano, da dieci anni vescovo di Bressanone.

Da allora tutte le basiliche romane hanno giustapposto il duomo alla piazza, in San Pietro di fronte al colonnato del Bernini, in San Giovanni di fronte alla facciata lateranense, in San Paolo fuori le mura dinanzi al chiostro dei frati. Chi è abituato alla grandiosità delle piazze e dei chiostri antistanti le grandi basiliche, forse non può comprendere appieno il preesistente modello del Duomo romanico di Salerno e del suo atrio antistante a cielo aperto.

Guardiamo, infine, tutt'insieme per evitare il rinnovarsi di episodi irripetibili. L'Italia merita di essere divenuta una città europea a metà tra Occidente ed Oriente. È quello che esattamente è scritto nel libro-dono del 29 aprile 2011, intitolato non a caso *De Europa*, con spirito lungimirante e profetico, offerto dai tre curatori alle riflessioni degli italiani europei di ieri e di oggi.

8. Mentre l'Europa del XV e del XVI secolo rappresenta ancora un continente a formazione più o meno spontanea incontrollata, mossa da esigenze di difesa contro i pericoli esterni sulla frontiera orientale, la nuova Europa del '600 già ambisce ad

¹⁵ Sono notoriamente riconosciuti come lo storico ed il filosofo della frontiera orientale (i c.d. cardinali tedeschi) Enea Silvio Piccolomini (Papa Pio II) e Nicola Cusano (1458-1464). L'*incipit* del "*De Europa*" che *Ad Orientem vergit* e la *commutatio fidei* compaiono nell'Epistola di Ancona a Maometto II e nella *cribatio ad Corani*.

avere una propria identità. La vera frontiera orientale comincia ad essere quella una volta chiamata dei ruteni russi e dei pruteni (prussiani), nell'ambito di un nuovo sistema geopolitico di Stati-nazione, dove la sovranità territoriale risulta almeno altrettanto essenziale, e scende lungo i Balcani ed il Mar Nero, nell'ambito di una fascia nuova ed allargata dell'Oriente europeo. È nella Venezia dei secoli XVI e XVII che la parola Europa passa nella storiografia ecclesiastica dalla voce dei cardinali tedeschi a quella dei frati degli ordini religiosi culti, come i gerolamini e poi i gesuiti interessati alla storiografia europea *ab intra* e *ab extra* nella *Respublica christiana*, nella difficile fase di transizione dalla dimensione continentale a quella universale. Per ragioni propriamente canonicistiche accade che l'asse dottrinale e disciplinare si sposti verso l'Occidente e agli autori di questa scuola si attribuisce una particolare attenzione per le religioni cristiane riformate diverse dalla cattolica.

Studi recenti hanno dimostrato come la *Historia* del Concilio tridentino (Londra, 1619) è solo una storia europea dei secoli XVI e XVII, vista però da un osservatorio giuridico istituzionale. Pertanto, come per Enea Silvio Piccolomini anche l'opera prima di Paolo Sarpi ha subito un particolare destino di oscuramento. Considerato a lungo come un campione della storiografia italiana critica e riformista, solo ora egli appare come un alfiere del passaggio alla "*west world tradition*", facendolo apparire come un precursore ecclesiale della successiva Europa di Westphalia. A metà '500 la *transitio* ad Occidente appare essere una scelta identica della società europea sia religiosa che politica. Il Concilio tridentino si autodefinisce *non generalis*, aperto alle chiese di Occidente europee ed americane (ispano e luso-portoghese-americane), non invece alle chiese dei patriarchi dell'Europa orientale e del Medio Oriente inutilmente venuti a Roma. Allo stesso modo si rompe il rapporto con le *religionēs aliae* del Mediterraneo, come ebraismo e islamismo, con una forma plateale di rottura delle relazioni ufficiali, conseguente alla messa all'indice dei libri proibiti per il *Talmud* (versione ebraica della *Torà*) come dello stesso Corano. In altri termini l'Occidente nasce come anti-Oriente e la tradizione orientale appare puramente e semplicemente come una "*non-West legal tradition*".

9. Nell'Europa di Westphalia l'universalismo è stato consacrato dal Vecchio e Nuovo mondo, che vanno ormai di pari passo, nel senso che l'ordinamento internazionale è divenuto un *jus inter potestates* fra soggetti paritari di eguale rango e livello (l'Europa delle c.d. potenze europee)¹⁶. In tale clima all'internazionalismo cattolico tradizionale si contrappone l'internazionalismo delle chiese riformate e protestanti, concentrate nell'Europa olandese, germanica e nordica. Queste scuole prenderanno due orientamenti, uno di tipo universalistico del c.d. diritto della guerra e della pace e l'altro storico-positivo legato alla prassi diplomatica e militare intorno a Stati singoli, la cui "*location*" appare egualmente distribuita tra le due parti d'Europa d'Occidente e di Oriente.

Nel secolo successivo a Westphalia è mutato il tipo di relazioni lungo la frontiera orientale tra Europa ed Islam, dove l'oggetto della contesa non mira più verso

¹⁶ L'universalismo politico-religioso dà vita alla transizione alla nuova frontiera orientale dell'Oriente americano ed asiatico come risulta dal volume di D. MURIEL (Ciriaco Morelli), *Fasti novi orbis*, Venezia, 1776.

le aree tradizionali di Costantinopoli-Istanbul e dei luoghi santi, ma viceversa risale lungo l'area del Danubio fino alle porte di Vienna, oggetto di interminabili tentativi di invasione da parte dell'Impero turco-ottomano. Detto in altri termini, quella che una volta era una guerra in "discesa" tra Nord e Sud si è trasformata in una guerra in "salita" da Sud a Nord.

Una brevissima e rapida citazione bibliografica ci consente di osservare come nel 1625 compaiono due opere giuridiche altamente emblematiche dell'idea di Occidente¹⁷. Trattasi del *De jure belli ac pacis* (Parigi, 1625)¹⁸ di Ugo Grozio e di una coedizione postuma di Paolo Sarpi intitolata *Europae speculum* (Ginevra, 1625). Loro carattere comune sta nella identificazione del diritto politico di libertà di coscienza e di resistenza al governante oppressivo o dittatoriale come espressione della democrazia occidentale, nel contesto di un nuovo diritto europeo avente una doppia valenza sia internazionale che costituzionale. Sempre nel secolo successivo a Westphalia si sviluppa il diritto diplomatico-militare, come espressione specifica del più ampio diritto naturale e delle genti. La stessa storia diplomatica della frontiera orientale viene esplicitata attraverso la prassi dei trattati dei due Paesi chiave dell'area, tra loro interconnessi come il Sacro romano impero germanico e l'Italia nella sua fase di sistema internazionale di Stati sovrani.

10. Nel quadro predetto dell'ordinamento politico comune euro-italiano, descritto per soggetti protagonisti ed attori principali, altri aspetti particolari concernano *ratione materiae* i ruoli propri di tali soggetti e i vari aspetti delle loro azioni a difesa di interessi collettivi o propri ed esclusivi delle classi dirigenti dinastiche e nobiliari. Si tratta delle attività politico-militari o viceversa economico-finanziarie dei vari *reges/duces* affiancati alle varie *civitates* inclusi all'interno dei loro territori. I documenti diplomatici dei vari settori si riferiscono soprattutto a trattati regolatori della circolazione (e del trasporto) di merci e persone nello spazio giuridico euro-nazionale corrispondente. Si tratta, in breve, di un'azione diplomatica finalizzata alla stipulazione di accordi commerciali e di navigazione fluviale e marittima lungo i percorsi delle vie d'acqua transfrontaliere e dei vari settori del mare Mediterraneo (c.d. contratti terra-marique)¹⁹.

Tale fenomeno di commercializzazione del diritto internazionale si innesta su un altro precedente e ben più ampio di sua "privatizzazione". Invero, il *Codex Lünig* fornisce documenti infiniti sull'utilizzo di strumenti privatistici, al fine della formazione e successivo ampliamento dei territori mediante strumenti classici di alto valore politico-diplomatico, apparentemente celati all'ombra di doverosi

¹⁷ Si riconosce in U. GROZIO, *De iure belli ac pacis*, Parigi, 1625, che concepisce la c.d. statualizzazione della comunità internazionale.

¹⁸ Ci riferiamo alla tradizione di Grozio giurista globale fra Oriente ed Occidente, nonché alla geopolitica della tradizione internazionalistica groziana tra imperi sovranazionali e Stati indipendenti (*imperium e regnum*) nell'era della prima globalizzazione.

¹⁹ Sulla storia giuridica del commercio internazionale cfr. M. PANEBIANCO, *Jus gentium commerciale moderno*, Roma, 2015. L'epoca di inizi '700, in cui compare il Codice Lünig è quella della transizione dalla teoria del territorio come "oggetto" di attività comunali o feudali, a quella del territorio-spazio, base di partenza di attività mercantili, la prima detta "fisiocratica", la seconda "mercantilistica". Da quest'ultima deriva la teoria economica moderna del commercio internazionale o "liberistica".

regolamenti delle vicende della vita privata e personale dei soggetti. Si tratta di atti variamente denominati *jure privatorum*, chiamati alleanze “matrimoniali”, guerre di successione, donazioni a enti accademici pubblici ed ecclesiastici, transazioni di liti giudiziarie ed arbitrali aventi ad oggetto la destinazione di beni immobili territoriali, perequazione e commutazione di obbligazioni finanziarie contratte per finalità pubbliche o militari ecc.

La diplomazia degli Stati europei preunitari, per una sorta di paradosso, ha natura prevalentemente economica come espressione di una autonomia privata e affari privati. Invero, si tratta di atti di investiture di dominio e di possesso, mediante conferimento di potestà, facoltà e diritti soggettivi, secondo una logica ben nota alla disciplina della proprietà ed altri diritti reali su beni mobili e immobili (concessioni, convenzioni, contratti, atti pubblici, contratti marittimi, testamenti, permuta, transazioni, compromessi, donazioni, ecc.). Allo strumento privatistico si destinavano finalità pubbliche o sociali in senso lato, perseguite dalle autorità territoriali, allo scopo di realizzare obiettivi di solidarietà e di reciproca sussidiarietà per il benessere e la felicità del popolo. Era, in altri termini, una sorta di allargamento delle basi sociali delle democrazie o di una variante premoderna del populismo, un antecedente delle Carte e dei diritti dell'uomo e del cittadino, invalse nelle costituzioni americane e francesi solo dalla seconda metà del '700²⁰.

11. Il Codice Lünig sarebbe rimasto ancora ignorato ed obsoleto, se le vicende attuali del Mediterraneo non avessero indotto la curiosità degli osservatori verso lo studio della frontiera meridionale italiana ed europea²¹. Secondo il *Codex* la nascita di tale regime geopolitico è dovuta all'opera di un “trilaterale” delle entità collocate in tale settore (Santa sede apostolica, Regno delle due Sicilie – *alias* Regno di Napoli dal 1452 e/o 1530 –, Regno di Sardegna). Tale evento sistemico viene documentato, invero, da due eventi storici di transizione dall'Europa medioevale a quella moderna, rispettivamente alla vigilia della “presa cristiana di Gerusalemme” (1099) e della caduta di Costantinopoli (1453), coincidente con la fine dell'Impero romano d'Oriente (o costantinopolitano). Secondo il *Codex*, l'evento trova la sua origine nella nascita del *Regnum utriusque Siciliae*, a seguito dell'investitura nel luglio 1080 di Papa Gregorio VII in favore di Roberto il Guiscardo come *dux Siciliae, Apuliae et Calabriae* (confermata nel luglio 1097 da Papa Urbano II). Viceversa, a seguire, il secondo grande evento coincide con la nascita del *Regnum Neapolitanum* (c.d. Regno o vice-Regno di Napoli), datata al 1452, ad esito del periodo aragonese di Alfonso il Magnanimo o viceversa nel 1527-1530 in occasione della presenza imperiale di Carlo V in Italia meridionale.

Secondo la cronologia del Codice Lünig, a partire dall'anno Mille, esiste in Italia una situazione politica permanente e differenziata fra due parti del Paese.

²⁰ Nella storia dello Stato tra sovranità e sovranismo, tra personalismo delle *leadership* dirigenti e populismo delle basi sociali c'è un ampio spazio di scelta (c.d. *public choice*) comune alle varie forme di Stato assoluto, di polizia, democratico e sociale, liberale e socialista. Cfr. a riguardo: R. CHIARELLI, *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Soveria Mannelli, 2015.

²¹ Sul fronte dell'Italia Sud/Sud-Est v. di recente M. PANEBIANCO, *Jus gentium euro-islamico moderno (1453-1922) – La frontiera orientale lunga*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2015, p. 9 ss.

A Nord si sviluppa un sistema politico multi-statale, in un contesto europeo di rapporti variabili entità statuali sovra- e subnazionali. Nell'altra parte del Paese c'è il "Regno del Sud" (*utriusque Siciliae*), garante della frontiera meridionale del Mediterraneo, "liberatore" rispetto a potenze esterne. La Santa sede apostolica di Roma, che un *Regnum* in senso stretto non è, ma è una potestà superiore complessa (c.d. *Triregnum*), mantiene una posizione di soggetto internazionale di equilibrio dei rapporti sovra- e subnazionali italiani. Esiste un nucleo di norme generali attinenti alla costituzione ed organizzazione della Sede apostolica, cui il sistema Italia documentalmente concorre.

Secondo Lünig l'atto di nascita del Regno del Sud è nell'anno 1080²² e la fondazione normanno-sveva sarebbe rimasta una curiosità documentaria di storia locale e diplomatica, se le cronologie parallele degli altri Stati italiani (*in primis* la Santa sede) non contribuissero al suo inserimento in un periodo cruciale per la storia dell'Europa mediterranea²³. È un periodo di definizione e consolidamento della consistenza territoriale della Santa sede romana, all'interno dei confini storici dello Stato pontificio nella direzione dei confini settentrionali (comune di Bononia-Bologna e provincia *Romaniola*-Romagna). È altresì un periodo di definizione e conferma dei confini meridionali in favore della dinastia normanna²⁴ e poi di quella normanno-sveva e di quelle francese e aragonese dell'isola, congiunta alle regioni meridionali *citra et ultra farum* (stretto di Messina) nelle varie vicende storiche

²² Per il testo integrale del documento pontificio, come preesistente presso gli archivi generali germanici, istitutivo di un Regno "multi-ducale" di Sicilia, Calabria e Apulia, *Formula juramenti fidelitatis ac obediens, a Roberto, Apuliae, Calabriae atque Siciliae Duce, Sedi Apostolicae praestiti; cui tam Gregorii VII. Pontificis maximi, literae investiturae, in commodum atque emolumentum laudati Roberti expedite, quam constitutiodie censu exsolvendo adjecta sunt, d. d. 3. Kalend. julii, anno 1080*, si veda M. PANEBIANCO (a cura di), *op. cit.*, p. 22, nota 21. Tale documento pontificio risulta successivamente ripreso e confermato nell'ulteriore testo e riprodotto alla nota successiva (luglio 1080-luglio 1097).

²³ Si riproduce il testo integrale di un atto pontificio confermativo del luglio 1097, concernente la potestà normanna sul *regnum utriusque Siciliae*, inteso come frontiera avanzata nel confronto militare arabo-cristiano e preludio della successiva conquista di Gerusalemme (1099) e della fondazione dei regni cristiani di Terra Santa, trattasi della c.d. Seconda crociata di contenimento della prima espansione araba nel Mediterraneo e nell'Italia meridionale. Cfr. "*Urbani II. Pontificis Maximi, Bulla, de Libertate Ecclesiae Siculae agens, d.d.3. Non. Julii anno 1097. Urbanus Episcopus Servus Servorum Dei carissimo filio R. Comiti Calabriae et Siciliae salutem et apostolicam benedictionem. Quia prudentiam tuam supernae Majestatis dignatio multis triumphis et honoribus exaltavit; et probitas tua in Saracenorum finibus ecclesiam Dei plurimum dilatavit, Sanctaeque Sedi Apostolicae devotam se multis modis semper exhibuit, nos in specialem atque carissimum filium ejusdem universalis Ecclesiae assumimus, idecirco de tuae probitatis sinceritate plurimum confidentes, sicut verbis promissimus, ita etiam literarum auctoritate firmamus; quod omni vitae tuae tempore, vel filii tui Simonis, aut alterius, qui legitimus tui haeres exstiterit, nullum in terra potestatis vestrae, praeter, voluntatem, aut consilium vestrum, legatum Romanae Ecclesiae statuemus; quinimo, quae per legatum acturi sumus, per veltram industriam Legati vice exhiberi volumus: quando ad vos ex latere nostro miserimus, ad salutem videlicet Ecclesiarum, quae sub vostra potestate exstant, ad honorem beati Petri, sanctaeque ejus Sedis Apostolicae, cui devote hactenus obedistis;: quanquam in opportunitatibus suis strenue ac fideliter adjuvisti. Si vero celibrabitur Concilium, tibi mandavero, quatenus Episcopos et Abbates tuae terrae mihi mittas; alios ad servitium Ecclesiarum et tutelam retineas. Omnipotens Dominus actus tuos in beneplacito suo ditigat: et te a peccatis absolurum ad vitam aeternam perducatur. Dat. Salerni per manus Joannis, Sanctae Romanae Ecclesiae Diaconi. III. Nonas Julii. Indictione VII. Pontificatus Domini Urbani secundi XI".*

²⁴ "*Bulla Innocentii II. Pontificis maximi, in qua Rogerio II. Siciliae Regi, Regnum Siciliae, una cum bonoribus Regiis, ac dignitate Regibus competente, in feudum contulit, d.d.6. Kal. Augusti, An. 1139".*

della Sicilia²⁵, ritenuta presidio della stessa *libertas Ecclesiae* e delle dinastie di governo dei territori meridionali.

In questo contesto territoriale va collocato il “*Regnum Sardiniae*”, cui il *Codex* dedica quindici paragrafi documentali (1079-1703). Da segnalare gli atti della Sede apostolica (1305-1335) di assegnazione della Sardegna al dominio aragonese. Per la Corsica dal 1735 vale la “*nova regiminis norma*” sotto la *respublica* di Genova (par. XV).

12. Nel modello della società politica ed italo-europea, composta da regni meridionali sotto la *leadership* di classi di governo variamente formatesi nel tempo, si può ora decodificare il Codice Lünig, alla luce della sua interna contrapposizione fra “due Italie” di documentata esistenza fra quella ducale del centro-Nord e quella regale-principesca del centro-Sud. Invero, l’Europa del primo Settecento consegna due realtà politiche distinte. C’è un’Italia “integrata” o imperiale, documentata con i suoi settori geopolitici ducali e repubblicani del centro-Nord. Ma c’è anche una seconda Italia non-imperiale, propria degli Stati-regni e principati del centro-Sud, documentati da una sorta di sub-codice contenuta nel tomo II (*de principibus*). Questo, che non è un vero antisistema, ma solo un subsistema interno al *Codex*, contiene gli *elencata diplomatum* di soli quattro Stati italiani preunitari, in funzione sussidiaria e complementare nel sistema. Essi fanno sistema fra Sede romana da una parte e regni insulari delle “due Sicilie” e di “Sardegna e Corsica”. Chiude l’elenco il Ducato di Parma e Piacenza²⁶.

Tale subsistema risulta documentalmente così composto, da un’ autorità baricentrica-romana e soprattutto da due regni meridionali (di Sicilia e Regno di Napoli) e di Sardegna (anche se nella delineaazione del *Codex* il Ducato di Parma e Piacenza viene accorpato all’Italia centro-meridionale):

Sommo pontefice e Sede romana²⁷

Provvedimenti (I-LXVII).

Periodo: dal 817 al 16 luglio 1708.

Atti notevoli: nel sub-*Codex* traspare una distinzione tra Chiesa ecclesiastica (c.d. Chiesa costantiniana) del primo millennio e la Chiesa germanica del secondo millennio ovvero Sede apostolica romana.

²⁵ “*Diploma, in quo Rogerius, primus Siciliae Rex, Messanam Urbem, primariam totius Siciliae fedem atque caput declarabit, e amque multis Privilegiis donavit, d.d.15. Maji. An. 1129*”.

²⁶ Nel Codice Lünig e nei relativi elenchi compaiono testi di diplomi concernenti a “Ducati” e “Principati” localmente circoscritti o minori del nord e del centro Italia (il relativo testo non è qui riprodotto con riferimento a: Guastalla, Gonzaga, Doria, Estensi, ecc.). Il punto trovasi trattato in fondo al tomo I del *Codex* sotto il titolo *Delineatio secundi cidicis Italiae diplomatici* (cap. XVXXXIV). I capitoli I-VIII concernenti all’Italia centro-meridionale sono stati isolati e riprodotti nella presente opera (v. appendice sub-Codice).

²⁷ In fondo al par. LXVII della Pars II, Sectio I, c’è una nota bibliografica con il rinvio alle note fonti archivistiche (S.R.I. e D.S.A.) per il periodo moderno della *ecclesia* germanica e alla raccolta del cardinale Ottoboni, *summa privilegiorum ecclesiae romanae* per la storia ecclesiastica (nota inoltre il par. LXVI che rinvia al testo di una *bulia* pontificia di Innocenzo II del marzo 1723, segnalando che la stessa è stata già riprodotta nel *Codex* tomo I, p. 2338). Allo stesso modo il par. LXVII rinvia allo stesso tomo I, p. 2386, per il testo di una allocuzione ai cardinali da parte del Pontefice Benedetto XIII, concernente la pace di Vienna del 30 aprile 1725 fra Carlo VI imperatore (S.R.I.) e Filippo V di Spagna, stipulata a Vienna in tale data.

Regno delle due Sicilie, Regno di Napoli

Provvedimenti (I-CLXII).

Periodo dal 1080 al 6 maggio 1720.

Atti notevoli: il totale dei diplomi del Regno delle due Sicilie assomma al numero di 400 (238-1162), divenendo così lo Stato preunitario più riportato nel *Codex*.

Regno di Sardegna e isola Corsica

Provvedimenti (I-V).

Periodo: da aprile 1297 all'8 maggio 1720.

Ducato di Parma e Piacenza

Provvedimenti (I-LI).

Periodo: dal 15 luglio 1241 al 24 gennaio 1594.

Atti notevoli: il testo del paragrafo 21 risulta incompleto.

La riscontrata difficoltà sistematica del Codice Lünig, evidentemente viene consegnata agli eventi successivi dell'Europa della seconda metà del '700. Essa risulta ancora come la frontiera temporale della transizione dei *regna* meridionali, dalla loro originale posizione di vice-*reinados* di Napoli e Palermo ad una sorta di "autonomia" di *leadership* autonoma (dal 1720 il Regno di Sardegna viene annesso all'ex ducato piemontese di Sabaudia divenuto un vero e proprio Regno di Piemonte e Sardegna sotto la dinastia autoctona dei Savoia, successivamente autori dal secolo XIX delle note trasformazioni costituzionali in Regno d'Italia). È ormai lontano l'inizio del millennio germano-centrico degli Imperatori romano antichi (Carlo Magno, Ottone III, Carlo V) e si è transitati ad una visione territoriale italiana, dove gli antichi "principi" e "successori" dell'Impero sono divenuti la base geopolitica della Carta di uno Stato italiano in via di formazione.

Conclusivamente il Codice Lünig rappresenta uno strumento unico ed indispensabile, che conduce alla fine del primo millennio di formazione storica dello Stato nazionale italiano, a metà tra Nord e Sud. Soprattutto all'Europa del '700 consegna un'Italia delineata nei suoi confini e nel suo percorso storico essenziale. È stato un percorso, *sub specie codicis*, difficile ed accidentato, ma sempre con lo spirito di protagonisti italiani ravvicinati dalla natura e dalla storia.

Abstract

A 18th century Euro-national Diplomatic Codex (Lünig Codex)

The object of this study concerned a very famous *Codex Italiae diplomaticus*, published in four volumes in Frankfurt and Leipzig, by the imperial archivist Johannes Christian Lünig, during the ten years from 1725 to 1735. The Italian code is dedicated to a millennium of diplomatic practice, produced by the Italian actors of that time (the so called pre-unitarian Italian States).

Fabio Ferraro*

Conflitti tra organi giurisdizionali: evoluzione e (in)certezza del diritto europeo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le divergenze interpretative tra giudici nazionali e la violazione del principio della certezza del diritto nella CEDU. – 3. I conflitti tra Corte EDU e Corte Costituzionale. – 4. Le divergenze interpretative tra giudici nazionali e la violazione del principio di certezza del diritto nell'ordinamento dell'Unione. - 5. Gli eventuali conflitti tra Corte di giustizia e Corte Costituzionale. – 6. Gli orientamenti confliggenti della Corte EDU e della Corte di giustizia. - 7. Considerazioni conclusive

1. Negli ultimi tempi il principio della certezza del diritto, valido in tutti i campi del diritto, è sempre più messo a dura prova a causa dell'aumento delle situazioni di conflitto che si manifestano tra organi giurisdizionali. Questo principio è uno dei capisaldi del moderno Stato di diritto ed esprime, nella sua accezione generale, l'esigenza che ogni persona sia in grado di prevedere le conseguenze giuridiche della propria condotta¹. Per garantire tale principio, occorre che le norme giuridiche non solo siano formulate in modo chiaro e stabiliscano strumenti di tutela efficaci per farle rispettare, ma anche che siano interpretate ed applicate uniformemente.

In realtà, in nessun ordinamento il principio della certezza del diritto viene inteso in senso assoluto. È ben noto al riguardo il pensiero del Kelsen che considerava la certezza del diritto un portato ideologico della dogmatica giuridica dell'ottocento, definendola in modo eloquente un'illusione². Senza voler condividere questa o altre tesi estreme, il valore della certezza del diritto è oggi comunemente inteso come un ideale al quale gli ordinamenti aspirano senza avere però la pretesa di realizzarlo completamente. In effetti, incertezze normative e divergenze o mutamenti giurisprudenziali si verificano da sempre – e continueranno a verificarsi – ma devono essere considerati un fattore di evoluzione del diritto.

In questa prospettiva si collocano i conflitti tra i giudici nazionali nonché tra questi, segnatamente la Corte Costituzionale, e le Corti europee (Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia). Com'è stato rilevato, la compresenza di più strumenti di tutela realizza una migliore protezione dei diritti fondamentali, ma

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli Federico II.

¹ Cfr. G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006.

² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1934.

eleva al contempo le probabilità di orientamenti discordanti che riflettono il difficile equilibrio tra diversi sistemi giuridici³. La Corte EDU, la Corte di giustizia e le Corti Costituzionali nazionali sono state frequentemente chiamate ad affrontare questa problematica in relazione alla tutela dei diritti dei singoli, svolgendo una delicata ponderazione degli interessi in gioco. Nella CEDU e nell'Unione europea gli individui sono soggetti di diritto e beneficiano di forme di tutela che possono essere fatte valere autonomamente anche nei confronti degli Stati di appartenenza, che sono responsabili delle decisioni dei loro organi giurisdizionali. Nondimeno, i rimedi previsti in queste due organizzazioni internazionali per comporre le divergenze giurisprudenziali non possono essere messi sullo stesso piano, in quanto pervengono a soluzioni non sempre coincidenti, che discendono sia dalla natura e dalle caratteristiche proprie di queste due organizzazioni internazionali sia dal loro diverso impatto sull'ordinamento nazionale. In considerazione del difficile temperamento tra le diverse fonti e del progressivo dilatarsi dell'area dei conflitti, si tratta di azioni giudiziali spesso strettamente connesse tra loro e che coinvolgono la nostra Corte Costituzionale⁴.

In tale contesto si cercherà di ricostruire, senza alcuna pretesa di completezza, un quadro sistematico dei conflitti tra giudici nel diritto europeo. I complessi ed articolati rapporti tra le Corti Supreme, nazionali ed europee, sono stati qualificati in termini diversi⁵, esaltando principalmente il dialogo e l'esigenza di collaborazione⁶.

³ Cfr., *ex multis*, A. GIARDINA, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 220; A. TIZZANO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 839; A. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Incontro di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura, 28 febbraio - 2 marzo 2007, in www.forumcostituzionale.it; V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale*, Relazione al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008, in www.astrid-online.it; R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzioni nazionali*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale, Corti europee e giudice nazionale*, Convegno Corte di Cassazione, Roma, 21 gennaio 2009, in www.europeanrights.eu, 2009, p. 15; S. M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 1.

⁴ Cfr. B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012.

⁵ Cfr. E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÈ, *Beyond the Archetypes of Modern Legal Thought. Appraising Old and New Forms of Interaction between Legal Orders*, in M. MADURO, K. TUORI, S. SANKARI (eds.), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014, p. 78.

⁶ In argomento la dottrina è sconfinata. Cfr., *ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e Corti nazionali*, in www.luiss.it (12 gennaio 2001); G. DEMURO, *I rapporti fra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo. Problemi e prospettive*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2003, p. 85; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 73; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 195; R. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione Europea. La posizione della Corte costituzionale italiana*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, p. 437; M. FRAGOLA (a cura di) *La cooperazione fra corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012; A. RUGGERI, *'Dialogo' tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, in www.dirittifondamentali.it (11 novembre 2013); E.

In realtà, il sistema di tutela multilivello dei diritti non deve essere considerato soltanto nella prospettiva della cooperazione, ma anche del confronto ed eventualmente dello scontro. Al contempo, questi rapporti tra Corti Supreme non si traducono sempre nella c.d. “massimizzazione della tutela dei diritti”⁷, poiché tale obiettivo fondamentale deve fare i conti con le esigenze di interesse generale, che variano nel tempo ed a seconda del sistema in cui vengono considerate⁸. Resta centrale la tesi, che s’intende qui sostenere, secondo cui l’obiettivo della tutela più intensa cui si ispirano le relazioni sovranazionali nel diritto europeo può trarre nuova linfa dai conflitti e dalle divergenze tra organi giurisdizionali.

2. Un primo ambito nel quale si manifestano frequentemente conflitti tra le decisioni degli organi giurisdizionali è evidentemente quello nazionale. Invero, la Corte EDU è stata più volte chiamata a pronunciarsi in merito a diverse questioni concernenti la compatibilità delle divergenze o *overruling* giurisprudenziali sussistenti negli ordinamenti nazionali con i diritti fondamentali garantiti dalle norme convenzionali. Tali questioni si pongono non solo nei sistemi di *common law* ma anche in quelli di *civil law*, poiché in questi ultimi le leggi vengono continuamente modificate e spesso danno origine ad un quadro contraddittorio e caotico, lasciando ampio spazio alla discrezionalità dei giudici e, conseguentemente, alle interpretazioni differenti. A complicare ulteriormente il quadro concorrono le variegate soluzioni offerte dagli ordinamenti nazionali rispetto ad un mutamento di giurisprudenza o un arresto innovativo; si passa, solo per menzionarne alcune, dalla regola dello *stare decisis* o della tutela del legittimo affidamento all’*anticipatory* e *prospective overruling*.

Sta di fatto che situazioni di conflitto giurisprudenziale mettono a rischio il principio della certezza del diritto che ha un’efficacia di carattere orizzontale nella CEDU, giacché tale principio costituisce uno degli elementi essenziali dello Stato di diritto, garantendo una certa stabilità e contribuendo alla fiducia del cittadino nel sistema giurisdizionale⁹.

In questo scenario, i contrasti tra i giudici interni assumono una particolare rilevanza nell’ambito dell’art. 6 CEDU, sotto il profilo della loro compatibilità con il diritto all’equo processo¹⁰. La giurisprudenza della Corte EDU formatasi su questo

CANNIZZARO, *Les rapports entre la Court de Justice et la Cour européenne des droits de l’homme*, in J. VERHOEVEN (dir.), *Le juge communautaire et les juges internationaux: concurrence ou collaboration?*, Bruxelles, 2014. Sul dialogo tra le Corti in tema di diritti sociali, v. E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, p. 9.

⁷ Così A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, p. 5; Id., *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in www.diritticomparati.it.

⁸ In questi termini, v. D. SIMON, *L’intérêt général national vu par les droits européens*, in *Journée d’étude annuelle du CRDC, L’intérêt général, norme constitutionnelle, Conseil constitutionnel*, 6 ottobre 2006, in www.conseil-constitutionnel.fr.

⁹ Cfr. G. SCALESE, *Certezza del diritto e tutela internazionale dei diritti dell’uomo*, in *Atti del convegno in memoria di L. Sico*, Napoli, 2011, p. 151.

¹⁰ In via preliminare, la Corte ha costantemente affermato che spetta alle autorità nazionali, segnatamente ai giudici, interpretare ed applicare il diritto interno, non essendo essa un giudice di terza

tema può apparire, *prima facie*, ondivaga e poco chiara, mentre una valutazione più approfondita consente di apprezzarne la coerenza.

Dall'analisi di tale giurisprudenza emerge innanzitutto che la Corte EDU ha riconosciuto che le sentenze contraddittorie pronunciate da uno stesso organo giurisdizionale supremo violano l'art. 6 CEDU proprio perché compromettono il principio della certezza del diritto¹¹. In particolare, è ricorrente l'affermazione che le differenze di vedute sono fisiologiche in uno Stato di diritto se si manifestano tra giudici di merito, mentre non sono tollerabili se si riscontrano all'interno di uno stesso organo giurisdizionale che abbia la competenza di comporre i conflitti¹². In quest'ultimo caso, a giudizio della Corte di Strasburgo differenti orientamenti giurisprudenziali possono condurre a risultati imprevedibili ed arbitrari, con la conseguenza di determinare uno stato di incertezza ed un *vulnus* ad una tutela effettiva dei diritti. Al riguardo, è stato ulteriormente precisato che la violazione del diritto all'equo processo si realizza in presenza di divergenze profonde e persistenti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione sull'interpretazione di una determinata disposizione legislativa, laddove non siano previsti strumenti idonei a rimediare alle eventuali ricadute negative¹³. La preoccupazione del giudice europeo è giustificata, considerato che la suddetta situazione patologica può riflettersi sui giudici di merito, che tendono ad uniformarsi agli orientamenti delle Corti Supreme¹⁴.

Un altro filone giurisprudenziale esclude, invece, la violazione del diritto ad un equo processo nell'ipotesi in cui il contrasto di giudicati riguarda due Corti supreme dello stesso Stato, indipendenti e non gerarchicamente collegate. Specificatamente, sono state sottoposte alla valutazione della Corte di Strasburgo alcune decisioni giudiziarie contrastanti, debitamente motivate e pronunciate in parallelo dalle due differenti giurisdizioni (Suprema Corte militare amministrativa e Suprema Corte amministrativa), in un sistema, come quello turco, dove manca un meccanismo di controllo verticale. Ebbene, questa lacuna non è stata giudicata di per sé contraria alla CEDU, vuoi perché la coerenza del diritto può richiedere del tempo, vuoi perché i contrasti tra diversi giudici supremi possono essere tollerati senza mettere a rischio la certezza del diritto¹⁵.

Sotto altro profilo, uno speciale significato va assegnato a quella giurisprudenza secondo cui l'accessibilità, la chiarezza e la prevedibilità delle disposizioni legali

o quarta istanza (Corte EDU, sentenze del 3 settembre 2000, *Contal c. Francia*, ricorso n. 67603/01; del 2 dicembre 2008, *Schwarzkopf e Taussik c. Repubblica ceca*, ricorso n. 42162/02). Invece, la competenza dei giudici di Strasburgo ai sensi dell'art. 6 CEDU è quella di esaminare se i tribunali interni abbiano riconosciuto specifiche garanzie procedurali e, più in generale, se la conduzione del procedimento nel suo complesso abbia garantito un processo equo al ricorrente. Cfr. R. CHENAL, F. GAMBINI, A. TAMIETTI, *Commento all'art. 6 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 172 ss.

¹¹ Corte EDU, sentenze del 6 dicembre 2007, *Beian c. Romania*, ricorso n. 30658/05; del 21 febbraio 2008, *Driha c. Romania*, ricorso n. 29556/02.

¹² Corte EDU, sentenze *Beian c. Romania*, cit.; del 2 dicembre 2008, *Schwarzkopf e Taussik c. Repubblica ceca*, ricorso n. 42162/02; del 24 giugno 2009, *Tudor c. Romania*, ricorso n. 21911/03.

¹³ Corte EDU, sentenza del 2 luglio 2009, *Iordan Iordanov c. Bulgaria*, ricorso n. 23530/02.

¹⁴ Cfr. G. SCALESE, *Certezza del diritto e tutela internazionale dei diritti*, cit., p. 156.

¹⁵ Corte EDU, sentenze del 20 ottobre 2011, *Nejdet Sahin e Perihan Sahin c. Turchia*, ricorso n. 13279/05; del 13 settembre 2011, *Zivic c. Serbia*, ricorso n. 37204/08.

e della relativa giurisprudenza in merito alle condizioni procedurali dell'azione, quali, ad esempio, la forma ed i termini di ricorso e di prescrizione, garantiscono l'effettività del diritto di accesso ad un tribunale¹⁶. In particolare, la Corte EDU ha esplicitato che le incertezze giurisprudenziali derivanti dalla contestuale possibilità di esperire il ricorso dinanzi alla giurisdizione ordinaria ed a quella amministrativa, se siano tali da non "evitare un malinteso quanto alle modalità di esercizio dei mezzi di tutela offerti", possono rientrare tra le cause di violazione del diritto ad un equo processo di cui all'art. 6 CEDU¹⁷.

Nondimeno, nella giurisprudenza sull'art. 6 CEDU si ritrova anche il principio che un *revirement* non è di per sé contrario ad una buona amministrazione della giustizia, dal momento che la mancanza di un approccio dinamico ed evolutivo impedirebbe ogni cambiamento o miglioramento¹⁸. Peraltro, la stessa Corte europea può tornare sui propri passi, atteso che è attribuito alla *Grande Chambre* il potere di modificare la sua giurisprudenza consolidata, sebbene ciò accada raramente¹⁹. In questi casi eccezionali la *Grande Chambre* indica con precisione le ragioni che l'hanno indotta a correggere la sua giurisprudenza e utilizza principi simili a quelli che richiede ai giudici nazionali di applicare nell'ipotesi di un mutamento del loro orientamento.

Pertanto, il *revirement* dei giudici nazionali non è illegittimo ma lo diventa, ponendosi in contrasto con l'art. 6 CEDU, se il giudice decide di discostarsi dal precedente orientamento consolidato senza fornire una valida giustificazione. Ne consegue che può essere considerata sufficiente una tutela minima, che consiste nell'obbligo imposto agli organi giurisdizionali di motivare in modo sostanziale le ragioni di un *revirement*²⁰. Più in generale, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sanziona il carattere insufficiente della motivazione di decisioni che non precisano le nozioni essenziali sulle quali si fondano²¹. È chiaro poi che questi principi subiscono dei temperamenti, che consistono nel valutare l'impatto

¹⁶ Corte EDU, sentenze del 16 dicembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c. Francia*, ricorso n. 12964/87, par. 33; del 4 dicembre 1995, *Bellet c. Francia*, ricorso n. 8212/97, par. 37; del 23 dicembre 2001, *Brumărescu*, ricorso n. 28342/95, par. 65.

¹⁷ Corte EDU, sentenza del 30 ottobre 1998, *F.E. c. Francia*, ricorso n. 38212/97, par. 47. Nella sentenza *De Geouffre de la Pradelle c. Francia* (cit., par. 33) la Corte di Strasburgo ha in effetti ravvisato una violazione del citato art. 6 della CEDU, giacché un individuo – che secondo l'ordinamento processuale nazionale era decaduto dalla possibilità di promuovere un ricorso – non aveva beneficiato di un diritto di accesso concreto ed effettivo alla giustizia, a causa "dell'estrema complessità del diritto positivo". Nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte di Strasburgo la complessità era dovuta all'esistenza di una normativa nazionale estremamente complessa che andava letta ed integrata alla luce di una giurisprudenza interna altrettanto complessa, la quale aveva generato nel soggetto ricorrente uno stato di grave incertezza, impedendogli di fatto di agire nei termini fissati dalla legge.

¹⁸ Corte EDU, sentenze del 14 gennaio 2010, *Atanasovski c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, ricorso n. 36815/03, par. 38; del 26 maggio 2011, *Legrand c. Francia*, ricorso n. 23228/08; del 18 dicembre 2008, *Unedic c. Francia*, ricorso n. 20153/04.

¹⁹ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.sidi-isil.org.

²⁰ Corte EDU, sentenza *Atanasovski*, cit.

²¹ Corte EDU, sentenze del 30 novembre 1987, *H. c. Belgio*, ricorso n. 8950/80, par. 53; del 29 maggio 1997, *Georgiadis c. Grecia*, ricorso n. 41209/98, par. 43.

dell'*overruling* sui diritti fondamentali dei soggetti lesi ed il tempo necessario per prenderne conoscenza, al fine di tutelare il loro affidamento incolpevole²².

Per completare il quadro, occorre rilevare che le divergenze giurisprudenziali nazionali possono entrare in conflitto anche con altre norme della CEDU. In tali casi le conclusioni alle quali perviene la Corte europea rimangono invariate, considerato che si ripropongono essenzialmente gli stessi principi elaborati in relazione all'art. 6 CEDU, insistendo, in particolare, sulla c.d. *predictability* delle decisioni giudiziarie. A titolo esemplificativo, con riferimento all'art. 1, Prot. n. 1, CEDU si è affermato a chiare lettere che l'interpretazione giurisprudenziale nazionale in merito al diritto di proprietà deve consentire al singolo di prevedere le conseguenze del proprio comportamento²³. Allo stesso modo, si è dichiarato in relazione all'art. 7 CEDU che il divieto di applicazione retroattiva della norma penale a svantaggio dell'imputato (e, più in generale, il principio della legalità dei delitti e delle pene) esprime l'esigenza di prevedere le conseguenze penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. La portata della nozione di prevedibilità dipende in larga misura dal contenuto del testo di cui si tratta, dall'ambito che esso ricopre e dalla qualità dei suoi destinatari²⁴. Certo è che l'art. 7 CEDU non può essere inteso nel senso di escludere il graduale chiarimento delle norme in materia di responsabilità penale tramite l'interpretazione giurisprudenziale, a condizione che quest'ultima sia sufficientemente prevedibile²⁵. È il caso di aggiungere che si è posta una particolare enfasi sulla violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza di cui all'art. 5 CEDU nella misura in cui l'interpretazione giurisprudenziale sia arbitraria o irragionevole, come nell'ipotesi di ritardata concessione dell'indulto ad un condannato a causa di dubbi interpretativi sui termini di operatività del provvedimento di clemenza²⁶.

Delle implicazioni della giurisprudenza europea sugli ordinamenti nazionali non è possibile trattare in modo approfondito. Vi si è fatto cenno soltanto per rendere eloquente testimonianza dei conflitti tra organi giurisdizionali di uno Stato membro che incidono sul principio della certezza del diritto e sulla tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU²⁷. Dalla giurisprudenza europea è emersa l'e-

²² Corte EDU, sentenze dell'11 settembre 2000, *Midsuf c. Francia*, ricorso n. 61166/00; del 26 giugno 2004, *Di Sante c. Italia*, ricorso n. 56079/00; del 26 marzo 2006, *Cocchiarella c. Italia*, ricorso n. 64886/01.

²³ Corte EDU, sentenza del 20 maggio 2010, *Lelas c. Crozia*, ricorso n. 55555/08; v. anche sentenza del 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e a. c. Italia*, ricorso n. 75909/01.

²⁴ Corte EDU, decisione del 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*, ricorso n. 45291/06, par. 281.

²⁵ Corte EDU, sentenza del 12 febbraio 2013, *Previti c. Italia*, ricorso n. 1845/08, paragrafi 279 e 280, nella quale si è affermato che "in qualsiasi sistema giudiziario, per quanto chiara possa essere la formulazione di una norma di legge, ivi compresa una norma di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Occorrerà sempre chiarire i punti dubbi e adattarsi ai cambiamenti di situazione". Cfr. anche Corte EDU, sentenze del 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Francia*, ricorso n. 14307/88, par. 40; del 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ricorso n. 17862/91, par. 31.

²⁶ Corte EDU, sentenza del 10 luglio 2003, *Grava c. Italia*, ricorso n. 43522/98.

²⁷ Proprio sulla scorta della suddetta giurisprudenza europea in merito ai conflitti tra giudici nazionali, sono stati fatti dei notevoli passi in avanti nel nostro ordinamento. Così, la Corte Costituzionale ha distinto tra i contrasti sincronici di giurisprudenza, caratterizzati dalla compresenza di più linee interpretative tra loro confliggenti, e quelli diacronici, legati alla successione di un orientamento ad un altro, a processo concluso, evidenziando che soltanto i primi sono suscettibili di pregiudicare il diritto di

sigenza prioritaria di garantire un sufficiente grado di prevedibilità delle decisioni degli organi giurisdizionali. Eppure, le sempre più frequenti pronunce delle Corti Supreme non necessariamente si traducono nella più ampia tutela dei diritti, poiché quest'ultimo obiettivo talvolta cede il passo ad esigenze di interesse generale, come, ad esempio, quello della buona amministrazione della giustizia.

3. Considerazioni analoghe possono essere svolte in relazione ai rapporti tra i nostri giudici nazionali e la Corte di Strasburgo in tema di diritti dell'uomo, poiché anche in tali casi si manifestano alcune antinomie di grande interesse ed attualità, mettendo talvolta a rischio il principio della certezza del diritto. In particolare, la Corte Costituzionale e la Corte EDU non sempre convergono nella medesima direzione, ma possono anche assumere orientamenti confliggenti che rappresentano una dimostrazione eloquente della complessità dei rapporti intercorrenti tra la tutela dei diritti dell'uomo garantiti dalla CEDU ed il nostro ordinamento. Anzi, proprio nel rapporto tra queste due Corti Supreme sembra che negli ultimi tempi si riscontrino i maggiori conflitti, con il rischio di far vacillare il dialogo e la collaborazione.

Per comprendere tali conflitti occorre prendere le mosse dal noto orientamento del Giudice delle leggi in merito all'efficacia delle disposizioni della CEDU nel diritto interno²⁸. Si è a lungo discusso su quell'orientamento della Corte Costituzionale che ha attribuito alle disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il valore di 'norme interposte' che integrano il parametro costituzionale di cui all'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui esso impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. Le norme della CEDU sono idonee a vincolare lo Stato italiano, ma non al punto di imporsi direttamente sulle norme di legge interne, con la conseguenza che in presenza di un contrasto tra norme convenzionali e norme interne il giudice ha il dovere di tentare di risolvere tale antinomia in via interpretativa o, ove ciò non sia possibile, di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., senza che possa disapplicare la norma interna²⁹.

Ciò che più rileva ai fini della nostra trattazione è che il Giudice delle leggi si è riservato la competenza a verificare in quale misura la norma della Convenzione, come interpretata dalla Corte EDU, si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. Invero, la Corte Costituzionale mantiene un margine di apprezzamento significativo, operando una valutazione sistemica anziché parcellizzata dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata nell'ambito di un bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente protetti³⁰. Questo orientamento si completa

difesa (v. Corte Costituzionale, sentenza del 12 ottobre 2012, n. 230). Sotto questo profilo, si riscontra una sostanziale convergenza tra le due Corti nel giudicare e risolvere i conflitti tra i giudici di uno stesso Stato ai fini della tutela dei diritti fondamentali.

²⁸ Corte Costituzionale, sentenze gemelle del 27 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

²⁹ La soluzione prevista nell'ordinamento dell'Unione, che consente la disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con le norme comunitarie provviste di efficacia diretta, non è trasponibile in relazione alle disposizioni della CEDU.

³⁰ In realtà, tale orientamento costituisce un'applicazione peculiare della teoria dei c.d. controlimiti, che trova la sua origine nel rapporto tra diritto dell'Unione e ordinamento nazionale e che viene riproposta adattandola al differente contesto dei rapporti tra CEDU ed ordinamento nazionale.

con una particolare declinazione del principio della massima tutela, che ritroviamo nell'art. 53 CEDU. Se è vero che tale articolo riconosce espressamente alle Parti contraenti la possibilità di derogare “verso l’alto” al livello di protezione dei diritti fondamentali previsto dalla CEDU, è pur vero che ci può essere una dissonanza tra le due Corti Supreme in merito al sistema che garantisce la tutela più elevata.

In tale contesto si inscrivono le divergenze di orientamento della Corte Costituzionale con la Corte EDU ed il correlato ed ampio dibattito dottrinale³¹, che si estende alla possibilità per il nostro Giudice delle leggi di dichiarare l’incostituzionalità parziale della legge di adesione alla CEDU³². In particolare, possono essere individuati, a titolo esemplificativo, diversi campi nei quali le due Corti hanno recentemente espresso posizioni non coincidenti³³, fermo restando che divergenze possono manifestarsi espressamente all’interno della Corte EDU, in quanto uno o più giudici europei possono formulare un’opinione dissenziente rispetto a quella della maggioranza.

In primo luogo, le due Corti hanno giudicato in modo differente alcune leggi interpretative o pseudo interpretative aventi efficacia retroattiva, che sono state adottate dallo Stato italiano in materia previdenziale, interferendo sull’amministrazione della giustizia con lo scopo di modificare l’esito dei giudizi in corso. Ci riferiamo alle sentenze riguardanti il personale ATA³⁴ ed i pensionati del Banco di Napoli³⁵, con le quali la Corte EDU ha assunto una posizione di condanna dello Stato italiano, antitetica a quella precedentemente espressa dalla Corte Costituzionale³⁶, laddove ha riconosciuto la violazione del diritto all’equo processo di cui all’art. 6 CEDU³⁷.

A non dissimili conclusioni è pervenuta la sentenza *Maggio*, riguardante le c.d. pensioni svizzere, e cioè l’intervento legislativo dello Stato italiano sulle pensioni delle persone che avevano lavorato in Svizzera e versato, almeno in parte, i loro

³¹ Cfr., *ex multis*, M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3564; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3518; V. SCIARABBA, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell’art. 117, comma 1, Cost.*, *ivi*, 2007, p. 3475; C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in www.giurcost.org; R. CONTI, *L’espropriazione e il giudice, fra «principi» e «bilanciamento» dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 2008, p. 383; F. SORRENTINO, *Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Diritto e società*, 2009, p. 213.

³² Cfr. G. STROZZI, *La tutela (s)bilanciata dei diritti fondamentali dell’uomo*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2014, p. 189.

³³ Per un’accurata analisi di tali divergenze, cfr. F. GALLO, *Rapporti tra Corte Costituzionale e Corte EDU*, in www.cortecostituzionale.it.

³⁴ Corte EDU, sentenza del 7 giugno 2011, *Agrati e a. c. Italia*, ricorsi nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09.

³⁵ Corte EDU, sentenza del 14 febbraio 2012, *Arras e a. c. Italia*, ricorso n. 17972/07.

³⁶ Corte Costituzionale, sentenze del 7 novembre 2008, n. 362 e del 26 novembre 2009, n. 311.

³⁷ L’aspetto innovativo che merita di essere segnalato è rappresentato dal fatto che nel caso *Arras*, a differenza di precedenti analoghi, la Corte EDU ha censurato il comportamento del legislatore nazionale che era diretto ad agevolare un soggetto privato anziché lo Stato, danneggiando un altro soggetto privato.

contributi in questo Paese³⁸. Ancorché l'esigenza di ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico, per mezzo della soppressione di qualsiasi vantaggio goduto dalle persone che avevano lavorato in Svizzera e versato contributi inferiori a quelli previsti sul piano nazionale, venga considerato un motivo di interesse generale, la Corte europea non ritiene tale motivo idoneo ad influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia in favore dello Stato. In tal caso, a differenza di analoghe controversie, è intervenuta per ultima la Corte Costituzionale con una decisione che non ha condiviso le conclusioni della Corte EDU e ha fatto leva sul principio costituzionale di uguaglianza per giustificare la non applicazione del diritto all'equo processo di cui all'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla sentenza *Maggio*³⁹. Sotto questo profilo, la sentenza nazionale è stata considerata un'applicazione concreta della teoria dei controlimiti⁴⁰, sebbene la Corte Costituzionale non abbia richiamato espressamente questa teoria. Peraltro, non è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della legge di recepimento della CEDU nella parte in cui comporta l'applicazione nel nostro ordinamento dell'art. 6 CEDU, in quanto la Corte Costituzionale ha optato per una soluzione meno traumatica di interpretazione restrittiva della norma pattizia.

In secondo luogo, un altro terreno di scontro tra le due Corti riguarda l'insindacabilità delle opinioni e dei voti espressi dai membri delle Camere. L'impostazione seguita dal Giudice delle leggi non è del tutto convincente ed anzi rileva profili di contraddittorietà, poiché le premesse più volte enunciate in termini di rilevanza del principio di accesso alla giustizia e, più in generale, di effettività della tutela giurisdizionale avrebbero dovuto indurre ad un atteggiamento fortemente restrittivo tale da riconoscere l'immunità dei parlamentari soltanto in casi eccezionali. Invece, tale atteggiamento non traspare affatto sul piano nazionale, nonostante il soggetto danneggiato si trovi già in una situazione di debolezza in quanto non è parte del giudizio sul conflitto di attribuzione e, pertanto, non ha accesso ad un mezzo di tutela diretta dei suoi diritti. Esempari al riguardo sono le vicende *Cofferati* e *Ielo*, in relazione alle quali la Camera dei Deputati aveva ritenuto coperte dall'immunità le dichiarazioni rese da un parlamentare, in quanto opinioni espresse nello svolgimento delle sue funzioni. Al contempo, chiamata a pronunciarsi sul conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, la Corte Costituzionale non aveva offerto al soggetto danneggiato alcuna possibilità di far valere le proprie ragioni, dichiarando nel caso *Cofferati* inammissibile il conflitto di attribuzione e nel caso *Ielo* non irragionevole la deliberazione di insindacabilità delle dichiarazioni del parlamentare⁴¹. Di segno opposto l'orientamento della Corte EDU che, nella prospettiva dell'art. 6 CEDU, ha valutato il legame tra le dichiarazioni rese e l'attività tipica del parlamentare⁴². A giudizio della Corte europea, infatti, non si può limitare il diritto di accesso dei privati a un tribunale ogni volta che le affermazioni criticate siano state pronunciate

³⁸ Corte EDU, sentenza del 31 maggio 2011, *Maggio e a. c. Italia*, ricorso n. 46286/09.

³⁹ Corte Costituzionale, sentenza del 28 novembre 2012, n. 264.

⁴⁰ V. B. CONFORTI, *La Corte Costituzionale applica la teoria dei controlimiti*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 527.

⁴¹ Corte Costituzionale, sentenza del 27 ottobre 1999, n. 417.

⁴² Corte EDU, sentenze del 24 febbraio 2009, *CGIL e Cofferati c. Italia*, ricorso n. 46967/07; del 6 dicembre 2005, *Ielo c. Italia*, ricorso n. 23053/02.

da un membro del Parlamento, poiché occorre accertare se l'impossibilità di adire la giurisdizione ordinaria costituisca un ostacolo sproporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti dall'immunità parlamentare. Incidentalmente, la Corte EDU ha affermato che le vie di ricorso interne devono operare con un grado sufficiente di certezza non solo in teoria ma anche in pratica, poiché in caso contrario verrebbero compromesse l'effettività e l'accessibilità della tutela⁴³.

In terzo luogo, la Corte Costituzionale ha assunto un orientamento distonico rispetto a quello della Corte EDU in tema di retroattività della legge penale più favorevole, perché ha riconosciuto che questo principio possa essere derogato nel diritto interno, se supportato da ragionevoli giustificazioni, sicché esso non può essere assimilato *tout court* al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole⁴⁴. Invece, la Corte EDU sembra più garantista, almeno nella sua giurisprudenza più recente, laddove afferma che l'art. 7 CEDU legittima il principio della retroattività della legge penale meno severa, attribuendogli il carattere di diritto inviolabile al pari del principio di irretroattività della legge penale in *malam partem*⁴⁵. Rimangono delle ulteriori divergenze di fondo in materia penale tra le due Corti, ad esempio in relazione al concetto di legalità, che nel nostro ordinamento non comprende le fonti giurisprudenziali, nonché alla distinzione tra norme sostanziali e norme processuali⁴⁶, che non consente di applicare nel diritto interno le maggiori garanzie riconosciute dalla Corte europea.

In quarto luogo, di non poco momento è la posizione coraggiosa⁴⁷, sebbene molto dibattuta, assunta dalla Corte Costituzionale in contrasto non solo con quella espressa dalla Corte di Strasburgo⁴⁸, ma anche con quella della Corte internazionale di giustizia⁴⁹. Ci riferiamo alla nota sentenza n. 238/2014 che, in presenza di una grave violazione dei diritti umani, consistente nell'impossibilità per le vittime italiane di crimini nazisti di promuovere azioni risarcitorie, ha risolto il bilanciamento tra il principio del rispetto dell'immunità di uno Stato straniero e il diritto di accesso al giudice in favore di quest'ultimo. La Corte Costituzionale si è opposta alla penetrazione nel nostro ordinamento di norme internazionali consuetudinarie che impediscono di dare attuazione a valori fondamentali della nostra Costituzione,

⁴³ Corte EDU, sentenza *CGIL e Cofferati*, cit.

⁴⁴ Cfr. Corte Costituzionale, sentenze del 24 ottobre 2007, n. 368 e del 19 luglio 2011, n. 236.

⁴⁵ Corte EDU, sentenza del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ricorso n. 50550/06.

⁴⁶ Sempre sulla scia della giurisprudenza della Corte europea, la Corte di Cassazione ha chiarito che l'*overruling* relativo all'interpretazione delle norme regolatrici del processo, imprevedibile e idoneo a precludere il diritto di azione e di difesa, rende necessario tutelare la parte che si è conformata alla precedente giurisprudenza (Cassazione, Sezioni unite civile, sentenza del 16 giugno 2014, n. 13676; dell'11 luglio 2011, n. 15144; del 21 novembre 2011, n. 24413), mentre non altrettanto si verifica per i mutamenti giurisprudenziali di natura sostanziale (Cassazione, Sezione Quinta civile, sentenza del 25 luglio 2012, n. 13087) rispetto ai quali "deve essere confermato il carattere retrospettivo dell'efficacia del precedente giudiziario".

⁴⁷ Corte Costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238. Cfr. il dibattito sviluppatosi all'interno dei blog della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI), in www.sidi-isi.org. V. anche M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, 2015, p. 84.

⁴⁸ Corte EDU, sentenze del 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ricorso n. 35763/97; del 12 dicembre 2002, *Kalogeropoulou e a. c. Grecia e Germania*, ricorso n. 59021/00; del 14 gennaio 2014, *Jones e altri c. Regno Unito*, ricorsi nn. 34356/06 e 40528/06.

⁴⁹ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia*.

non consentendo alle vittime italiane di crimini nazisti di promuovere azioni risarcitorie. Se di certo la questione meriterebbe un approfondimento che in questa sede non è possibile effettuare, è comunque il caso di rilevare che questa sentenza può incidere positivamente sulla progressiva evoluzione della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia e della Corte europea.

Infine, uno dei conflitti più significativi si è manifestato di recente in relazione alla possibilità di disporre la confisca urbanistica nel caso di declaratoria di prescrizione del reato. La sentenza della Corte Costituzionale n. 49/2015, pur formalmente contenente una mera declaratoria di inammissibilità della questione di costituzionalità, ha affermato che la confisca potrebbe essere disposta anche in presenza di un reato prescritto, discostandosi così da una precedente pronuncia della Corte EDU⁵⁰. L'aspetto principale che merita di essere segnalato è che la Corte Costituzionale ridimensiona ulteriormente l'efficacia delle sentenze della Corte EDU nel nostro ordinamento e supera il suo precedente orientamento, giacché evidenza che l'obbligo di interpretare la norma nazionale conformemente alla CEDU grava sul giudice nazionale soltanto nell'ipotesi in cui sussista una giurisprudenza europea consolidata. In assenza di tale giurisprudenza o di una sentenza pilota, il giudice nazionale potrà invece limitarsi a fornire un'interpretazione della norma nazionale costituzionalmente orientata, senza sollevare una questione di legittimità costituzionale *ex art. 117 Cost.* ed ignorando l'interpretazione fornita dalla Corte EDU⁵¹. Insomma, questa tortuosa soluzione complica ulteriormente la dinamica del complesso rapporto tra CEDU e diritto interno e rischia di creare un senso di smarrimento nel giudice comune a causa della difficoltà di individuare con certezza il significato di giurisprudenza consolidata.

Questo breve *excursus* giurisprudenziale dimostra che i conflitti tra le due Corti non sono solo ipotetici, ma si verificano in concreto, ancorché possano essere considerati, in qualche modo, fisiologici e circoscritti ad alcuni casi particolari. Se in linea di principio l'orientamento formulato dalla nostra Corte Costituzionale appare analogo – almeno prima della sentenza n. 49/2015 – a quello espresso dalle Corti Costituzionali di altri Stati⁵², non si può trascurare che nei richiamati casi di conflitto la Corte europea ha offerto un livello più elevato di protezione dei diritti fondamentali, ad eccezione della sentenza della Corte Costituzionale sul risarcimento delle vittime dei crimini nazisti.

⁵⁰ Corte Costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2015, n. 49. V. P. MORI, *Il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in www.sidi-isil.org; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49/2015*, cit.

⁵¹ In dottrina era stato prospettato in termini differenti in relazione alle consuetudini che il controllo di costituzionalità potesse essere esercitato in via diffusa dal singolo giudice nazionale. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Commentario del Codice civile. Fonti del diritto: art. 1-9*, Bologna-Roma, 2011, p. 755; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, p. 466; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 2013, p. 339; F. M. PALOMBINO, *Quali limiti alla regola sull'immunità degli Stati? La parola alla Consulta*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 501.

⁵² Cfr. J. ZILLER, *La primauté nel diritto interno degli Stati membri. Da sei a ventotto*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, cit., p. 93; O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, Milano, 2010; T. GROPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *Astrid-Rassegna* n. 13/2015, in www.astrid-online.it.

La nostra Corte Costituzionale è consapevole che discostandosi dalle sentenze della Corte EDU espone il nostro Paese al pagamento di un equo indennizzo ai sensi dell'art. 41 CEDU, pur considerandolo il male minore a salvaguardia di interessi generali. È esemplare al riguardo la suddetta vicenda delle pensioni svizzere, poiché dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 264/2012 la Corte EDU ha continuato a condannare lo Stato italiano⁵³. Rimane irrisolta però la questione dell'inadempimento del nostro Paese all'obbligo positivo discendente dall'art. 46 CEDU di conformarsi alle sentenze rese dalla Corte europea, non avendo quest'ultima un potere di "cassazione" delle pronunce nazionali⁵⁴. Pertanto, l'adozione dei provvedimenti necessari per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle decisioni della Corte europea è sostanzialmente rimessa al legislatore nazionale.

Nondimeno, i conflitti tra le Corti non devono essere necessariamente giudicati in modo negativo, vuoi perché i principi argomentativi utilizzati dalle due Corti consentono di elevare il livello del dibattito, vuoi perché talvolta si realizza un progressivo avvicinamento tra le loro posizioni. In tal senso, non possono essere trascurate le significative aperture della nostra Corte Costituzionale, con la sentenza n. 113/2011, che hanno consentito di colmare talune lacune derivanti dall'inerzia del legislatore e di rimediare, attraverso un "apposito" mezzo straordinario, al difetto di equità del processo per l'accertata violazione da parte della Corte europea delle garanzie fondamentali dettate dall'art. 6 CEDU. In questo modo si è introdotto "un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo"⁵⁵, che abbia accertato l'avvenuta violazione delle garanzie fondamentali riconosciute dalla Convenzione in tema di equo processo e postulato l'esigenza della *restitutio in integrum* in favore dell'interessato mediante la rinnovazione del giudizio⁵⁶.

Il passo ulteriore potrà essere quello di rimettere in discussione il giudicato civile ed amministrativo, in considerazione dell'ordinanza n. 2/2015 pronunciata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. in relazione agli arti-

⁵³ Corte EDU, sentenza del 24 giugno 2014, *Cataldo e a. c. Italia*, ricorsi nn. 54425/08, 58361/08, 58464/08, 60505/08, 60524/08, 61827/08.

⁵⁴ Cfr. P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004; E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della cassazione civile e penale*, in www.appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf, 2007; S. MARCOLINI, *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, in *Cassazione penale*, 2007, p. 3492 ss.; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 960 ss.; P. PUSTORINO, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce della recente giurisprudenza italiana*, in F. SALERNO, R. SAPIENZA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011, p. 159 ss.; H. KELLER, A. SWEET (eds.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2014.

⁵⁵ Corte Costituzionale, sentenza del 7 aprile 2011, n. 113.

⁵⁶ Si è dato così riscontro alla Raccomandazione R/2000/2 del Consiglio dei Ministri, indirizzata a tutti gli Stati contraenti, che aveva sollecitato il riesame o la riapertura di casi nazionali oggetto delle censure della Corte europea.

coli 117, co. 1, 111 e 24 Cost. nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione della sentenza quello in cui sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, CEDU, conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁷. Tale pronuncia pone il problema delle sorti del giudicato nazionale, qualora esso sia in contrasto con una successiva pronuncia giurisdizionale di rango sovraordinato rispetto alla legge interna, e della possibilità che l'interessato chieda la revocazione della sentenza divenuta inoppugnabile. Tuttavia, non sembra necessario arrivare al punto di riconoscere che la riapertura del giudizio costituisca l'unico rimedio per rimuovere le violazioni della CEDU, sia perché il soggetto danneggiato può comunque ottenere un equo indennizzo, sia perché non può essere ignorata la posizione della controparte. L'obiezione principale al superamento del giudicato rimane quella che nessun sistema giuridico tollera che la validità dei rapporti giuridici sia discussa all'infinito, sicché grava sull'interessato l'onere di agire tempestivamente in giudizio per la tutela dei suoi diritti. Sotto questo profilo, così come in relazione al limite temporale imposto al ricorrente per richiedere il riesame di una decisione amministrativa o giudiziale definitiva, è necessario contemperare la salvaguardia dei diritti dei singoli con il principio della certezza del diritto, con la conseguenza che non sempre si realizzerà lo standard di tutela più elevato del soggetto privato.

4. Le divergenze tra giudici nazionali assumono rilevanza anche nel diritto dell'Unione, che ormai interferisce con tutte – o quasi tutte – le branche del diritto interno⁵⁸.

In primis, occorre sottolineare che quanto evidenziato in relazione al principio della certezza del diritto nell'ambito della CEDU si estende anche al diritto dell'Unione in forza sia dell'art. 6 TUE, che sancisce che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, sia dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, che attribuisce ai diritti in essa contenuti uguale significato e portata di quelli conferiti dalla CEDU (salvo che l'Unione garantisca una tutela più elevata).

Nell'Unione europea, la certezza del diritto viene intesa come fonte generale del diritto dell'Unione, rientrando tra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri. Com'è noto, tali principi consentono un progressivo e reciproco condizionamento tra il diritto dell'Unione e gli ordinamenti nazionali, così come tra la Corte di giustizia ed i giudici nazionali, che si traduce in un vero e proprio rapporto di osmosi idoneo a colmare le rispettive lacune⁵⁹. A titolo esemplificativo, è il caso di ricordare la sentenza *Berlusconi e a.*⁶⁰, con la quale la Corte di giustizia ha conside-

⁵⁷ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza del 4 marzo 2015, n. 2. Cfr. G. M. CIAMPI, *Nota a Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria, ordinanza 4 marzo 2015, n. 2*, consultabile sul sito www.ildirittoamministrativo.it; G. SORRENTI, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell'impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, in www.federalismi.it 2015, n.2.

⁵⁸ Così R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 11.

⁵⁹ Cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2013, p. 233.

⁶⁰ Corte di giustizia, sentenza del 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello dell'Utri e a.* Cfr. A. BIONDI, R. MASTROIANNI, *The Berlusconi Judgment*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 553; F. MUNARI, *Direttive comunitarie non correttamente trasposte dagli Stati membri e loro effetti nei confronti degli individui: a proposito della*

rato che il principio dell'applicazione retroattiva della norma penale più favorevole (*lex mitior*) fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, pur limitandosi a richiamare l'art. 2 del codice penale italiano che evidentemente non costituisce una norma di rango costituzionale⁶¹. Orbene, la Corte di giustizia ha elaborato un principio comune in grado di imporsi anche in quegli ordinamenti che non riconoscono tale principio o lo riconoscono solo parzialmente, in quanto funzionale alle finalità che l'Unione persegue.

Ciò premesso, in base al principio della certezza del diritto le norme giuridiche, sia quelle dell'Unione che quelle nazionali adottate in attuazione del diritto dell'Unione, devono essere chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli. Ovviamente, lo stesso principio va applicato alla giurisprudenza nazionale e dell'Unione, giacché l'esistenza di diversi orientamenti può compromettere la certezza del diritto e, di conseguenza, l'effettività della tutela giurisdizionale. In questa prospettiva, la Corte ha significativamente affermato che "Quando una normativa nazionale forma oggetto di divergenti interpretazioni giurisprudenziali che siano plausibili e che conducano, alcune, ad un'applicazione della detta normativa compatibile con il diritto comunitario, altre, ad un'applicazione incompatibile con esso, occorre dichiarare che, per lo meno, tale normativa non è sufficientemente chiara per garantire un'applicazione compatibile con il diritto comunitario"⁶². Per contro, la procedura d'infrazione appare difficilmente proponibile nelle ipotesi di pronunce giurisdizionali isolate o fortemente minoritarie in un contesto giurisprudenziale caratterizzato da un diverso orientamento o da un'interpretazione smentita dal supremo giudice nazionale⁶³. Vale a dire che tale procedura è un rimedio utilizzabile soltanto in presenza di un'interpretazione giurisprudenziale significativa, non smentita dal supremo giudice o addirittura da esso confermata, in contrasto con il diritto dell'Unione. A ben riflettere, la filosofia di fondo che ha ispirato questo principio elaborato dalla Corte di giustizia non appare differente dal predetto orientamento della Corte di Strasburgo secondo cui la CEDU non può garantire il diritto ad una giurisprudenza costante⁶⁴, pur imponendo agli Stati contraenti di organizzare il loro sistema giudiziario in modo da evitare, per quanto possibile, l'adozione di sentenze discordanti.

Sotto il profilo del *private enforcement* delle norme dell'Unione, sembra invece che la questione dell'incertezza giurisprudenziale sia stata risolta in modo più netto. Invero, si è evidenziato che il sistema nazionale di rimedi giurisdizionali deve essere tale da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente gravoso l'esercizio dei diritti attribuiti al singolo da norme dell'Unione (principio di effettività). Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona detto principio è stato formalizzato nell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE, il quale sancisce l'obbligo che incombe sugli Stati

sentenza della Corte comunitaria nel caso *Berlusconi e altri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 211.

⁶¹ Com'è noto, il principio della retroattività della legge penale più favorevole è sancito dall'art. 49, par.1, ultima frase, della Carta dei diritti fondamentali.

⁶² Corte di giustizia, sentenza del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, punto 33.

⁶³ Corte di giustizia, sentenza *Commissione c. Italia*, punto 32.

⁶⁴ Corte EDU, sentenza *Unedic c. Francia*, par. 74.

membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione⁶⁵.

Detta problematica risulta particolarmente interessante con specifico riferimento ai limiti imposti dal diritto dell'Unione all'autonomia procedurale degli Stati membri, giacché la Corte prende in considerazione i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento⁶⁶. In particolare, le condizioni procedurali fissate dalla normativa nazionale in materia di risarcimento dei danni per violazione del diritto dell'Unione non devono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività), oltre a non poter essere meno favorevoli di quelle che regolano gli analoghi rimedi disponibili in ordine alle situazioni di diritto interno (principio di equivalenza). La puntualità di tale asserzione è ampiamente sviluppata dalla giurisprudenza dell'Unione e, pertanto, ci limitiamo a segnalare che la Corte di giustizia ha più volte affermato che una situazione caratterizzata da un'incertezza normativa considerevole può costituire una violazione del principio di effettività, poiché il risarcimento dei danni causati ai cittadini da violazioni del diritto dell'Unione imputabili ad uno Stato membro potrebbe essere reso eccessivamente difficile nella pratica se i soggetti lesi non fossero in grado di determinare il termine di prescrizione applicabile con un ragionevole grado di certezza⁶⁷. Nelle suddette pronunce il principio della certezza del diritto e la tutela dei diritti convergono nella medesima direzione, che consiste nel mettere in discussione orientamenti giurisprudenziali nazionali divergenti.

Queste conclusioni non possono essere inficiate da un'ordinanza della Corte di giustizia che ha dichiarato in modo *tranchant* la propria incompetenza a pronunciarsi in merito alle difficoltà oggettive riscontrate nello Stato italiano nell'individuazione della giurisdizione competente a decidere sulle posizioni giuridiche soggettive in astratto diversificate – interessi legittimi e diritti soggettivi – ma in concreto di difficile o impossibile identificazione⁶⁸. Tale *vexata quaestio*, rispetto alla quale sono emersi nel corso degli anni molteplici e divergenti orientamenti giurisprudenziali, non è stata affrontata dalla Corte di Lussemburgo poiché l'ordinanza di rinvio del giudice nazionale non conteneva alcun elemento tale da consentire di affermare che l'oggetto del procedimento principale riguardasse l'interpretazione o l'applicazione di una norma dell'Unione. La decisione di rinvio si limitava a sollevare il problema della compatibilità del complesso sistema di attribuzione della giurisdizione con gli articoli 47 e 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali, senza fare riferimento ad una normativa nazionale di attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta. In sostanza, si trattava di una questione puramente interna che non rientrava nel cono d'ombra del diritto dell'Unione e, pertanto, la Corte non

⁶⁵ Cfr. A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015.

⁶⁶ Corte di giustizia, sentenza del 17 luglio 2014, causa C-169/14, *Sánchez Morcillo e Abril García*, punto 34.

⁶⁷ Corte di giustizia, sentenze del 16 luglio 2009, causa C-69/08, *Visciano c. Inps*, punto 46; del 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*, punto 33.

⁶⁸ Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2013, causa C-555/12, *Claudio Loreti e a.*

poteva valutarla. Se fosse stato individuato un collegamento con il diritto dell'Unione o se fosse stata valutata la compatibilità della normativa nazionale con la CEDU, la causa avrebbe potuto avere un esito diverso.

Infine, un altro filone giurisprudenziale si è sviluppato attorno al difficile rapporto tra gli obblighi che derivano dalla *primauté* del diritto dell'Unione ed il principio della certezza del diritto collegato all'autorità del giudicato definitivo. In tali casi la certezza del diritto e la tutela dei diritti possono entrare in rotta di collisione. Siccome vi è l'esigenza di preservare la stabilità delle situazioni giuridiche, le decisioni amministrative o le sentenze definitive in contrasto con il diritto dell'Unione possono essere rimesse in discussione sul piano sostanziale solo in casi eccezionali ed in presenza di rigorose condizioni⁶⁹. La certezza del diritto rappresenta un principio non solo comune agli ordinamenti degli Stati membri, ma anche proprio del diritto dell'Unione al quale la Corte presta una particolare attenzione perché non ritiene tollerabile che sia continuamente rimessa in discussione la validità dei rapporti giuridici. Ciò non toglie che i giudici nazionali, chiamati a pronunciarsi in merito ad una controversia non toccata dal giudicato né dallo spirare di un ragionevole termine di prescrizione o di decadenza, hanno la facoltà di discostarsi dall'interpretazione di un giudice nazionale di rango superiore e di procedere ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁷⁰. In altri termini, non sussiste un rapporto di tipo gerarchico tra giudici nazionali (ad esempio, tra giudici di merito e di legittimità), con la conseguenza che neppure una sentenza della Corte Costituzionale o la pendenza dinanzi a quest'ultima di una questione di legittimità costituzionale fanno venire meno l'autonomo potere di valutazione del diritto dell'Unione da parte degli altri giudici interni⁷¹. In effetti, la preoccupazione della Corte non appare tanto quella di rimediare immediatamente ad una decisione illegittima definitiva quanto quella di circoscriverne gli effetti in modo da non perpetuare la violazione del diritto dell'Unione in altri giudizi nazionali o procedimenti amministrativi. Ne discende che la tutela dei diritti dei singoli può essere recessiva rispetto all'esigenza specifica di salvaguardare il giudicato e la certezza del diritto. Vero è che in mancanza di una tutela diretta o reintegratoria il soggetto danneggiato ha comunque a disposizione il rimedio risarcitorio, che non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata⁷².

Se poi la Corte Costituzionale, nel pronunciarsi sulla questione rimessa dall'Adunanza Plenaria di cui si è discusso in precedenza, riconoscesse un ulteriore caso di revocazione del giudicato per uniformare la sentenza del Giudice nazionale alla pronuncia della Corte EDU, *a fortiori* ciò dovrebbe valere con riferimento ad un

⁶⁹ Corte di giustizia, sentenze del 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*, punto 59; del 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate/Fallimento Olimpiclub Srl*, punti 22 e 23; del 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, punti 20 e 21; del 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom*, punti da 35 a 37. Cfr. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 28 giugno 2011, causa C-218/10, *ADL*, punto 74; del 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, punti 46 e 47.

⁷⁰ Corte di giustizia, sentenze del 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, punto 94; 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, punto 30; del 15 gennaio 2013, causa C-416, *Križan e a.*, punto 69.

⁷¹ Corte di giustizia, *ex multis*, sentenza del 4 giugno 2015, causa C-5/14, *Kernkraftwerke*, punti 32 ss.

⁷² Corte di giustizia, sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, punto 39.

giudicato contrario ad una successiva sentenza della Corte di Giustizia. Infatti, le pronunce della Corte di Lussemburgo sono pacificamente considerate fonti sovraordinate anche rispetto alle norme di rango Costituzionale e direttamente efficaci nell'ordinamento interno degli Stati membri in ragione del loro carattere accessivo alla norma dell'Unione con cui si integrano.

5. Nell'ambito del nostro ordinamento vi sono divergenze tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia in merito al rapporto tra diritto dell'Unione e diritto interno. L'evoluzione dell'orientamento del nostro Giudice delle leggi è sin troppo nota per essere in questa sede riesaminata nei dettagli⁷³. Non appare superfluo, tuttavia, ricordare alcuni principi-chiave ai quali la Corte Costituzionale è pervenuta, avvicinandosi progressivamente alla posizione assunta dalla Corte di giustizia. In particolare, a partire dalla sentenza *Granital* la Corte Costituzionale ha affermato a chiare lettere che l'attribuzione a livello costituzionale di determinate competenze normative all'Unione comporta che la norma comunitaria provvista di effetto diretto sia applicata direttamente dal giudice comune in luogo della norma nazionale confliggente, in quanto è la norma comunitaria che disciplina la fattispecie⁷⁴.

Nondimeno, restano ferme in linea di principio alcune divergenze di fondo tra le due Corti: per un verso, la nostra Corte Costituzionale accoglie la teoria dualista (i due ordinamenti sono distinti e tra loro autonomi anche se coordinati) anziché quella monista della Corte di giustizia; per altro verso, la Corte Costituzionale si riserva talune competenze, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione dei trattati (quella di un eventuale conflitto della norma comunitaria, in ipotesi applicabile in luogo della norma interna, con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e con i diritti inalienabili della persona umana; e quella di norme interne che si assumano dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato o il nucleo essenziale dei suoi principi). A dimostrazione del fatto che le divergenze giurisprudenziali possono produrre degli effetti positivi ai fini dell'evoluzione del diritto, l'orientamento della Corte Costituzionale italiana e quello analogo della Corte Costituzionale tedesca hanno spinto la Corte di giustizia ad un *revirement* in tema di diritti fondamentali. Invero, la Corte di Lussemburgo è passata da un'iniziale posizione agnostica e di disinteresse all'affermazione che tali diritti rientrano tra i principi generali del diritto comunitario di cui essa garantisce l'osservanza⁷⁵.

⁷³ Cfr., *ex multis*, B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, cit.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti*, cit., p. 210 ss.; N. ZANON, *le Corti dell'integrazione europea e la Corte Costituzionale italiana: avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 195; ID., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 189 ss.; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 429 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2015, p. 423 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 303 ss.

⁷⁴ Corte costituzionale, sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170. Cfr. A. PACE, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 451.

⁷⁵ In relazione alla posizione assunta originariamente dalla Corte di giustizia, v. sentenza del 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Stork*; in relazione alla posizione successivamente assunta dalla Corte di giustizia, v. sentenza del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*.

Ciò premesso, la Corte Costituzionale italiana ha precluso l'ingresso delle norme consuetudinarie e convenzionali nell'ordinamento nazionale, sia pure con modalità differenti, mentre in relazione al diritto dell'Unione la teoria dei controlli-*limiti* è stata soltanto enunciata senza essere mai utilizzata in concreto. Anzi, la Corte Costituzionale ha inteso a tal punto valorizzare il clima di dialogo e di cooperazione instaurato con la Corte di giustizia che ha finito di recente per ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale finanche nell'ambito di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale⁷⁶. In precedenza, la Corte Costituzionale aveva messo in discussione il potere della Corte di giustizia di rendere inoperante l'efficacia *ex tunc* di una dichiarazione di invalidità di un regolamento comunitario, ai sensi dell'ex art. 177 TCEE (ora art. 267 TFUE), senza però arrivare alle estreme conseguenze, concludendo il giudizio con una mera declaratoria di inammissibilità⁷⁷.

Tuttavia, dopo avere aperto la strada all'applicazione concreta dei *controlimiti*, non è escluso che la difesa dei principi costituzionali si possa realizzare anche con specifico riferimento al diritto dell'Unione. In effetti, la sentenza resa dalla Corte di giustizia nella causa *Taricco* sembra aver sollevato un caso di possibile contrasto con l'orientamento della Corte costituzionale nella parte in cui condanna il nostro regime prescrizione che neutralizza, anche solo in via di fatto, l'effetto temporale di una causa interruttiva, poiché tale regime rischia di frustare l'efficace lotta contro la frode in materia di IVA, impedendo l'irrogazione di sanzioni effettive e dissuasive *ex art.* 325 TFUE⁷⁸. Invero, il giudice dell'Unione ritiene che la materia della prescrizione sia estranea al principio di legalità in materia penale, in quanto attinente alle concrete condizioni di procedibilità del reato, con la conseguenza che la disapplicazione dei termini di prescrizione anche rispetto a reati già prescritti non risulterebbe in contrasto con l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali né con l'art. 7 CEDU. Per contro, il nostro Giudice delle leggi considera che le norme sulla prescrizione abbiano carattere sostanziale e, pertanto, siano riconducibili nella sfera di applicazione del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, co. 2, Cost. Dall'eventuale disapplicazione delle norme nazionali, per contrasto con norme dell'Unione, discenderebbero effetti sfavorevoli per l'imputato, a causa del prolungamento – o addirittura dell'inesistenza in mancanza di intervento legislativo – del termine di prescrizione. Per tale ragione un giudice di merito ha sollevato una questione di costituzionalità, con la quale ha invitato espressamente la Corte Costituzionale ad erigere il muro dei *controlimiti*⁷⁹. Una possibile via di uscita potrebbe essere quella di applicare la sentenza della Corte di Lussemburgo soltanto ai fatti commessi dopo la sua pubblicazione ovvero quella di ritenere inapplicabile

⁷⁶ Corte Costituzionale, ordinanza del 3 luglio 2013, n. 207.

⁷⁷ Corte Costituzionale, sentenza 13 aprile 1989, n. 232 (*Fragd*).

⁷⁸ Corte di giustizia, sentenza dell'8 settembre 2015, causa C-105/04, *Taricco*. Cfr. C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in www.sidi-isil.org.

⁷⁹ Corte di appello di Milano, Sezione Seconda penale, ordinanza del 18 settembre 2015, consultabile sul sito www.penalecontemporaneo.it. La Corte di Cassazione ha inizialmente optato per una soluzione differente, in quanto ha disapplicato la normativa nazionale sulla prescrizione, conformandosi così alla sentenza della Corte di giustizia (Corte di Cassazione, Sezione Terza penale, sentenza del 20 gennaio 2016, n. 2210). Successivamente, la stessa Corte di Cassazione ha sollevato una nuova questione di costituzionalità (Corte di Cassazione, Sezione Terza Penale, ordinanza del 30 marzo 2016, n. 2).

la teoria dei controlimiti non sussistendo il conflitto tra norma dell'Unione e norma costituzionale⁸⁰, ma qualsiasi previsione sull'orientamento che assumerà la nostra Corte Costituzionale appare al momento azzardata.

Resta il fatto che la soluzione accolta dalla Corte Costituzionale in tema di controlimiti non è in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale⁸¹. È sufficiente osservare che la Corte di giustizia, con un risulante indirizzo, aveva già chiarito che il richiamo "ai diritti fondamentali, per come formulati nella costituzione di uno Stato membro, oppure ai principi costituzionali nazionali non può sminuire la validità di un atto comunitario o la sua validità nel territorio dello Stato"⁸². Una tutela dei diritti fondamentali variabile a seconda del diritto nazionale considerato rischierebbe di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione negli Stati membri⁸³. Più in generale, il ricorso alle norme di diritto nazionale, quand'anche di ordine costituzionale, al fine di limitare la portata delle disposizioni di diritto dell'Unione, avrebbe come conseguenza quella di menomare l'unità e l'efficacia del suddetto diritto⁸⁴.

In sostanza, la c.d. teoria dei controlimiti non è mai stata fatta propria dal giudice dell'Unione né il quadro è cambiato con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Difatti, è rimasta minoritaria, benché ripresa da diverse Corti Costituzionali, la tesi secondo cui l'inserimento nell'ultimo trattato di revisione dell'obbligo di rispettare le identità costituzionali degli Stati membri, contenuto nell'art. 4, par. 2⁸⁵, TUE, costituirebbe il riconoscimento sul piano normativo della teoria dei controlimiti⁸⁶. Non si può ritenere che la preminenza del diritto europeo venga meno ogni qualvolta

⁸⁰ Corte di Cassazione, sentenza n. 2210/16.

⁸¹ V., in tal senso, sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, punto 24; del 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, punto 81.

⁸² Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in part. punto 3. V. anche sentenza dell'11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*; sentenza *Taricco*.

⁸³ È stato poi giustamente osservato che l'eventuale accoglimento della tesi dei controlimiti potrebbe "assumere il significato di una revoca del consenso libero e consapevole prestato a suo tempo dallo Stato italiano al TCE". Così A. PACE, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, cit., p. 10.

⁸⁴ Corte di giustizia, sentenze del 2 luglio 1996, causa C-473/93, *Commissione c. Lussemburgo*, punto 38; dell'8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, punto 61. Dal principio del primato si ricavano ulteriori corollari, in particolare che il giudice nazionale è tenuto ad applicare il diritto dell'Unione e disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, indipendentemente dalla sentenza del giudice costituzionale nazionale che abbia deciso di rinviare la perdita dell'efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali (Corte di giustizia, sentenza *Filipiak*, cit., punto 85).

⁸⁵ Il preambolo della Carta ribadisce che nella sua azione l'Unione deve rispettare l'identità nazionale degli Stati membri.

⁸⁶ Cfr., A. CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma, 2009; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1417; G. STROZZI, *Il sistema integrato di*

tale diritto incida sulle Costituzioni nazionali o sulle relative strutture fondamentali. In realtà, il rispetto delle identità costituzionali degli Stati membri, sebbene abbia assunto una propria configurazione in virtù dell'esplicito riconoscimento all'interno del Trattato di Lisbona, deve essere valutato da parte della Corte di Lussemburgo bilanciandolo con altri principi fondamentali dell'Unione⁸⁷. In altre parole, la Corte non riconosce una riserva di identità costituzionale né un limite esterno al processo di integrazione europea, in quanto devolve alla sua competenza anziché all'interpretazione autonoma degli organi giurisdizionali nazionali la valutazione della compatibilità di questo principio con gli altri obiettivi e finalità che l'Unione persegue⁸⁸. D'altra parte, com'è stato giustamente rilevato, la Corte di giustizia "opera già da molto tempo con la categoria delle 'tradizioni costituzionali comuni' degli Stati membri quando si tratta di trovare ispirazioni nella costruzione del sistema di valori sui quali è fondata l'Unione"⁸⁹.

Un discorso simile può essere fatto, *mutatis mutandis*, in relazione agli articoli 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentale che stabiliscono un livello di protezione minima senza escludere una tutela più ampia derivante dalla CEDU e dalle Costituzioni degli Stati membri. La massimizzazione della tutela dei diritti non può spingersi fino al punto di mettere in discussione il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. La rottura dell'equilibrio tra sistemi si realizza nell'ipotesi in cui la tutela costituzionale o della CEDU sia difforme da quella espressamente prevista dall'Unione in conseguenza di un'attività di armonizzazione. Invero, nell'ambito del bilanciamento prevalgono le esigenze di interesse generale dell'Unione, che nel caso *Melloni* consistevano nell'applicazione di norme di armonizzazione esaustiva delle legislazioni nazionali contenute in un atto dell'Unione sul mandato di arresto europeo finalizzato a rendere effettivi i principi del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca tra gli Stati membri⁹⁰. La scelta di uniformare taluni profili della

tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 837.

⁸⁷ Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Malgožata Runevič-Vardyn*.

⁸⁸ V. B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in www.forumcostituzionale.it; E. DI SALVATORE, *Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, p. 435 ss.; R. MASTROIANNI, A. ARENA, *Free Movement of Lawyers and the Torresi Judgment: A Bridge Too Far?*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 373; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in www.forumcostituzionale.it.

⁸⁹ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale P. Cruz Villalón, del 14 gennaio 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e a.*, punto 61. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2012, capitoli IV e V; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto ascendente, ovvero la l'incidenza delle tradizioni costituzionali comuni nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, 2015, in www.giurcost.org.

⁹⁰ Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*. Cfr. E. DUBOUT, *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni*, in *Cahiers de droit européen*, 2013, p. 293; V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 229; O. POLLICINO, *From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative Step of the Italian Constitutional Court*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 143.

cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale non consente, già a monte, un ambito di discrezionalità degli Stati membri che possa compromettere gli obiettivi dell'Unione, ancorché il loro livello di tutela sia più elevato. In effetti, la Corte Costituzionale spagnola si è successivamente conformata alla sentenza *Melloni* della Corte di giustizia e ha modificato il proprio precedente orientamento, pur riservandosi la possibilità di far valere in futuro i controlimiti all'ingresso nell'ordinamento spagnolo di norme dell'Unione confliggenti con taluni principi costituzionali intangibili⁹¹.

Eppure, il principio del primato del diritto dell'Unione non impedisce alle Corti Costituzionali di manifestare il loro dissenso e di stimolare la riflessione, sicché la diversità di approccio è tutt'altro che priva di conseguenze. Al di là del fatto che la norma dell'Unione finisca per prevalere su quella interna, le considerazioni di ciascuna Corte Suprema si traducono in ogni caso in una approfondita valutazione delle argomentazioni formulate dalle altre Corti. Non è detto poi che la Corte di giustizia non possa successivamente venire incontro alle esigenze manifestate dalle Corti Costituzionali.

Al riguardo, occorre rilevare che il principio della stabilità delle decisioni giudiziarie non viene considerato un valore assoluto dalla Corte di giustizia, sebbene rivesta una grande rilevanza nel diritto dell'Unione⁹². Invero, la Corte di giustizia ha sempre proceduto con estrema cautela nel rivedere un proprio orientamento consolidato, ma ha riconosciuto espressamente la possibilità di un *revirement* giurisprudenziale ed ha talvolta effettivamente modificato l'interpretazione del diritto contenuta in sue precedenti sentenze⁹³. È il caso, ad esempio, delle sentenze *Melki*⁹⁴ e, soprattutto, *A. c. B.*⁹⁵, con le quali la Corte di giustizia ha fatto decisamente un passo indietro rispetto alla sua giurisprudenza consolidata. Infatti, la Corte di Lussemburgo non richiede più l'immediata ed incondizionata disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con le norme dell'Unione provviste di efficacia diretta, ma consente anche che il giudizio di compatibilità venga preliminarmente sottoposto alla Corte Costituzionale, sia pure imponendo una serie di garanzie, con l'obiettivo di far espungere definitivamente dall'ordinamento la norma incompatibile⁹⁶. Queste pronunce rappresentano un'eloquente testimonianza del progressivo avvicinamento

⁹¹ Cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e "controlimiti": la Corte Costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹² Così l'Avvocato generale Poiares Maduro, nelle conclusioni del 1 febbraio 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04; *Cipolla e a.*, punto 28.

⁹³ Cfr. V. A. CHRISTIANOS, *Wisdom through Discontinuity: The CJEU Reversing it-self*, in *Hellenic Review of European Law*, 2013, p. 13. Significativa è la recente giurisprudenza in tema di durata ragionevole del processo, che ha modificato il precedente orientamento restrittivo (sentenza della Corte di giustizia, del 26 novembre 2013, causa C-58/12 P, *Groupe Gaiscogne SA c. Commissione*, punti 72 ss.). Cfr. A. MAFFEO, *Conseguenze e rimedi per la violazione del délai raisonnable nel processo dinanzi ai giudici dell'Unione: la Corte di giustizia mette un punto fermo?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 585.

⁹⁴ Corte di giustizia, sentenza del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki*.

⁹⁵ Corte di giustizia, sentenza dell'11 settembre 2014, causa C-112/13.

⁹⁶ Cfr. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, p. 4089.

delle posizioni delle Corti, anche se l'*overruling* del giudice dell'Unione può essere considerato – a seconda dei punti di vista – un'evoluzione o un'involuzione nei rapporti tra diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali.

6. Infine, a rendere ulteriormente complesso il quadro contribuiscono le divergenze interpretative, o finanche i conflitti, che si possono manifestare tra la Corte EDU e la Corte di giustizia. Questi conflitti dovrebbero essere alquanto circoscritti in virtù del noto orientamento espresso dalla Corte europea nel caso *Bosphorus c. Irlanda* secondo cui le istituzioni dell'Unione assicurano un livello di protezione equivalente a quello proprio della Convenzione, salvo casi eccezionali di comprovata insufficienza di tutela nei quali la Corte EDU può riappropriarsi del controllo sugli atti nazionali di attuazione del diritto comunitario⁹⁷. Nell'ottica di una piena cooperazione tra le due Corti, si presume che uno Stato membro rispetti le esigenze della Convenzione nell'attuazione degli obblighi giuridici derivanti dal diritto dell'Unione. Dall'altra parte, si colloca la giurisprudenza della Corte di giustizia, poi formalizzata nell'art. 6, par. 3, TUE, secondo cui i diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

A ben vedere, queste posizioni caute e rispettose delle due Corti, che hanno avuto l'effetto di indebolire per diverso periodo di tempo le richieste di adesione dell'Unione alla CEDU, non hanno impedito di mettere in discussione il livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dal diritto dell'Unione. Queste divergenze sono fisiologiche, poiché le due Corti europee perseguono obiettivi ed operano secondo criteri differenti⁹⁸, ma con il passare del tempo tendono per lo più ad essere appianate.

A titolo esemplificativo, si può fare riferimento al diritto fondamentale all'invulnerabilità del domicilio, che veniva inizialmente interpretato in modo differente dalle due Corti, ricomprendendo soltanto la Corte EDU nella tutela offerta dall'art. 8 della Convenzione anche le imprese, oltre che le persone fisiche⁹⁹. Tale contrasto

⁹⁷ Corte EDU, sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98. Cfr., *ex multis*, E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 762 ss.; J.P. JACQUE, *Droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence 'Solange II' de la Cour européenne des droits de l'homme?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 756 ss.; V. CONSTANTINESCO, *C'est comme si ç'était fait? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme 'Grande Chambre', Bosphorus Airlines, du 30 juin 2005)*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, p. 363 ss.; C. COSTELLO, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006, p. 87 ss.; S. DOUGLAS SCOTT, *Comment on Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, Application No. 45036/98, Judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 243 ss.; B. CONFORTI, *Le principe d'équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Strasburgo, 2007, p.173.

⁹⁸ V. A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 811.

⁹⁹ Corte EDU, sentenza del 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*, ricorso n. 13710/88; in senso contrario v. Corte di giustizia, sentenza del 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoehchst*

è stato poi risolto nella sentenza della Corte di giustizia *Roquette Frères* che, proprio sulla scorta della giurisprudenza CEDU, ha riconosciuto la tutela anche delle persone giuridiche contro gli interventi arbitrari o sproporzionati della pubblica autorità nella loro sfera d'attività privata¹⁰⁰. L'ambito di operatività e di estensione del diritto all'inviolabilità del domicilio non sembra tuttora pienamente coincidente nelle valutazioni delle due Corti, in considerazione delle diverse modalità con le quali taluni limiti possono essere applicati dai giudici europei¹⁰¹.

Parimenti, la Corte europea ha censurato il regolamento Dublino II dell'Unione Europea e la sua applicazione da parte di alcuni Stati membri dopo aver accertato la sussistenza di lacune nel sistema di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro competente¹⁰². Lo Stato che procede al respingimento deve comunque assicurare, anche all'interno del sistema di Dublino, che il Paese destinatario offra sufficienti garanzie affinché lo straniero non sia espulso nello Stato d'origine senza una valutazione dei rischi connessi alla violazione dei diritti fondamentali. La Corte di giustizia ha invece fornito un'interpretazione restrittiva della giurisprudenza della Corte EDU poiché ha sviluppato la teoria della presunzione relativa di osservanza dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, che può essere superata soltanto nell'ipotesi in cui sia dimostrata l'esistenza in un Paese dell'Unione di carenze sistematiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo¹⁰³.

Non sembra poi che vi sia un allineamento tra le due Corti in merito ai procedimenti che si svolgono dinanzi alle autorità amministrative nazionali, considerato che soltanto la Corte EDU ha posto l'accento sulla natura penale di questi procedimenti e delle corrispondenti sanzioni¹⁰⁴. Le conseguenze di tale orientamento sono oltremodo evidenti e sono state riprese dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo relativa al caso *Grande Stevens*¹⁰⁵, nel senso che la qualificazione del procedimento amministrativo come "accusa penale" reca in sé l'applicazione delle garanzie rilevanti previste dall'art. 6 della Convenzione per il diritto ad un equo processo. Ne consegue pure che la Corte di Strasburgo appare più garantista rispetto alla Corte di Lussemburgo in relazione alla possibile violazione del principio del *ne bis in idem* ed ai relativi poteri del giudice nazionale nell'ipotesi di cumulo tra sanzioni penali ed amministrative.

c. Commissione. Cfr. al riguardo G. DEMURO, *I rapporti fra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.

¹⁰⁰ Corte di giustizia, sentenza del 22 ottobre 2002, causa C- 94/00, *Roquette Frères*.

¹⁰¹ Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2010, *Xavier Da Silveira c. Francia*, ricorso n. 43757/05; v. anche Corte EDU, sentenze del 24 luglio 2008, *André e a. c. Francia*, ricorso n. 18603/03; Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 2010, causa C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e a. c. Commissione*.

¹⁰² Corte EDU, sentenze del 21 gennaio 2011, *MSS c. Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09; del 21 ottobre 2014, *Shafiqi e altri c. Italia e Grecia*, ricorso n. 16643/09.

¹⁰³ Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department e a.*

¹⁰⁴ Corte EDU, sentenza del 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, ricorso n. 43509/08.

¹⁰⁵ Corte EDU, sentenza del 4 marzo 2014, *Grand Stevens e a.*, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

Ed ancora, non appare conforme alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di equo processo l'orientamento della Corte di giustizia che ha evidenziato le peculiarità delle funzioni dell'Avvocato generale rispetto ad omologhi nazionali per giustificare che le parti del giudizio non possono replicare alle conclusioni di tale organo¹⁰⁶. A differenza di alcune decisioni della Corte di Strasburgo¹⁰⁷, la Corte di giustizia ritiene che questa preclusione non sia in contrasto con il diritto al contraddittorio sia perché gli Avvocati generali non sono comparabili né alla magistratura requirente né ai pubblici ministeri, sia perché essi non perseguono la difesa di alcun tipo di interesse nell'esercizio delle loro funzioni. In realtà, la differenza di orientamento si è poi attenuata nel corso degli anni, atteso che la stessa Corte di Strasburgo ha dichiarato che le regole del processo comunitario riguardanti l'Avvocato generale non compromettono il diritto al contraddittorio e, più in generale, che il livello di protezione offerto dalla Corte di giustizia non presenta lacune tali da vanificare il principio di equivalenza¹⁰⁸.

Un approccio diametralmente opposto da parte delle due Corti si riscontra in relazione alla valutazione preliminare di ricevibilità dei ricorsi. Mentre il giudice unico della Corte EDU può limitarsi a comunicare alle parti la decisione negativa, non impugnabile e non pubblicata, con una lettera priva di motivazioni, la Corte di giustizia indica generalmente le motivazioni che hanno condotto all'adozione del provvedimento reiettivo di rito, consentendo così di comprendere l'iter argomentativo seguito¹⁰⁹.

È il caso di aggiungere a questa analisi comparativa della giurisprudenza delle due Corti che soltanto la suddetta sentenza *Taricco* della Corte di giustizia ha messo in discussione il regime prescrizione dello Stato italiano, così come riformato dalla legge 2 dicembre 2005, n. 251 (c.d. legge ex Cirielli), in quanto garantisce l'impunità alle persone e alle imprese che violano le disposizioni penali in materia di IVA, ledendo così gli interessi finanziari dell'Unione. Invece, la Corte EDU ha affermato a chiare lettere la piena legittimità della normativa nazionale che modifica con effetto retroattivo il regime della prescrizione penale, giacché tale normativa non impedisce alle persone offese di ottenere il risarcimento dei danni¹¹⁰. Ancorché si siano pronunciate in merito a differenti profili della prescrizione e dinanzi alla Corte di giustizia abbia assunto una rilevanza centrale la difesa degli interessi finanziari dell'Unione, vale la pena di rilevare che le due Corti Supreme sono arrivate a conclusioni del tutto differenti.

Infine, scorrendo le pronunce sull'omesso rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza, si può notare che la Corte EDU ha più volte riconosciuto la violazione del principio di equità del procedimento allorché il rifiuto dell'organo giurisdizionale sia viziato da arbitrarietà o difetti di motiva-

¹⁰⁶ Corte di giustizia, sentenza del 4 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar*.

¹⁰⁷ Corte EDU, sentenza del 20 febbraio 1996, *Vermeulen c. Belgio*, ricorso n. 19075/91.

¹⁰⁸ Corte EDU, sentenza del 20 gennaio 2009, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A c. Paesi Bassi*, ricorso n. 13645/05.

¹⁰⁹ Cfr. A. MAFFEO, *La recente prassi della Corte di Strasburgo in tema di inammissibilità dei ricorsi individuali: un obbligo di motivazione a contenuto variabile?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2015, p. 195.

¹¹⁰ Corte EDU, sentenza del 12 novembre 2012, *IDEP e a. c. Italia*, ricorso n. 39393/09.

zione¹¹¹. È interessante notare come la Corte EDU individui nuove forme di tutela del singolo in relazione al mancato utilizzo in sede nazionale di uno dei principali strumenti del diritto dell'Unione. Sotto questo profilo, il principio dell'equo processo impone ai giudici interni di motivare l'eventuale rifiuto di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea alla luce della giurisprudenza di quest'ultima, posto che lo stesso diritto dell'Unione ha previsto delle specifiche eccezioni all'obbligo di cui all'art 267 TFUE¹¹². Dunque, si tratta di arresti che censurano l'omesso rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 6 CEDU, pur circoscrivendo la possibilità del giudice europeo di sindacare l'inadempimento del giudice nazionale agli obblighi derivanti dall'Unione. La prospettiva aperta dalla Corte EDU potrebbe finire per coinvolgere la nostra Corte Costituzionale, al fine di valutare se l'interesse protetto dall'art. 6 CEDU, consistente nell'obbligo di motivare il mancato utilizzo dello strumento pregiudiziale, deve soccombere nel bilanciamento con altri interessi e valori di rango costituzionale. Invero, fino ad ora la giurisprudenza interna ha ritenuto che l'omesso rinvio pregiudiziale, da parte dell'organo giurisdizionale di ultima istanza, costituisca un'espressione della *potestas iudicandi* devoluta al giudice nazionale¹¹³.

Alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo più estensiva in merito alla portata di alcuni – e non di altri – diritti fondamentali fa da contraltare l'orientamento della Corte di giustizia che ritiene legittimo sottoporre i diritti fondamentali a talune limitazioni che siano funzionali agli obiettivi di interesse generale che l'Unione persegue, purché tali limitazioni siano proporzionate e necessarie al raggiungimento di tali obiettivi. Peraltro, le disposizioni della Carta dirette ad assicurare il suo coordinamento con la CEDU, segnatamente gli articoli 52 e 53, non hanno impedito taluni distinguo da parte della Corte di giustizia, come, ad esempio, nel suddetto

¹¹¹ Corte EDU, sentenze del 21 luglio 2015, *Schipani c. Italia*, ricorso n. 38369/09; dell'8 aprile 2014, *Dahabi c. Italy*, ricorso n. 17120/09; del 20 settembre 2011, *Ullens De Schooten e Rezabek c. Belgium*, ricorsi nn. 3989/07 e 38353/07. Cfr. L. DONNAY, *L'obligation incombant au juge de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, élément vaporeux du procès équitable*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2013, p. 887. Di recente, la Corte EDU sembra circoscrivere la portata della giurisprudenza precedente, riconoscendo che la motivazione del rigetto della richiesta di rinvio può ricavarsi anche implicitamente dalla sentenza nazionale (Corte EDU, sentenza dell'8 settembre 2015, *Wind Telecomunicazioni S.p.A. c. Italia*, ricorso n. 5159/14). A ben vedere, la decisione della Corte EDU sembra influenzata dal fatto che il ricorso dinanzi alla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 8, della Costituzione può riguardare soltanto i limiti esterni della giurisdizione di tale organo.

¹¹² Com'è noto, il giudice nazionale può decidere di astenersi dal sottoporre alla Corte un rinvio pregiudiziale ex art. 267, co. 3, TFUE se la questione non sia rilevante, se sia stata già oggetto di interpretazione della Corte ovvero se la corretta applicazione del diritto comunitario (oggi dell'Unione) si imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT*, punto 16).

¹¹³ Non costituisce un rimedio esperibile l'art. 111 della Costituzione, in quanto la Corte di Cassazione ha sempre escluso la possibilità di invocare un conflitto o diniego di giurisdizione, evidenziando che l'art. 267 del Trattato FUE costituisce una norma internazionale a carattere procedurale (Corte di Cassazione, Sezioni Unite civile, ordinanza del 2 dicembre 2005, n. 26228; v. anche Corte di Cassazione, Sezioni Unite civile, sentenza del 29 aprile 2005, n. 8882) e che la Corte di giustizia non interviene al riguardo come giudice del caso concreto, limitandosi piuttosto ad indicare l'interpretazione delle disposizioni dell'Unione che il giudice nazionale ritiene rilevanti ai fini del decidere (Corte di Cassazione, Sezioni Unite civile, sentenza del 5 luglio 2013, n. 16886). Il ricorso nell'interesse della legge proponibile dal procuratore generale presso la Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 363 c.p.c. o altri rimedi prospettati in dottrina non sono mai stati presi in seria considerazione.

caso *Melloni*, che non sembrano andare nella direzione del dialogo con le altre Corti. Si noti che lo stesso art. 52 della Carta contiene una clausola limitativa generale dei diritti, a differenza della CEDU e di molte Costituzioni nazionali che prevedono soltanto deroghe specifiche.

Da ultimo, è inevitabile chiedersi quale impatto avrà il parere negativo della Corte in merito all'adesione dell'Unione alla CEDU nel sistema di relazioni e di cooperazione tra le due Corti, quale da tempo consolidato nella giurisprudenza europea¹¹⁴. Indubbiamente, il parere crea un solco tra le due Corti, giacché la Corte di giustizia non accetta un controllo esterno da parte della Corte EDU che possa interferire con le sue competenze e/o compromettere la sua autonomia.

Sebbene sia difficile fare delle previsioni sulle implicazioni che il parere avrà nei rapporti tra le due Corti europee, è ipotizzabile che la Corte di Strasburgo possa modificare il suo approccio cauto e sindacare in modo più penetrante la legittimità delle norme nazionali di attuazione del diritto dell'Unione. La Corte europea potrebbe finanche arrivare al punto di riconoscere la responsabilità di tutti Stati membri per gli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione che essi hanno istituito e alle quali hanno attribuito talune competenze¹¹⁵.

Da parte loro, le istituzioni dell'Unione e la stessa Corte di giustizia potrebbero prestare maggiore attenzione al rispetto dei diritti fondamentali, consapevoli della possibilità per i soggetti lesi di rivolgersi alla Corte di Strasburgo. Tuttavia, sembra andare nella direzione opposta una recente sentenza della Corte di giustizia sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che preclude ad una persona condannata in via definitiva di esercitare il suo diritto di voto al Parlamento europeo, poiché tale pronuncia accentua ulteriormente l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione europea rispetto a quello della CEDU¹¹⁶. Al di là del merito della vicenda e della soluzione adottata dalla Corte di giustizia, è significativo infatti che tale sentenza non contenga alcun riferimento alla copiosa giurisprudenza della Corte EDU in materia¹¹⁷. Non è chiaro se si tratta di una sentenza isolata legata alle peculiarità del caso di specie o piuttosto di una nuova tendenza volta a rivendicare l'originalità del diritto dell'Unione.

In assenza di adesione, allo stato rimane fermo che la Corte EDU non può sindacare atti e comportamenti dell'Unione, che non è parte della Convenzione, ma

¹¹⁴ Cfr. A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 29; G. TESAURO, *Bocciatura del progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: nessuna sorpresa, nessun rammarico*, in *Foro italiano*, IV, 2015, c. 77; V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 1.

¹¹⁵ V. Corte EDU, sentenza del 10 marzo 2004, *Senator Lines GmbH c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia*, ricorso n. 5667/00. Cfr. F. BUONOMO, *La sentenza Senator Lines della Corte europea dei diritti dell'uomo tra suggestioni contenutistiche e peculiarità procedurali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, p. 549.

¹¹⁶ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-650/13, *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre-Médoc e a.* Cfr. M. BORRACETTI, *La limitazione del diritto di voto per condanne penali: alcune osservazioni sulla sentenza Delvigne*, in www.sidi-isil.org.

¹¹⁷ In questi termini, P. PUSTORINO, *Detainees' Right to Vote between CJEU and ECtHR Case-law*, in www.sidi-isil.org.

soltanto quelli adottati dagli Stati, sia pure in attuazione del diritto dell'Unione. Ciò non toglie che le argomentazioni formulate dalle due Corti in merito alla medesima questione possano determinare uno stimolante confronto ed un arricchimento reciproco, nell'ottica di un rafforzamento della tutela dei diritti.

7. Alla luce di quanto emerso in questa analisi è possibile formulare alcune considerazioni conclusive in merito ai problematici rapporti che si realizzano nel diritto europeo tra giudici nazionali e tra questi e la Corte di giustizia e la Corte EDU, sebbene l'elevato numero di sentenze pronunciate da questi organi giurisdizionali possa ingenerare nell'interprete un senso di smarrimento.

Una prima indicazione di carattere generale muove dalla premessa che la conoscibilità della regola di diritto e la prevedibilità della sua applicazione non riguardano soltanto la legge, bensì si estendono alla giurisprudenza. Nondimeno, la pretesa di un esito interpretativo certo delle leggi e/o di una giurisprudenza univoca non può essere considerata in senso assoluto, perché i rapporti tra i giudici e soprattutto tra le Corti Supreme, europee e nazionali, vanno intesi in senso dinamico e non necessariamente sono improntati al dialogo. In effetti, una concezione statica del diritto è stata smentita dalla prassi giurisdizionale, che ha invece dimostrato che le dissonanze tra le Corti sono in qualche modo fisiologiche laddove non riesca a realizzarsi un rapporto di collaborazione. È il caso di aggiungere che con il passare del tempo i rapporti tra Corti si sono infittiti e in taluni casi è diventato inevitabile lo scontro tra diritti, giacché la protezione più estesa di alcuni di essi comporta necessariamente il sacrificio di altri. Utilizzando differenti tecniche di bilanciamento, una Corte può ritenere che la preferenza vada accordata ad un diritto piuttosto che ad un altro, mentre un'altra Corte può assumere un orientamento opposto. Dunque, occorre prendere atto che non sempre risulta agevole contemperare il principio della certezza del diritto con la tutela dei diritti e le esigenze di interesse generale, atteso che il valore della certezza del diritto può essere recessivo rispetto all'esigenza di tutelare determinati diritti o interessi generali. Anzi, ne consegue talvolta una situazione contraddittoria, giacché le Corti Supreme possono alimentare i conflitti, pur essendo chiamate a risolvere le incertezze tra i giudici.

In secondo luogo e in una prospettiva differente sembra collocarsi il recente caso *Varvara*, in relazione al quale si è manifestato un conflitto tra Corte europea e Corte Costituzionale, che solleva diverse perplessità in merito non tanto al rapporto tra proprietà privata e interessi della persona offesa e della collettività quanto al rispetto della CEDU da parte del nostro ordinamento. In attesa della decisione della *Grande Chambre*, non appare condivisibile il principio elaborato dalla Corte Costituzionale, secondo cui i giudici nazionali sono tenuti a conformarsi alla giurisprudenza europea consolidata, potendo invece ignorare gli orientamenti non ancora definitivi della Corte EDU. Intuitivamente, si tratta di una distinzione labile che rischia sia di creare confusione, sia di accentuare i conflitti tra Corte EDU e Corte Costituzionale sul piano strutturale, non più circoscrivendoli a casi particolari ed isolati.

Al di fuori di questo discutibile principio, che investe i rapporti del diritto interno con la CEDU, si può senz'altro affermare che le divergenze tra Corti Supreme consentono di norma un reciproco confronto delle loro argomentazioni, concorrendo a un'evoluzione del diritto europeo. Il sistema di rapporti nel suo complesso offre

l'opportunità di una diversificazione tra gli orientamenti dei giudici, senza che ciò precluda un rapporto circolare di leale cooperazione ed un cammino di progressivo avvicinamento, anche nella prospettiva della costruzione di principi comuni agli ordinamenti nazionali. Nell'ambito della ricerca di un punto di equilibrio, non è escluso che via via l'indirizzo minoritario finisca per essere condiviso anche dagli altri giudici, in quanto la giurisprudenza deve essere in grado di cogliere le nuove esigenze di una società in continua evoluzione. Invero, un principio giuridico di una minoranza di ordinamenti giuridici nazionali può essere riconosciuto come parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione anche quando corrisponda ad una tendenza in fase di consolidamento¹¹⁸. Del resto, la stessa Corte di Strasburgo non ha mai messo in discussione la possibilità di un dinamico affinamento della giurisprudenza, sia pure imponendo l'onere di un'adeguata motivazione ai giudici che si discostino da un precedente orientamento¹¹⁹.

Infine, può apparire scontato, ma vale la pena di ripeterlo, nel diritto europeo l'obiettivo prioritario nell'ambito di questi complessi rapporti tra giudici rimane quello di innalzare la tutela dei diritti, purché non vengano compromesse esigenze di interesse generale ritenute maggiormente meritevoli di apprezzamento. Questa affermazione si completa con l'auspicio che soltanto eccezionalmente la sussistenza di *compelling reasons* di interesse generale, proporzionate e necessarie, possa giustificare il sacrificio dei diritti fondamentali.

Abstract

Conflicts between Judicial Bodies: Evolution and (Un)Certainty of European Law

This article deals with the questions concerning the system of multi-level protection of rights in European law, and seeks to underline the fact that the relations between lower courts and supreme courts, national and European, need to be considered not only from the perspective of cooperation but also in terms of conflict.

Indeed, the possibility of conflicting court decisions is an inherent trait of any judicial system, since a failure to maintain a dynamic and evolution-based approach would risk hindering reform or improvement. With this in mind, the article compares the solutions adopted by the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and the Italian Constitutional Court, with a view to showing the differences and the developments in the case-law of those supreme courts.

¹¹⁸ Così nelle conclusioni dell' Avvocato generale Juliane Kokott, del 29 aprile 2010, causa C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd*, punto 95.

¹¹⁹ Corte EDU, sentenza *Atanasovski*, par. 38.

Mario Carta*

Quali diritti per le vittime di reati intenzionali violenti secondo il diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano?

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive circa la tutela delle vittime di reato nell'Unione europea. – 2. Sistemi di indennizzo nazionali e diritto all'indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti secondo la direttiva 2004/80/CE: la mancata attuazione in Italia della direttiva 2004/80/CE e la natura non *self-executing* delle sue disposizioni. – 3. Il risarcimento del danno in favore delle vittime di reati intenzionali violenti per la mancata attuazione della direttiva 2004/80/CE. – 4. L'obbligo risarcitorio in capo allo Stato italiano e la direttiva 2004/80/CE: il limite delle situazioni interne. – 5. La tesi dalla risarcibilità anche per le situazioni non transfrontaliere. – 6. La Commissione europea e la posizione dell'Italia circa l'adempimento della direttiva 2004/80/CE: procedure di infrazione a ripetizione? – 7. La discriminazione "a rovescio" dei cittadini italiani vittime di reati intenzionali violenti. – 8. I possibili rimedi di diritto dell'Unione europea e nazionale alle discriminazioni "a rovescio" patite nell'ordinamento italiano.

1. La tutela della vittime di reati intenzionali violenti nell'ordinamento dell'Unione europea si sviluppa accanto ed insieme alla disciplina prevista dal diritto di quell'ordinamento per la più ampia categoria delle vittime dei reati in generale. Le disposizioni che regolamentano le prerogative di cui godono i soggetti che subiscono reati, e reati intenzionali violenti nello specifico, sono peraltro al centro di distinte direttive: per i primi assume rilievo principale la direttiva 2012/29/UE¹, dedicata alla protezione ed assistenza delle vittime nel procedimento penale, con la sua base giuridica che riposa sull'art. 82, par. 2, lett. c), TFUE dedicato alle vittime della criminalità, collocandosi quindi nell'ambito della cooperazione giudiziaria in

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Unitelma Sapienza.

¹ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Per una trattazione ampia ed articolata delle problematiche relative alla tutela delle vittime di reato nell'Unione, al di là dell'aspetto peculiare rappresentato dal diritto all'indennizzo, vedi C. AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 643 ss. Sulla direttiva 2012/29, vedi D. SAVVY, *Il trattamento delle vittime di reato*, *ivi*, 2013, p. 613 ss.

materia penale². Per i secondi è la direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti, adottata sulla base dell'ex art. 308 TCE ma in realtà funzionale alla realizzazione della libera circolazione delle persone³, a contenere la disciplina rilevante.

Se non sono poche in questi atti le disposizioni dedicate a regolare profili prevalentemente procedurali, sfugge a tale rilievo la previsione di un diritto al risarcimento per le vittime di reato previsto in entrambi gli strumenti normativi e che, tuttavia, opera con modalità distinte⁴. Nel caso della direttiva 2012/29, infatti, chiamato a garantire il risarcimento è principalmente l'autore del reato, nell'ambito del procedimento penale o anche in sede civile, secondo le regole vigenti in ciascun ordinamento⁵. Nel caso della direttiva 2004/80, invece, l'obbligo di indennizzo incombe sullo Stato, nel caso in cui la vittima del reato intenzionale violento non abbia potuto ottenere il risarcimento del danno da parte dell'autore del reato⁶.

La funzione sussidiaria della tutela offerta dallo Stato⁷ in favore delle vittime di reati intenzionali violenti, rispetto a quella a carico dell'autore del reato, sembrerebbe fornire così un sistema di indennizzo completo e senza "smagliature" o *vulnus* di tutela per tale tipologia di vittime. Tuttavia, a ben vedere, il *modus operandi* della imputazione dell'obbligo risarcitorio disegnato dalla direttiva a carico dello Stato

² In virtù di tale articolo gli Stati, secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare norme minime relativamente ai diritti delle vittime della criminalità. Tale finalità è ripresa dal 49° 'considerando' della direttiva 2012/29: "Poiché l'obiettivo della presente direttiva, vale a dire stabilire norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (...)".

³ Tale finalità, volta a rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione, emerge dai 'considerando' della direttiva ed in particolare dal secondo dove viene richiamata la giurisprudenza della Corte nella causa *Cowan* (sentenza della Corte di giustizia del 2 febbraio 1989, causa 186/87) quando stabilisce che, allorché il diritto comunitario garantisce alle persone fisiche la libertà di recarsi in un altro Stato membro, la tutela della loro integrità personale in detto Stato membro alla stessa stregua dei cittadini e dei soggetti che vi risiedono costituisce il corollario della libertà di circolazione. Dovrebbero concorrere alla realizzazione di tale obiettivo misure volte a facilitare l'indennizzo delle vittime di reato.

⁴ Lo strumento che può ritenersi un "ponte" tra le due direttive è la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 18 maggio 2011, Rafforzare i diritti delle vittime nell'Unione europea, COM(2011)274 def., ove la Commissione si impegna a presentare un pacchetto di proposte per rafforzare le misure nazionali esistenti, in modo da garantire che in tutta l'UE le vittime di reato godano, senza discriminazioni, di diritti minimi a prescindere dalla loro cittadinanza o dal loro Paese di residenza.

⁵ È l'articolo 16 che prevede espressamente il "Diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale. 1. Gli Stati membri garantiscono alla vittima il diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale entro un ragionevole lasso di tempo, tranne qualora il diritto nazionale preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario. 2. Gli Stati membri promuovono misure per incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima". Sotto tale profilo la direttiva è sostanzialmente in linea con quanto era previsto all'art. 9 della decisione quadro del 2001.

⁶ Le ragioni del mancato risarcimento del danno possono essere di diversa natura e sono esplicitate nel 10° 'considerando' della direttiva: "Le vittime di reato, in molti casi, non possono ottenere un risarcimento dall'autore del reato, in quanto questi può non possedere le risorse necessarie per ottemperare a una condanna al risarcimento dei danni, oppure può non essere identificato o perseguito".

⁷ Sul punto vedi F. BRAVO, *La tutela sussidiaria statale "risarcitoria" o "indennitaria" per le vittime di reati intenzionali violenti in Europa e in Italia*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2012, n. 1, p. 144 ss.

appare influenzato dal momento storico della sua adozione, precedente il Trattato di Lisbona, in un contesto nel quale la tutela delle vittime della criminalità non aveva ancora assunto un'autonoma rilevanza, come accadrà con l'art. 82 TFUE, e ben prima che l'intervento dello Stato potesse considerarsi ispirato dall'esigenza di introdurre per le vittime, nel procedimento penale, una qualche forma di giustizia riparatoria, nozione questa all'epoca dell'adozione della direttiva estranea al diritto dell'Unione⁸.

La prospettiva, come detto, di assicurare la piena realizzazione della libera circolazione delle persone che conferisce al diritto all'indennizzo un campo di applicazione privilegiato nelle situazioni transfrontaliere, si trova così a dover convivere con un'evoluzione del diritto dell'Unione che, in questo settore, sposta progressivamente la propria attenzione dalle esigenze del mercato interno ai diritti delle vittime⁹, ponendole al centro della propria azione. Qualsiasi ipotesi di unificazione dei due atti allo studio¹⁰, pertanto, non potrà che fare i conti con la diversa logica alla quale essi si ispirano e che trova uno dei punti di massima frizione proprio nella concreta configurabilità di un diritto all'indennizzo per le vittime di reati intenzionali violenti, in particolare nelle situazioni non transfrontaliere.

In attesa di un intervento normativo, il compito di risolvere tali criticità è affidato, come sovente accade, alla giurisprudenza di Lussemburgo ed a quella nazionale che ancora però non è riuscita a fornire una risposta definitiva ed univoca alle questioni interpretative che saranno affrontate nel presente contributo. Inoltre, come vedremo, il tema della concreta configurabilità di un diritto all'indennizzo per le vit-

⁸ L'emersione di questa componente nel processo penale, in linea di continuità peraltro con i tradizionali strumenti risarcitori anche a carico dell'autore del reato, è ben descritta nella citata comunicazione del 2011, nel capitolo dedicato al "Risarcimento e ripristino della situazione precedente al reato" ove si precisa che "Le persone che sono state lese da azioni altrui spesso si aspettano di ottenere una qualche forma di risarcimento economico dallo Stato o dal colpevole. Il risarcimento mira a riparare il danno economico immediato e a lungo termine. Può anche fungere da forma di riconoscimento attraverso un pagamento simbolico. La giustizia riparatoria, concetto relativamente nuovo nella procedura penale, va oltre il mero risarcimento economico, per concentrarsi sul recupero della vittima. In alternativa o a complemento della giustizia formale, intende ripristinare la situazione delle vittime precedente alla commissione del reato dando loro, se lo desiderano, l'opportunità di trovarsi faccia a faccia con gli autori del reato e consentendo a questi ultimi di assumersi la responsabilità delle loro azioni". È evidente che una finalità così ampia e complessa di tutela delle vittime di reato può essere perseguita solo impegnando in primo luogo le autorità statali, non essendo sufficiente il ruolo svolto dall'autore del reato.

⁹ Una manifestazione significativa di questo graduale processo di attenzione alle vittime da parte della normativa europea, oltre alla novità introdotta dal Trattato di Lisbona ed alla direttiva 2012/29, è costituito dalle direttive che si occupano specificamente di ciascuna tipologia di vittima e che vanno dalla direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, alla direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI, alla decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo.

¹⁰ È quanto auspicato dalla Commissione al punto 2.3.4. del Programma di Stoccolma. Inoltre la stessa Commissione, nella comunicazione del 2011, si impegna per il futuro nel campo dei diritti delle vittime, ad una revisione della direttiva 2004/80 relativa all'indennizzo delle vittime di reato.

time di reati intenzionali violenti assume una rilevanza ed una complessità del tutto peculiari se posto in relazione all'ordinamento italiano ed alle possibilità offerte, dal nostro sistema giuridico, di azionare direttamente a livello giurisdizionale una simile pretesa.

Per potersi esprimere sulla conformità o meno dei sistemi di indennizzo attualmente esistenti a livello nazionale con le disposizioni contenute nella direttiva, tuttavia, occorre esaminare e prendere le mosse naturalmente da quanto essa prevede¹¹.

2. La direttiva 2004/80, dopo aver disciplinato al Capo I l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, dedica il Capo II ai sistemi di indennizzo nazionali ed in particolare, dopo aver rinviato alla disciplina prevista nei singoli Stati per l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere¹², il secondo comma dell'art. 12 stabilisce che “tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime dei reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime”.

La corretta definizione della natura di tali disposizioni, contenute nella direttiva e relative al diritto all'indennizzo, appare di fondamentale importanza per affermarne o meno la loro azionabilità; la loro efficacia diretta nell'ordinamento italiano, con conseguente possibilità per i titolari di tale diritto di agire giudizialmente e reclamare direttamente dinanzi ai giudici nazionali l'indennizzo di cui si tratta, dipende infatti dalle caratteristiche delle disposizioni sopra richiamate. È noto, infatti, che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha riconosciuto¹³ alle disposizioni delle direttive aventi contenuto dettagliato, preciso ed incondizionato la possibilità di essere fatte valere nelle controversie nazionali dai titolari dei diritti in essa previsti, qualora la controparte sia rappresentata dallo Stato.

E dunque l'attribuzione o meno del carattere chiaro, sufficientemente preciso ed incondizionato alle disposizioni della direttiva 2004/80, ed in particolare all'art. 12, comma 2, oltre ad essere dirimente circa la loro giustiziabilità a livello nazionale da parte delle vittime, risulta determinante al fine di individuare i rimedi offerti alle vittime dei reati intenzionali violenti anche qualora la direttiva non possa essere considerata sufficientemente dettagliata, e quindi non avente efficacia diretta. D'altronde qualsiasi valutazione in merito alla efficacia diretta della direttiva dettagliata ed alla possibilità di ricorrere a strumenti rimediali, a maggior ragione nel caso di carattere non *self-executing* delle sue disposizioni, postula la mancata attuazione della

¹¹ In argomento vedi tra gli altri, R. MASTROIANNI, *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo di reati*, in *Giustizia civile*, 2014, p. 283; R. CONTI, *Vittima di reato e obbligo di indennizzo a carico dello Stato: really?*, in *Corriere giuridico*, 2011, p. 249 ss., e, dello stesso autore, *Sulle vittime di reato la parola passa alla Corte di giustizia, che forse ha già deciso*, *ivi*, 2013, p. 1389 ss.; C. AMALFITANO, *op. cit.*, in particolare p. 655-662. Da ultimo F. CHIOVINI, *Incompleta trasposizione della direttiva sull'indennizzo delle vittime di reato: la responsabilità dello Stato italiano all'attenzione dei tribunali nazionali e, ancora una volta, della Corte di Giustizia*, www.eurojus.it.

¹² Art. 12, co 1: “Le disposizioni della presente direttiva riguardanti l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere si applicano sulla base dei sistemi degli Stati membri in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori”.

¹³ Vedi le sentenze del 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*, e del 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*.

direttiva da parte dello Stato italiano, inadempimento che nella fattispecie andrà verificato in concreto con riferimento alla direttiva 2004/80.

Un contributo significativo al fine di poter formulare una risposta adeguata, circa la sussistenza o meno di tale inadempimento, è fornito dalla giurisprudenza di Lussemburgo che, con la sentenza del 29 novembre 2007 contro la Repubblica italiana¹⁴, ha accertato la responsabilità della stessa per non aver adottato, entro il termine prescritto, le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 2004/80, venendo così meno agli obblighi ad essa incombenti.

Nel pronunciare la sentenza la Corte di giustizia UE non ha ritenuto fondato l'argomento avanzato dalla difesa italiana relativo alla circostanza che determinate leggi già vigenti nel nostro ordinamento giuridico prevedono l'indennizzo delle vittime di atti di terrorismo e della criminalità organizzata, nonché delle vittime di richieste estorsive e di usura¹⁵. Il motivo di tale irrilevanza, ben esplicitato dagli stessi giudici italiani che si sono pronunciati sulla attuazione della direttiva nel nostro ordinamento¹⁶, è legato alla natura degli obblighi di recepimento della direttiva 2004/80 incombenti sullo Stato che non possono ritenersi assolti con l'attuale impianto legislativo in materia, poiché esso ha ad oggetto indennizzi previsti solo per particolari categorie di vittime quali di atti di terrorismo, dei reati di tipo mafioso, dei reati estorsivi e di usura¹⁷, nonché della tratta di essere umani¹⁸. La direttiva, infatti, non attribuisce il potere e la discrezionalità agli Stati di selezionare le tipologie di reati violenti meritevoli di indennizzo, ma prescrive invece un sistema di indennizzo valido per tutte le vittime.

D'altronde, l'obbligo per lo Stato italiano di inserire nell'ordinamento interno norme di carattere generale, volte ad assicurare in via sussidiaria alle vittime per ogni ipotesi di reato violento e intenzionale, un ristoro per i danni subiti "equo" e "adeguato", non risulta soddisfatto neppure con l'adozione del d.lgs. 6 novembre 2007, n. 204¹⁹. Il decreto legislativo, sebbene formalmente adottato in attuazione della direttiva in questione, in realtà appare preordinato a disciplinare i casi di assistenza alle vittime e altri profili esclusivamente procedurali, omettendo del tutto di recepire le disposizioni della direttiva finalizzate a garantire in via generale alla vittima il diritto di ricevere direttamente dallo Stato italiano il ristoro per i danni subiti

¹⁴ Causa C-112/07, *Commissione c. Italia*.

¹⁵ Punto 7: "alla scadenza del termine fissato nel parere motivato tutti i provvedimenti per procedere all'attuazione della direttiva nell'ordinamento giuridico nazionale non erano stati adottati dalla Repubblica italiana".

¹⁶ Cfr. Corte di appello di Torino, sentenza del 23 gennaio 2012, n. 106 e, più di recente, Tribunale civile di Roma, sentenza dell'8 novembre 2013, n. 22327.

¹⁷ La l. 26 febbraio 2011, n. 10, all'art. 1, co. 6-*sexies*, ha unificato nel Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell'usura i preesistenti Fondi.

¹⁸ D.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, di attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI.

¹⁹ Intitolato "Attuazione della direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato".

da qualsiasi tipo di reato violento intenzionale, nei casi in cui la vittima non possa rivalersi direttamente nei confronti dell'autore dell'illecito²⁰.

3. Se la mancata attuazione della direttiva in questione nell'ordinamento italiano appare un dato pacificamente condiviso²¹, occorre stabilire se la natura delle disposizioni in essa contenute consenta di riconoscere loro efficacia diretta e dunque la azionabilità nei confronti dello Stato.

Tale valutazione interessa principalmente la giustiziabilità del diritto all'indennizzo, di cui all'art. 12, co. 2: la formulazione di tale disposizione non sembra lasciare margini di interpretazione circa il suo carattere non *self-executing*, proprio nella parte in cui impone agli Stati la istituzione di sistemi di indennizzo nazionali. La direttiva, in effetti, non è tal punto sufficientemente chiara e precisa da consentire di determinare in maniera dettagliata ogni elemento dell'obbligazione indennitaria gravante sullo Stato, e ciò *in primis* in relazione all'individuazione della istituzione tenuta alla corresponsione dell'indennizzo nel diritto interno.

Per quanto attiene a tale profilo la Corte di giustizia, in precedenti occasioni, ha già avuto modo di stabilire che, pur in presenza di una direttiva sufficientemente chiara e precisa per quanto riguarda i soggetti beneficiari, l'efficacia diretta deve escludersi quando dalla stessa non sia possibile evincere in maniera chiara l'ente obbligato a fornire una determinata prestazione, sempre nel caso di inadempimento dello Stato²². Nella presente fattispecie è la mancata identificazione dell'ente o istituzione tenuti all'indennizzo a rendere impossibile la soddisfazione del diritto corrispondente; si tratta in definitiva di una tipica situazione nella quale la piena efficacia delle norme di diritto dell'Unione è subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e di conseguenza i singoli, in mancanza di tale azione, non possono far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti nella direttiva.

Una volta verificatesi le circostanze sopra descritte, e quindi la mancata attuazione della direttiva 2004/80 e l'impossibilità di attribuire efficacia diretta alle disposizioni della stessa dedicate all'indennizzo in favore delle vittime a livello nazionale, ecco che i rimedi per i soggetti danneggiati, che altrimenti rimarrebbero privi di qualsiasi tutela, sono rappresentati dal risarcimento del danno ad opera

²⁰ Come d'altronde rilievo esclusivamente procedurale, volti ad assicurare l'effettività dei diritti di partecipazione consapevole delle vittime al processo penale, hanno i provvedimenti italiani di attuazione della direttiva 2012/29: di recente, il 4 settembre 2015, il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente e del Ministro della giustizia, ha approvato in esame preliminare ed in conformità alla legge di delega del 6 agosto 2013, il decreto legislativo di attuazione della direttiva 2012/29..

²¹ Inadempimento che si registra quanto meno nel caso di situazioni transfrontaliere che coinvolgono cittadini di altri Stati membri, vittime di reati in Italia, non rientranti nei casi di risarcimento previsti dalle leggi speciali sopra ricordate.

²² Sul punto la nota sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich e Bonifaci c. Repubblica italiana*, dove l'inadempimento dello Stato italiano riguardava la mancata istituzione di un fondo nazionale di garanzia, finanziato dallo Stato medesimo, per garantire il soddisfacimento dei crediti derivanti dal rapporto di lavoro a seguito dell'insolvenza del datore di lavoro imposto dalla direttiva 80/987. Per una completa ed approfondita ricostruzione della problematica relative alla efficacia diretta delle direttive ed ai profili della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione vedi U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 294 ss., nonché R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, in particolare pp. 169 ss. e 378 ss.

dello Stato, in loro favore, quale responsabile dell'inadempimento derivante dalla mancata trasposizione della direttiva. L'affermazione della responsabilità e la determinazione del danno in questi casi avviene sulla base dei principi affermati dalla giurisprudenza di Lussemburgo che ha assegnato al giudice interno il compito di applicare, nell'ambito delle proprie competenze, le norme di diritto dell'Unione, al fine di garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli²³. È al giudice nazionale che incombe, pertanto, l'obbligo di constatare la violazione del diritto dell'Unione, non essendo necessario che la violazione sia stata precedentemente accertata dalla Corte di giustizia con sentenza²⁴, e condannare così lo Stato al risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento, derivante dalla mancata possibilità di esercitare i diritti che la tempestiva attuazione della direttiva avrebbe attribuito ai singoli beneficiari.

Tuttavia per la concreta proponibilità dell'azione volta a far valere la responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto UE, è necessario che ricorrano tre condizioni, richieste naturalmente anche per le vittime di reati intenzionali violenti e chiarite dalla Corte di giustizia già nella sentenza *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*²⁵: 1) la norma giuridica violata deve essere preordinata ad attribuire diritti ai singoli; 2) una violazione sufficientemente caratterizzata, e cioè grave e manifesta; 3) l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo da parte dello Stato ed il danno subito dai titolari dei diritti vantati in forza della direttiva. Peraltro, anche in questo caso, non è controversa la circostanza che tali requisiti caratterizzino la direttiva 2004/80 ed il diritto delle vittime dei reati intenzionali violenti.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'art. 12 delinea in maniera chiara e precisa il conferimento di un diritto all'indennizzo equo ed adeguato per le singole vittime di reati intenzionali violenti²⁶, nel caso in cui non sia stato possibile conseguire il risarcimento del danno dal reo. La mancata efficacia diretta di tale disposizione dipende, infatti, non dalla possibilità di configurare un diritto all'indennizzo, ma, come specificato in precedenza, dalla omessa istituzione di un sistema di indennizzo nazionale.

In secondo luogo ricorre nella fattispecie l'esistenza di una violazione grave e manifesta ad opera dello Stato italiano, atteso che le vittime di reati intenzionali violenti non appartenenti alle limitate e specifiche tipologie che godono in virtù

²³ La ragione della possibilità così riconosciuta ai singoli di ottenere un risarcimento, ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto dell'UE imputabile ad uno Stato membro, discende dalla necessità di non mettere a repentaglio la piena efficacia delle norme di diritto UE, e non infirmare così la tutela di cui godono i privati nell'ordinamento europeo e nazionale. Sempre secondo la Corte di giustizia il principio della responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto UE ad esso imputabile "è inerente al sistema del Trattato" e quindi "il diritto comunitario impone il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario". Ancora sentenza *Francovich e Bonifaci*, punto 37.

²⁴ Evento questo peraltro verificatosi, nella fattispecie in esame, in virtù della citata sentenza del 29 novembre 2007, *Commissione c. Italia*, di inadempimento alla direttiva 2004/80.

²⁵ Sentenza del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93.

²⁶ Nello stesso senso il 6° "considerando" della direttiva ove testualmente si legge che "le vittime di reato nell'Unione europea dovrebbero avere il diritto di ottenere un indennizzo equo e adeguato per le lesioni subite, indipendentemente dal luogo della Comunità in cui il reato è stato commesso".

della legislazione italiana di una qualche forma di garanzia, sono prive di qualsiasi tutela, per tutte una serie di condotte particolarmente gravi come nei casi di omicidio, rapina, stupro, ecc. Vi è da considerare inoltre che i giudici di Lussemburgo, con la sentenza del 29 novembre 2007 sopra richiamata, avevano già accertato l'inadempimento da parte della Repubblica italiana degli obblighi previsti nella direttiva, rappresentando quindi il perdurante inadempimento un elemento che concorre a rendere grave e manifesta la violazione della direttiva, con il protrarsi del grave pregiudizio per i titolari dei diritti previsti nella direttiva.

Infine, ricorre l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione da parte dello Stato ed il danno subito dai singoli considerato che, se lo Stato italiano avesse adempiuto integralmente agli obblighi su di esso incombenti in forza della direttiva, le vittime dei reati intenzionali violenti avrebbero potuto richiedere l'erogazione dell'indennizzo alle autorità ed istituzioni a ciò preposte a livello nazionale. La norma di adeguamento interno avrebbe dovuto individuare tali autorità o istituzioni, oltre a definire i criteri sulla base dei quali corrispondere l'indennizzo, ma non avendo provveduto il legislatore italiano ad adottare le opportune misure di recepimento a livello interno, di fatto con tale condotta inerte ha privato dell'indennizzo previsto dalla direttiva le vittime dei reati in questione.

4. Se questa ricostruzione di sostanziale non conformità dell'ordinamento italiano a quello europeo circa l'attuazione della direttiva 2004/80 non appare controversa, una marcata differenza contraddistingue, invece, gli attuali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali per quanto riguarda i soggetti titolati a presentare una richiesta risarcitoria dinanzi alle autorità giurisdizionali italiane, per far valere la responsabilità dello Stato dovuta alla mancata attuazione della direttiva.

Secondo un autorevole e diffuso orientamento che attraversa la dottrina italiana²⁷ e presenta argomentazioni comuni ad alcune sentenze dei giudici del Kirchberg²⁸ e di alcuni tribunali italiani²⁹, occorrerebbe distinguere per l'esperibilità dell'azione risarcitoria, tra le vittime che richiedono un indennizzo nel caso di un reato intenzionale violento commesso in uno Stato membro diverso da quello in cui la vittima risiede abitualmente, e vittime di un reato intenzionale violento commesso nel territorio dello Stato membro di cui la vittima è cittadina, nella fattispecie la Repubblica italiana.

Tale differenziazione si giustificerebbe in ragione del fatto che la direttiva 2004/80 prevede un sistema di cooperazione volto a facilitare alle vittime del reato l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere³⁰ e dunque essa nel suo complesso, ivi compreso l'art. 12, va interpretata nel senso della sua inapplicabilità

²⁷ Vedi in dottrina per la tesi dell'inapplicabilità della direttiva a situazioni meramente interne e, quindi, per la conformità dell'ordinamento italiano al diritto dell'Unione, R. CONTI, *La Corte di Giustizia e le vittime di reato*, www.questionegiustizia.it, ove si invoca, per la soluzione di questo vuoto di tutela, l'intervento del legislatore italiano.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2007, causa C-467/05, *Dell'Orto*, punto 59.

²⁹ Tribunale di Torino, sentenza del 30 dicembre 2013, n. 7565. Ma vedi anche Tribunale di Trieste, ordinanza del 5 dicembre 2013.

³⁰ 7° 'considerando' della direttiva.

alle situazioni meramente interne³¹. In definitiva, poiché la direttiva non disciplinerebbe le ipotesi di un diritto all'indennizzo in favore dei cittadini residenti in Italia, riguardo a reati intenzionali violenti ivi commessi, in questi casi non sarebbe configurabile il suo mancato recepimento da parte dello Stato italiano, con la conseguente responsabilità per violazione del diritto dell'Unione.

Una eventuale responsabilità potrebbe sorgere, invece, esclusivamente nel caso di situazioni transfrontaliere, quando cioè la vittima non risiede nel luogo di commissione del reato (non in Italia quindi), attesa la mancanza nel nostro ordinamento, come detto, di un sistema di indennizzo nazionale esteso a tutte le tipologie di vittime tutelate dalla direttiva. Ciò in ragione del fatto che la normativa dell'Unione è rivolta a disciplinare quelle situazioni che presentano un nesso con il diritto dell'Unione, in questo caso, come abbiamo visto, con le norme poste a tutela della libera circolazione delle persone, e con comportamenti o attività che devono concorrere al conseguimento degli scopi del Trattato e quindi rientrano nel suo ambito di applicazione.

Tale interpretazione sembra trovare recente conferma nell'ordinanza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2014³², relativa all'interpretazione dell'art. 12 della direttiva 2004/80, con la quale i giudici di Lussemburgo in una fattispecie meramente interna si sono dichiarati manifestamente incompetenti a rispondere alla questione posta dal Tribunale di Firenze, ed in alcune sentenze dei giudici di merito italiani che hanno negato la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione, ritenendo appunto la direttiva inapplicabile a situazioni meramente interne, come da ultimo il Tribunale di Trieste³³.

³¹ Sono da considerarsi tali quelle di competenza esclusivamente nazionale che non presentano alcun legame con le libertà di circolazione delle quali, pertanto, il diritto dell'Unione europea non si occupa. In questo caso la definizione di situazione meramente interna riguarda la condizione delle vittime di reati intenzionali violenti commessi in Italia a danno di cittadini italiani. Non rientrano in tale categoria i cittadini italiani che hanno esercitato la libertà di circolazione: essi sono destinatari delle disposizioni della direttiva in quanto rientranti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, proprio in virtù della situazione transfrontaliera che si viene a determinare in seguito all'esercizio della libera circolazione nel territorio dell'Unione. È chiaro che la situazione di disparità che si verrebbe a creare con i cittadini italiani nella stessa situazione, ma che non hanno esercitato il diritto alla libera circolazione, appare stridere significativamente con il rispetto del principio di uguaglianza e della parità di trattamento, come vedremo oltre. Nel prosieguo del contributo il riferimento ai cittadini italiani è da intendersi, pertanto, come non riguardante coloro che hanno esercitato il diritto alla libera circolazione nell'Unione.

³² Nella causa C-122/13, *Paola C. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Tribunale ordinario di Firenze con decisione del 20 febbraio 2013. L'ordinanza ai punti 13 e 14, dispone che: "13. Nell'ambito del procedimento principale, tuttavia, emerge dalla decisione di rinvio che la sig.ra C. è stata vittima di un reato intenzionale violento commesso nel territorio dello Stato membro in cui ella risiede, vale a dire la Repubblica italiana. Pertanto, la situazione di cui trattasi nel procedimento principale non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/80, bensì solo del diritto nazionale. 14. Orbene, in una situazione puramente interna, la Corte non è, in linea di principio, competente a statuire sulla questione posta dal giudice del rinvio".

³³ Tribunale di Trieste, sentenza del 2 luglio 2014, n. 538. Nel corso del procedimento, sia in fase cautelare che di merito, i passaggi più significativi esprimono con nettezza il punto di vista della inapplicabilità della direttiva ed illustrano molto bene le argomentazioni a sostegno della tesi circa l'inapplicabilità della direttiva alle situazioni interne: "4.1 Per quanto questo impegno non sia stato

5. A questa impostazione si contrappone, con esiti diametralmente opposti, un diverso indirizzo giurisprudenziale e dottrinale che invece afferma per gli Stati membri l'obbligo di adottare un sistema che consenta di riconoscere l'indennizzo anche in favore delle vittime dei reati violenti che risiedono nel medesimo Stato in cui è stato commesso il reato, e non solo quando il reato sia stato commesso in un altro Stato membro. Tale assunto riposerebbe innanzitutto su di un dato testuale, legato al combinato disposto dei due paragrafi dell'art. 12, ed in particolare al secondo, quando si stabilisce che "Tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime". La possibilità di configurare un autonomo diritto all'indennizzo azionabile nei confronti dello Stato dai suoi residenti, anche cittadini, vittime di reati subiti sul proprio territorio, *ex art. 12, par. 2*, della direttiva, non appare inconciliabile con le esigenze di cooperazione sicuramente contenute nella direttiva ma, anzi, sembra funzionalmente preordinato a garantirne una maggiore effettività.

In effetti la direttiva, per essere compiutamente attuata, implica necessariamente che "a monte", ossia in ogni ordinamento nazionale, sia istituito un sistema generale di indennizzo esteso a tutti i reati intenzionali violenti, e così a tutela anche delle vittime nelle situazioni interne; tale sistema si pone quale necessario presupposto affinché sia resa poi possibile la cooperazione tra Stati membri nel facilitare, alle vittime di reato, l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere³⁴. Poiché tale sistema di indennizzo nazionale è effettivamente presente in tutti i Paesi dell'U-

rispettato, neanche dopo la pronuncia della Corte di giustizia nella procedura C-112/07, può dirsi ormai saldamente affermato in dottrina che la Direttiva stessa regola espressamente solo situazioni transfrontaliere, 'sulla base di una specifica opzione del legislatore Ue che emerge con nettezza dall'esame dei lavori preparatori'. Si tratta di 'un regime di cooperazione orientato a facilitare alle vittime di reato l'accesso all'indennizzo nelle ipotesi *crossborder*'. 4.2 L'ipotesi che viene oggi in esame 'appare eccentrica rispetto all'originario perimetro di gioco della Direttiva stessa', atteso che la vittima risiede in Italia ed ha subito un reato violento in Italia, paese del quale è altresì cittadina (per quanto possa contare ai fini di specie). Ma in costanza di questi presupposti non è lecito elevare la disposizione dell'art. 12 della Direttiva al rango di fonte di un obbligo generale, il cui inadempimento inneschi la responsabilità dello Stato"; ed ancora "in realtà non vi è alcuna connessione logica né rapporto di presupposizione tra le due premesse [a) premessa maggiore: la direttiva n. 80 del 2004 non è stata recepita per i cittadini residenti in altri Stati membri; b) premessa minore: il cittadino italiano qui residente non può essere discriminato, a parità di condizioni, da quello residente in altri Stati membri; conclusioni: il mancato recepimento della direttiva impedisce al cittadino italiano di ottenere quello stesso trattamento che, se la direttiva fosse stata recepita, egli avrebbe potuto ottenere] dal momento che il cittadino residente in Italia non gode di una situazione assimilabile a quella del non residente, dal momento che solo costui sarebbe direttamente tutelato dalla normativa europea, nel mentre egli potrebbe esserlo solo di riflesso. Non può quindi agire 'surrogandosi' nel diritto inesistente, del cittadino comunitario non residente in Italia. Il tutto senza dimenticare, ma fortemente ribadendo, che obiettivo della normativa stessa era la tutela transnazionale delle vittime dei reati violenti. Si deve quindi concludere che il palese difetto dell'elemento della transnazionalità determini il rigetto della domanda, non spettando al giudice farsi carico dei problemi del funzionamento del sistema delle fonti e del coordinamento delle legislazioni dei vari Paesi".

³⁴ Argomenti nello stesso senso sono presenti nella sentenza del Tribunale di Milano del 26 agosto 2014, n. 10441. Per un efficace commento alla sentenza vedi M. CENINI, *Vittime di reati intenzionali violenti: il Tribunale di Milano estende l'indennizzo alle situazioni interne*, in *Ridare*, <http://ridare.it/>.

nione europea, ad eccezione dell'Italia, avendo gli altri ordinamenti europei previsto sistemi organici e generali di indennizzo per i propri cittadini in adempimento della Convenzione del Consiglio d'Europa relativa al risarcimento delle vittime dei reati violenti³⁵ ed in ottemperanza alla stessa direttiva 2004/80, la mancata adozione di una legislazione italiana sul punto si pone come un ostacolo alla necessaria cooperazione tra Stati, che rappresenta invece uno degli obiettivi della direttiva.

Sempre secondo tale impostazione, inoltre, non dovrebbe ignorarsi quanto previsto dalla direttiva nei suoi 'considerando', dove è chiaramente esplicitato che essa mira a creare un sistema che consenta alle persone fisiche, vittime appunto di reati intenzionali violenti nell'ambito del territorio dell'UE, di "ottenere un indennizzo equo ed adeguato per le lesioni subite, indipendentemente dal luogo dell'Unione europea in cui il reato è stato commesso" (6° 'considerando'); vittima, o prossimi congiunti della stessa che dovrebbe essere posta in condizione di "rivolgersi sempre ad un'autorità del proprio Stato membro di residenza" (12° 'considerando') per ottenere tale indennizzo. A tal proposito è opportuno segnalare che la direttiva, al fine di consentire l'istituzione dei meccanismi di indennizzo nazionali, prevede un termine di scadenza per l'insieme delle disposizioni della direttiva a livello generale al 1° gennaio 2006, ed uno specificamente previsto per l'attuazione dell'art. 12, co. 2, al 1° luglio 2005, quasi a voler confermare che la predisposizione di sistemi nazionali di indennizzo rappresenta un presupposto indispensabile per dare effettiva attuazione alle altre disposizioni della direttiva, e garantire così l'indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti, anche quindi nelle situazioni cosiddette interne.

Se queste sono le premesse, non avendo ancora l'Italia predisposto un sistema di indennizzo a carattere generale e non limitato a singole fattispecie come attualmente esistente, non si potrebbe che concludere nel senso di ritenere l'Italia inadempiente per aver omesso di dare attuazione al disposto dell'art. 12, co. 2, della direttiva 2004/80, con conseguente diritto anche per le vittime residenti in Italia e cittadini italiani, al risarcimento del danno.

6. La recente evoluzione che la materia ha registrato fornisce un prezioso contributo al corretto inquadramento della posizione dell'Italia in relazione agli obblighi derivanti dalla direttiva, principalmente sotto il profilo della mancata predisposizione di un sistema completo ed organico di tutela per le vittime dei reati

³⁵ La Convenzione, firmata a Strasburgo il 24 novembre 1983, è stata ratificata da 26 Stati, ma non dall'Italia. Una lettura congiunta delle disposizioni della Convenzione di Strasburgo sulle vittime dei reati intenzionali violenti induce a ritenere che siano tutelati dal proprio Stato di appartenenza anche i cittadini che hanno subito sul proprio territorio tali offese. In effetti nei 'considerando' si afferma che "è necessario introdurre o sviluppare regimi di risarcimento in favore di queste vittime da parte dello Stato sul cui territorio sono stati commessi tali reati, segnatamente per i casi in cui l'autore del reato sia ignoto o privo di mezzi" non distinguendosi tra cittadini e non cittadini, per poi specificare, all'art. 3, che "l'indennizzo è accordato dallo Stato sul cui territorio è stato commesso il reato: a) ai cittadini degli Stati Parti alla presente Convenzione; b) ai cittadini di tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa residenti permanentemente nello Stato sul cui territorio il reato è stato commesso". In dottrina per una interpretazione della Convenzione come volta a imporre agli Stati di provvedere all'indennizzo o risarcimento anche nelle fattispecie "domestiche", e dunque anche in favore di propri cittadini, o loro aventi causa, vittime di un reato intenzionale violento nel proprio territorio, vedi R. MASTROIANNI, *op.cit.*, p. 297. Come detto, l'Italia non ha però ratificato la Convenzione.

intenzionali violenti a livello nazionale, riaprendo così un confronto secondo alcuni già chiuso con l'ordinanza del 30 gennaio 2014 della Corte di giustizia.

Per quanto concerne il livello europeo occorre sottolineare che recentemente, il 22 dicembre 2014³⁶, la Commissione europea, a conclusione della fase pre-contenziosa di una procedura di infrazione iniziata nel 2011 contro l'Italia, ha presentato ricorso alla Corte di giustizia per attuazione inadeguata della direttiva 2004/80. Secondo il comunicato stampa della Commissione, pubblicato per annunciare il deferimento dell'Italia alla Corte di giustizia³⁷, ai sensi della normativa UE, “tutti gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché il sistema di indennizzo nazionale garantisca un indennizzo equo e adeguato delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori. La legislazione italiana contempla, invece, l'indennizzo delle vittime solo in relazione ad alcuni reati intenzionali violenti, quali il terrorismo e la criminalità organizzata, non a tutti”. Inoltre, si aggiunge, proprio per evidenziare la *ratio* della direttiva volta ad assicurare un diritto all'indennizzo equo, adeguato ed effettivo a tali vittime, che “l'indennizzo dovrebbe essere possibile tanto nelle situazioni nazionali quanto in quelle transfrontaliere, a prescindere dal paese di residenza della vittima e indipendentemente dallo Stato membro in cui il reato è stato commesso”³⁸. Nel contenuto del ricorso, poi, non si tralascia di ricordare la stretta relazione che intercorre tra le esigenze di cooperazione, volte a facilitare l'accesso delle vittime di reato in tutta l'Unione ad un indennizzo adeguato nelle situazioni transfrontaliere, ed i regimi di indennizzo nazionali aperti a tutti i reati intenzionali violenti, e non solo ad alcuni di essi, come appunto accade in Italia per quei reati di criminalità comune non coperti dalle leggi speciali.

Si tratta di argomentazioni assai simili a quelle avanzate contro l'Italia nel precedente giudizio, all'esito del quale il nostro Paese era stato dichiarato inadempiente agli obblighi derivanti dalla direttiva 2004/80 dalla Corte di giustizia, con la sentenza del 29 novembre 2007³⁹. Proprio la coincidenza di tali argomentazioni suscita qualche perplessità sull'operato della Commissione in questa circostanza. Non si vede perché, in effetti, avendo già constatato l'inadempimento nei riguardi dell'Italia per la mancata attuazione della direttiva, la Commissione non abbia proseguito

³⁶ Causa C-601/14.

³⁷ IP/14/1146, del 16 ottobre 2014.

³⁸ La decisione del deferimento alla Corte di giustizia dell'Unione è intervenuta in seguito a denunce di vittime che hanno subito un reato intenzionale violento in Italia, senza ottenere un indennizzo in situazioni nazionali o transfrontaliere. Tale comportamento ha indotto la Commissione, nel novembre 2011, a sollevare la questione con le autorità italiane tramite una lettera di costituzione in mora in cui veniva ribadito l'obbligo di istituire un sistema generale che garantisse a tutte le vittime pari accesso all'indennizzo, ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2004/80. Nonostante il successivo parere motivato della Commissione del 18 ottobre 2013, l'Italia, non avendo adottato le misure necessarie per modificare la legislazione nazionale e conformarla alle prescrizioni della normativa UE, si è esposta al ricorso della Commissione. Nel parere motivato, *ex art.* 258 TFUE (reperibile *online*) è ancora chiaramente esposta la ragione dell'inottemperanza in quanto, testualmente, l'ordinamento italiano “non dispone di alcun sistema generale di indennizzo per tali reati: la sua legislazione prevede soltanto l'indennizzo delle vittime di alcuni reati intenzionali violenti, quali il terrorismo o la criminalità organizzata, ma non di altri. Finora il paese non ha adottato i provvedimenti necessari per modificare la propria legislazione al fine di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa dell'UE, e di conseguenza alcune vittime di reati intenzionali violenti potrebbero non avere accesso all'indennizzo cui avrebbero diritto”.

³⁹ Causa C-112/07.

secondo quanto previsto dal par. 2 dell'art. 260 TFUE, chiedendo alla Corte l'irrogazione di una somma forfettaria o di una penalità per la mancata adozione delle misure di esecuzione della sentenza del 2007. Potrebbe sostenersi, per giustificare un nuovo ricorso *ex art 258 TFUE*, che la situazione italiana dalla proposizione del primo ricorso abbia registrato modifiche tali, nell'ordinamento interno, da richiedere nuovi motivi di contestazione circa la conformità alla direttiva non presi in considerazione nel primo ricorso.

In realtà, già nel controricorso depositato nel giudizio del 2007, la Repubblica italiana non aveva contestato la fondatezza della posizione della Commissione, ma osservato che determinate leggi vigenti nell'ordinamento giuridico italiano prevedessero l'indennizzo delle vittime di atti di terrorismo e della criminalità organizzata, nonché delle vittime di richieste estorsive e di usura. Rispetto a questa obiezione, che la sentenza di inadempimento del 2007 aveva dunque già valutato non positivamente per la scelta di fondo del legislatore italiano di non predisporre un sistema generale di indennizzo, non sono intervenuti ad oggi elementi in fatto ed in diritto tali da modificare le modalità a “macchia di leopardo” di attuazione della direttiva e, dunque, risulta poco comprensibile la reiterazione da parte della Commissione di una nuova procedura di infrazione per circostanze ed elementi in sostanza già conosciuti e valutati.

D'altronde, in termini più generali, non sembra aderente alla lettera ed allo scopo della direttiva ritenere la discrezionalità, che viene lasciata agli Stati dalla direttiva nella scelta del modello di sistema di indennizzo da adottare nel proprio ordinamento, rispettosa della tradizioni giuridiche di ciascuno di essi, così ampia da consentire al legislatore interno di selezionare le vittime meritevoli di tutela e quelle invece che non avrebbero tale diritto, in quanto non vi sono elementi nella direttiva che autorizzano una interpretazione “selettiva” nel suo recepimento⁴⁰.

7. Se i recenti sviluppi portano elementi a sostegno della tesi che considera la mancanza, nell'ordinamento italiano, di un sistema generale di indennizzo aperto a tutte le vittime di reati intenzionali violenti come un inadempimento agli obblighi derivanti dalla direttiva, per non consentire al cittadino europeo di ottenere in un altro Stato membro l'indennizzo quando vittima di un reato intenzionale violento commesso nel territorio di quest'ultimo, come accade in Italia⁴¹, rimane aperta la questione di quali siano i rimedi disponibili nelle situazioni non transfrontaliere, e dunque anche per i cittadini italiani vittime di reati intenzionali violenti sul territorio italiano⁴². Sotto tale profilo pur volendo riconoscere carattere puramente interno a

⁴⁰ Come accennato in precedenza, non sembra in grado di modificare il quadro giuridico italiano di sostanziale non conformità alla direttiva neanche il citato d.lgs. 204/2007 di “Attuazione della direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato”. Adottato quasi contestualmente alla sentenza di inadempimento della Corte, più precisamente dopo la scadenza del termine stabilito nel parere motivato, al di là della sua intitolazione esso interviene esclusivamente su aspetti procedurali ed adempimenti di natura amministrativa legati alla attuazione della direttiva e, pertanto, non incide sul contenuto degli obblighi rivolti all'Italia.

⁴¹ Eccetto coloro che ricadono nelle tipologie di vittime ritenute meritevoli di tutela nell'ordinamento italiano.

⁴² Ad esclusione, come si è chiarito, dei cittadini italiani che hanno esercitato il diritto alla libera circolazione.

tali situazioni⁴³, non sembra possa escludersi che i cittadini italiani siano protagonisti di un tipico caso di “discriminazione a rovescio” che non può essere ritenuto irrilevante né per l’ordinamento europeo né per l’ordinamento italiano⁴⁴.

Dal punto di vista del diritto interno, come noto, la nostra Corte costituzionale ha già censurato casi di discriminazione a rovescio⁴⁵, utilizzando come parametro di costituzionalità l’art. 3 della Costituzione ed il principio di eguaglianza in esso declinato: la sua violazione è da ritenersi consumata ogni qual volta si verificano situazioni di ingiustificata disparità di trattamento “in danno dei cittadini di uno Stato membro, o delle sue imprese, che si verificano come effetto indiretto dell’applicazione del diritto comunitario”⁴⁶.

⁴³ Aderendo a tale impostazione ne deriva la non applicazione della normativa europea solo alle vittime italiane in tutto il territorio dell’Unione, avendo gli altri Stati attuato la direttiva, come anticipato.

⁴⁴ Sulla discriminazione a rovescio vedi C. FAVILLI, *La non discriminazione nell’Unione europea*, Bologna, 2009, in particolare p. 59, ove si rinviene una definizione esaustiva dell’istituto che si realizza “laddove la normativa di uno Stato membri sia meno favorevole di quella comunitaria, il cittadino dello stesso Stato che non abbia esercitato la libertà di circolazione subirà un trattamento meno favorevole rispetto al cittadino di uno Stato membro che tale libertà abbia invece esercitato. In queste situazioni si verifica quella che viene definita come una discriminazione a rovescio: mentre si garantisce che i cittadini o le imprese di altri Stati membri non siano svantaggiati allorché circolino in un territorio straniero, non si tutela il cittadino o l’impresa che in tale territorio da sempre operano (p. 60)”; ed ancora “la discriminazione a rovescio deriva in questi casi dal modo di essere delle norme sulla libera circolazione che, al fine di facilitare la circolazione dei cittadini europei, a volte conferiscono diritti ulteriori rispetto a quelli goduti dai cittadini dello Stato ospite” (p. 62). Sempre sul tema, tra gli altri, B. NASCIBENE, *Le discriminazioni all’inverso: Corte di Giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2007, p. 717; F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, *ivi*, p. 917. Per un inquadramento della problematica nel più ampio contesto del risarcimento dei danni provocati da violazioni del diritto dell’Unione e della tutela giudiziaria a livello nazionale, vedi U. VILLANI, *op. cit.*, p. 345 ss.

⁴⁵ La pronuncia forse più significativa in materia è costituita dalla nota sentenza del 30 dicembre 1997, n. 443 (cd. sentenza *Pasta*, ma sul punto anche le sentenze del 13-16 giugno 1995, n. 249, e del 22-28 febbraio 1996, n. 61), in cui la Consulta ha dichiarato l’incostituzionalità della legge italiana sulla lavorazione ed il commercio delle paste alimentari. In uno dei passaggi più incisivi la Corte costituzionale, dopo aver chiarito che oggetto del proprio intervento non sarebbe stato il tema delle discriminazioni a rovescio nel diritto comunitario, e dopo aver premesso che “quello spazio di sovranità che il diritto comunitario lascia libero allo Stato italiano può non risolversi in pura autodeterminazione statale o in mera libertà del legislatore nazionale, ma è destinato ad essere riempito dai principî costituzionali e, nella materia di cui si tratta, ad essere occupato dal congiunto operare del principio di eguaglianza e della libertà di iniziativa economica, tutelati dagli artt. 3 e 41 della Costituzione, che sono stati invocati a parametro dal giudice remittente” afferma la rilevanza interna delle disparità di trattamento tra imprese nazionali e imprese comunitarie, e delle discriminazioni in danno delle prime derivante dalla imposizione ad esse di oneri, vincoli e divieti non gravanti sulle seconde, in quanto assoggettate al più favorevole regime assicurato dal diritto comunitario, non applicabile invece alle situazioni interne. Nella fattispecie la legge scrutinata (l. 4 luglio 1967, n. 580), all’origine della discriminazione a rovescio, riguardava il divieto imposto agli operatori italiani di produzione e commercializzazione di pasta alimentare secca con determinati ingredienti, divieto che in base al principio della libera circolazione delle merci non trovava applicazione nei confronti degli importatori di paste alimentari, ai quali quindi veniva consentito introdurre e commercializzare, nel territorio italiano, paste secche prodotte all’estero utilizzando ingredienti non consentiti dalla legislazione italiana.

⁴⁶ Sempre Corte costituzionale, sentenza del 16-30 dicembre 1997, n. 443. Rispetto a questa eventualità la Consulta precisa che “non possono essere ignorati gli effetti discriminatori che l’applicazione del diritto comunitario è suscettibile di provocare”.

Il principale problema che sembra porsi per l'attivazione di tale rimedio alle discriminazioni nel caso delle vittime di reati intenzionali violenti, riguarda la individuazione di un norma interna da sottoporre al giudizio di legittimità costituzionale, per violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3* della nostra Costituzione, onde ripristinare, una volta espunta dall'ordinamento giuridico italiano, la parità di trattamento con i destinatari della normativa dell'Unione europea che godono della situazione più favorevole⁴⁷. La discriminazione a rovescio in questi casi, infatti, è determinata non dalla esistenza di una norma interna che assoggetta i cittadini italiani ad un trattamento deteriore rispetto agli altri cittadini europei, ma dalla mancata estensione ai primi del trattamento più favorevole previsto per i secondi. Ecco quindi che il ricorso al giudizio di costituzionalità, nella fattispecie, presenta difficoltà che appaiono difficilmente superabili.

Analogo ordine di considerazioni dovrebbe peraltro svolgersi anche qualora si volesse riconoscere ad alcune delle disposizioni della direttiva efficacia diretta: l'assenza di una norma interna causa della discriminazione impedirebbe al giudice nazionale di utilizzare il rimedio della disapplicazione, per ripristinare la parità di trattamento. Una soluzione questa che, invece, in presenza di una norma interna causa della discriminazione è stata già adottata, portando alla sua disapplicazione in quanto ritenuta indirettamente contrastante con il diritto dell'UE⁴⁸.

Per la verità per riparare il *vulnus* inflitto al principio di uguaglianza, e quindi alle discriminazioni a rovescio, non è questa l'unica strada percorribile. A ben guardare l'ordinamento giuridico italiano offre basi giuridiche sufficienti tali da consentire al giudice nazionale di intervenire e sanare tali disparità, direttamente nel giudizio nazionale del quale è *dominus*, senza necessariamente rivolgersi alla Consulta.

Un valido sostegno normativo di diritto interno in tal senso è costituito dall'art. 53 della l. 24 dicembre 2012, n. 234, dedicato alla parità di trattamento, che stabilisce che “nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione ed al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea”. Il principio affermato rappresenta un'evoluzione di quanto previsto dall'art. 6, let. d), della l. 7 luglio 2009, n. 88, che ha introdotto, nella l. 4 febbraio 2005, n. 11⁴⁹, una nuova disposizione, l'art. 14-*bis*⁵⁰, dove la parità di trattamento era stata riconosciuta solamente tra i cittadini italiani e i cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea alla condizione che fossero residenti o

⁴⁷ È la soluzione adottata nella sentenza del 16-30 dicembre 1997, n. 443, dove, per porre rimedio alla discriminazione a rovescio, si è deciso di equiparare la disciplina nazionale a quella comunitaria, grazie alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma italiana, l'art. 30 della l. 580/1967, “nella parte in cui non prevede che alle imprese aventi stabilimento in Italia è consentita, nella produzione e nella commercializzazione di paste alimentari, l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, nel territorio della Comunità europea”.

⁴⁸ Cfr. Tar Veneto, sentenza del 31 ottobre 2007, n. 3630.

⁴⁹ Recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari.

⁵⁰ Articolo che recita, al suo secondo paragrafo: “2. Nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento dei cittadini europei residenti o stabiliti nel territorio nazionale”.

stabiliti nel territorio nazionale. La rimozione del limite di applicazione della parità di trattamento con i cittadini europei derivante dalla residenza o dallo stabilimento nel nostro territorio⁵¹ operata dalla l. 234/2012, che parifica così *in toto* la posizione dei cittadini europei che godono della situazione di vantaggio loro accordata dalla direttiva in quanto situazione transfrontaliera ed i cittadini italiani, che non possono essere discriminati rispetto a quello stesso trattamento ormai garantito anche nell'ordinamento italiano, apre la strada e consente un'estensione del campo di applicazione dell'obbligo di evitare discriminazioni che perviene ad attrarre, nel suo ambito di applicazione, anche i rimedi nazionali disponibili per i cittadini italiani vittime dei reati intenzionali violenti sul territorio nazionale.

È dunque l'intero sistema nazionale, al fine di non incorrere in una violazione dell'art. 53 della l. 234/2012⁵², a doversi adeguare al principio formulato da tale disposizione assicurando ai cittadini italiani, vittime in Italia di reati intenzionali violenti, il medesimo trattamento riservato ai cittadini europei dalla direttiva nelle situazioni transfrontaliere. A tal fine, dovendosi interpretare la parità di trattamento alla luce di quanto previsto nell'ordinamento italiano, il suo rispetto sembrerebbe implicare non solo un obbligo di disapplicazione delle disposizioni ad essa contrarie, ma anche un'obbligazione positiva volta a fare in modo che nell'attuazione della normativa di diritto dell'Unione non si dia vita ad un trattamento sfavorevole per i cittadini italiani. È il par. 1 dell'art. 14-*bis* che espressamente formula tale obbligo secondo il quale “1. Le norme italiane di recepimento e di attuazione di norme e principi della Comunità europea e dell'Unione europea assicurano la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea residenti o stabiliti nel territorio nazionale e non possono in ogni caso comportare un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani”.

Pur non essendo stata espressamente ripresa nella formulazione dell'art. 53 della l. 234/2012, la disposizione deve ritenersi applicabile senza il limite della residenza

⁵¹ Si tratta evidentemente di una modifica che va nella direzione indicata dalla sentenza *Cowan*, dove la Corte ha affermato il principio che la libera circolazione delle persone destinatarie di servizi all'interno della Comunità ostava ad una legislazione penale come quella francese, che negava ogni indennizzo ad una vittima di reato avente cittadinanza di un diverso Stato membro (nel caso di specie inglese) e non residente in Francia. Infatti, allorché “il diritto comunitario garantisce la libertà per le persone fisiche di recarsi in un altro Stato membro, la tutela dell'integrità personale in detto Stato membro costituisce, alla stessa stregua dei cittadini e dei soggetti che vi risiedono, il corollario della libertà di circolazione” (punto 17); la Corte concluse perciò che il principio di non discriminazione in base alla nazionalità “deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro, per quanto riguarda i soggetti cui il diritto comunitario garantisce la libertà di recarsi in detto Stato, non può subordinare la concessione di un indennizzo statale, volto alla riparazione del danno subito sul suo territorio dalla vittima di un'aggressione che le abbia cagionato una lesione personale”, alle condizioni indicate (punto 20).

⁵² Per una valutazione della portata dell'art. 53 nel nostro ordinamento vedi R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 313: “Si tratta di una disposizione molto controversa (a quanto consta, mai applicata). Essa sembra fornire al giudice italiano il potere di disapplicare (“non trovano applicazione”) disposizioni legislative o prassi che pongano, nell'ordinamento italiano, il cittadino in una situazione diversa e meno favorevole rispetto ai cittadini di altri Paesi membri, non in quanto dettino regole incompatibili con il diritto dell'Unione, nel qual caso il rimedio della disapplicazione sarebbe quello naturale, ma per contrarietà al principio costituzionale di eguaglianza, introducendo così nel nostro ordinamento una originalissima forma larvata di scrutinio diffuso di costituzionalità”.

o stabilimento sul nostro territorio⁵³, armonizzandone e conformando così la sua interpretazione al contenuto della sentenza *Cowan* ed alla *ratio* di quanto previsto nello stesso art. 53 della l. 234/2012. Un obbligo di recepimento e attuazione non discriminatorio per i cittadini italiani, chiaramente destinato anche ai giudici nazionali, che eviterebbe così che il recepimento della direttiva 2004/80 possa tradursi, per le vittime italiane non ricomprese nella disciplina delle leggi speciali, oltre che nel mancato godimento dell'indennizzo nell'impossibilità di vedersi riconosciuto il risarcimento conseguente alla responsabilità dello Stato per il mancato recepimento della direttiva, contrariamente a quanto accade invece nelle situazioni transfrontaliere⁵⁴.

8. Il principio affermato dall'art. 53 della l. 234/2012 assume una propria rilevanza e svolge il suo ruolo anche in una prospettiva di diritto dell'Unione, ed in particolare sulla concreta esperibilità della procedura di rinvio pregiudiziale.

Se infatti si considera l'ordinanza della Corte del 30 gennaio 2014, adottata all'esito del rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze, emerge che la Corte si dichiara manifestamente incompetente a pronunciarsi sulla discriminazione a rovescio di cui sarebbero oggetto i cittadini italiani non prima di aver chiarito che "secondo una giurisprudenza costante, anche in una simile situazione, la Corte può procedere all'interpretazione richiesta nell'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga al giudice del rinvio, in procedimenti come quello principale, di riconoscere ai cittadini nazionali gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro, nella stessa situazione, beneficerebbe in forza del diritto dell'Unione"⁵⁵. E dunque la circostanza che risulta decisiva, nel senso di escludere la rilevanza del diritto dell'Unione nel caso di un cittadino italiano vittima di un reato intenzionale violento commesso in Italia, in quanto appunto situazione interna e quindi non rientrante nel campo di applicazione della direttiva, è rappresentata, per la Corte, dall'assenza nell'ordinanza di rinvio del richiamo a quelle disposizioni di diritto italiano che imporrebbero di riconoscere al cittadino italiano la parità di trattamento con gli altri cittadini europei, nella medesima situazione⁵⁶. Ciò anche in adesione al principio in forza

⁵³ Senza la limitazione della residenza o stabilimento nel territorio nazionale ormai decaduta in seguito alla entrata in vigore dell'art. 53 della l. 234/2012.

⁵⁴ Che si tratti di un'esigenza avvertita dal nostro legislatore, quella di evitare discriminazioni in danno dei cittadini italiani derivante dall'applicazione della normativa europea, emerge anche da quanto previsto dall'art. 2, par. 1, lett. *h*), della legge comunitaria 2004 (l. 18 aprile 2005, n. 62), che, nel delegare al Governo l'attuazione di alcune direttive, ha stabilito che "i decreti legislativi assicurano che sia garantita una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea, facendo in modo di assicurare il massimo livello di armonizzazione possibile tra le legislazioni interne dei vari Stati membri ed evitando l'insorgere di situazioni discriminatorie a danno dei cittadini italiani nel momento in cui gli stessi sono tenuti a rispettare, con particolare riferimento ai requisiti richiesti per l'esercizio di attività commerciali e professionali, una disciplina più restrittiva di quella applicata ai cittadini degli altri Stati membri".

⁵⁵ In particolare, sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 2013, causa, C-111/12, *Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia e a.*, punto 35 e giurisprudenza ivi citata.

⁵⁶ Punto 17 dell'ordinanza.

del quale la Corte non può autonomamente prendere l'iniziativa di pronunciarsi su questioni di fatto o di diritto non prospettate dal giudice remittente⁵⁷.

La presenza nell'ordinamento italiano di un obbligo volto a garantire la parità di trattamento, nelle situazioni di cui ci stiamo occupando, come quello previsto dall'art. 53 della l. 234/2012 muta significativamente la prospettiva nella quale dovrebbe muoversi il giudice del rinvio e, di conseguenza, il giudice di Lussemburgo, con una diversa valutazione della questione capace di produrre anche esiti differenti⁵⁸. Oltre al radicamento ancor più significativo all'interno dell'ordinamento italiano delle risposte alla disparità di trattamento che abbiamo visto, per il giudice nazionale si imporrebbe l'esplicito riferimento, nell'ordinanza di rinvio, a quest'obbligo nazionale di non discriminazione in modo tale da rendere la decisione di ricevibilità sul rinvio pregiudiziale, da parte dei giudici di Lussemburgo, non più eludibile.

La concreta possibilità di avere una pronuncia della Corte sul punto è oggi un'ipotesi assai realistica in quanto, con domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale civile di Roma il 13 aprile 2015⁵⁹, i giudici del Kirchberg sono stati nuovamente richiesti di interpretare l'art. 12, par. 2, della direttiva 2004/80. Questa volta, tuttavia, nella prospettazione del giudice italiano la questione dell'esistenza di un sistema di indennizzo previsto in leggi speciali non riferito a tutti i reati intenzionali violenti, ma riguardante soltanto alcuni di essi e nelle situazioni transfrontaliere, è sollevata in maniera distinta rispetto alla specifica richiesta di interpretazione della direttiva sotto il profilo dell'obbligo che imporrebbe di prevedere un "sistema sostanziale tendenzialmente generale" di protezione per le vittime da parte dello Stato. A meno di non volere ritenere ridondante tale ultimo profilo rispetto al primo, il richiamo al sistema sostanziale generale evocato nell'ordinanza del giudice romano è da intendersi come quel sistema che non distingue, in quanto a protezione garantita, le situazioni transfrontaliere da quelle che non lo sono e, dunque, disciplina anche le situazioni interne con la possibilità di riconoscere l'indennizzo anche ai cittadini italiani.

La novità del profilo sollevato rispetto alla precedente ordinanza di rinvio fiorentina, che toccava esclusivamente l'aspetto della "selezione" delle vittime meritevoli di tutela, investe in pieno il tema della discriminazione a rovescio che si verrebbe a

⁵⁷ In tal senso, sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-245/09, *Omalet*, punti 17 e 18.

⁵⁸ Per la verità poco comprensibilmente il giudice di Firenze, sempre nel procedimento che ha portato all'adozione dell'ordinanza del 30 gennaio 2014, che pure avrebbe potuto procedere in tal senso, nella sua domanda non ha sollevato la questione dinanzi ai giudici del Kirchberg. In effetti la domanda dei giudici fiorentini è del 20 febbraio 2013, quando cioè era già entrato in vigore l'art. 53 della l. 234/2012.

⁵⁹ Le questioni pregiudiziali contenute nell'ordinanza, adottata in *X c. Presidenza del Consiglio dei Ministri* (causa C-167/15), testualmente sono: "1) Se la direttiva 2004/80/CE (art. 12, par. 2) debba essere interpretata nel senso che osti ad una legge nazionale di recepimento che, rinviando per l'erogazione delle elargizioni a carico dello Stato alle previsioni di leggi speciali a favore della vittima di reato, non riconosca alla vittima del reato violento comune l'accesso ad un sistema sostanziale tendenzialmente generale di indennizzo e disciplini solo gli aspetti procedurali, per i profili transfrontalieri, di accesso al sistema stesso. 2) Se la direttiva 2004/80/CE (art. 12, par. 2) debba essere quindi interpretata nel senso di imporre un sistema sostanziale tendenzialmente generale di protezione da parte dello Stato o comunque avente un contenuto minimo e, in questo caso, quali siano i criteri per determinare quest'ultimo".

creare per i cittadini italiani proprio in virtù della mancanza di un sistema nazionale di indennizzo a carattere generale, cioè tale da essere aperto anche ai cittadini per le violazioni subite sul territorio nazionale. Pur mancando nel provvedimento del giudice del rinvio un riferimento esplicito all'obbligo della parità di trattamento come formulato nell'art. 53 della l. 234/2012, che sarebbe stato sicuramente auspicabile, il fatto che l'ordinanza sollevi il tema della discriminazione a rovescio per le vittime italiane, costituisce una novità rilevante rispetto alla precedente ordinanza del giudice di Firenze e, in parte, anche al ricorso della Commissione europea.

Peraltro che la questione non possa essere affrontata e risolta sulla base della giurisprudenza sino ad ora maturata ma sia opportuna una pronuncia in sede europea, trattandosi di un tema connotato da elementi di originalità, risulta confermato dall'interpretazione seguita dalla Suprema Corte nella recente ordinanza interlocutoria dell'11 settembre 2015⁶⁰. In una fattispecie analoga a quelle già affrontate dai giudici nazionali, è stata infatti disposta la sospensione del procedimento interno⁶¹ proprio in ragione della contemporanea pendenza sia del giudizio di inadempimento che del rinvio pregiudiziale a livello europeo, ai quali abbiamo precedentemente accennato. Evidentemente tale circostanza ha reso poco opportuna l'adozione di una sentenza da parte dei giudici di ultima istanza e, quindi, la formazione di un giudicato contenente un'interpretazione ed applicazione della direttiva suscettibile di essere disattesa e sconfessata dalle pronunce *in fieri* della Corte di giustizia.

È tuttavia il caso di precisare che difficilmente la pronuncia della Corte di giustizia potrebbe pervenire ad un sindacato diretto sulla compatibilità della discriminazione alla rovescia, di cui sarebbero vittime i cittadini italiani, con il diritto dell'Unione⁶²; piuttosto, secondo una giurisprudenza prevalente⁶³, il giudizio della Corte potrebbe riguardare solo indirettamente la situazione delle vittime italiane

⁶⁰ Cassazione, III sez. civile, ordinanza dell'11 settembre 2015, n. 18003/2015, ricorso n. 13168/2012.

⁶¹ Nell'ordinanza la Suprema Corte, quando richiama le ragioni che sono a fondamento della sospensione, in attesa della pronuncia della Corte di giustizia, ricostruisce gli ultimi sviluppi intervenuti dopo l'ordinanza della Corte del gennaio 2014, rappresentati dal ricorso presentato dalla Commissione europea e dal rinvio del Tribunale di Roma, che hanno riaperto la questione dell'indennizzo e quindi le prospettive di un ulteriore inadempimento dell'Italia: "Il Tribunale di Roma, con ordinanza pronunciata il 24 marzo 2015 ha nuovamente rimesso alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 12, par. 2 della citata direttiva la quale – nonostante la peculiare prospettiva da cui muove (quella della c.d. "discriminazione alla rovescia") – parrebbe sottoporre al Giudice di Lussemburgo un quesito di più generale considerazione, tendente in ogni caso, a verificare se sussista l'imposizione di un sistema sostanziale tendenzialmente generale di protezione da parte dello Stato o comunque avente un contenuto minimo e, in questo caso, quali siano i criteri per determinare quest'ultimo" (punto 2 del dispositivo dell'ordinanza).

⁶² Nonostante vi sia qualche elemento nella giurisprudenza di Lussemburgo che lasci intravedere la possibilità di un'estensione del campo di applicazione delle norme di diritto dell'Unione, tale tendenza tuttavia non perviene a disciplinare ed eliminare le discriminazioni nelle situazioni meramente interne, proprio in quanto ritenute, come abbiamo visto, prive di alcun collegamento con il diritto dell'Unione e quindi estranee alla sua sfera di applicazione. Sul punto per una esauriente ricostruzione del modo di procedere "casistico" della Corte, con ampi riferimenti giurisprudenziali, A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, in particolare p. 30 ss.

⁶³ Per un'ampia rassegna delle sentenze della Corte ispirate a tale impostazione, vedi R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 384.

di reati intenzionali violenti consumati in Italia. In buona sostanza, il contributo dell'interpretazione fornita dalla Corte alle norme di diritto dell'Unione che prevedono un indennizzo per le vittime in situazioni transfrontaliere, consisterebbe principalmente nel fornire elementi utili ai giudici interni nella loro opera di valutazione della legittimità o meno delle discriminazioni in danno dei cittadini italiani, avendo come parametro di confronto le modalità di applicazione del principio della parità di trattamento a livello europeo come chiarite dai giudici di Lussemburgo⁶⁴.

Ad avviso di chi scrive nella formulazione di qualsiasi valutazione o giudizio in materia, sia a livello europeo che nazionale, non dovrebbe ignorarsi quanto rilevato all'inizio di questo contributo, e cioè la progressiva importanza che ha assunto nella produzione normativa europea la finalità di tutelare i diritti delle vittime di reato. Se ci si pone in tale prospettiva, nella quale il diritto all'indennizzo rappresenta parte integrante dei diritti delle vittime essendo presente in quasi tutti gli strumenti normativi ad ora adottati, appare difficilmente giustificabile la disparità di trattamento che si verrebbe a creare, anche a livello europeo, tra quelle vittime che riescono ad ottenere un risarcimento direttamente dall'autore del reato e quelle che invece, per i motivi più diversi, non vi riescono e quindi sono costrette a rivolgersi allo Stato. Solo per le prime infatti il diritto al risarcimento verrebbe effettivamente garantito in ogni caso, mentre per le seconde dipenderebbe dalla circostanza di non aver subito il reato nel territorio di cui sono cittadini essendo loro precluso, in caso contrario, l'indennizzo, ciò che si verifica appunto per l'ordinamento italiano.

In realtà, se si abbandona la logica esclusiva della libera circolazione delle persone legata al momento dell'adozione della direttiva 2004/80, una simile disparità di trattamento non appare più comprensibile: è difficile intravedere nelle situazioni esaminate differenze o motivi tali da giustificarla. Peraltro la possibilità stessa di ottenere un risarcimento risulta, nel sistema attuale, ancorata in definitiva a fattori in gran parte casuali, come la capacità patrimoniale dell'autore del reato, la sua identificazione, l'esistenza in vita, ecc. Per alcune vittime questi elementi, qualora mancanti, legittimano l'intervento in via sussidiaria dello Stato, per altre invece (quelle italiane, *rectius*) significano il non vedersi riconosciuta alcuna forma di indennizzo. Ben si comprendono allora i propositi della Commissione di procedere ad una revisione della direttiva che sanerebbe tali differenze e la armonizzerebbe nei contenuti alla direttiva 2012/29, mentre nelle more sicuramente chiarificatrice sul punto potrebbe essere una pronuncia della Corte⁶⁵.

⁶⁴ Nella sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2000, causa C-448/98, *Guimont*, che viene considerata tra le più "aperte" nel senso di riconoscere la maggiore influenza possibile del diritto dell'Unione in merito alle situazioni meramente interne, si legge in un caso di discriminazione a rovescio testualmente che: "Non risulta in modo manifesto che l'interpretazione sollecitata dal diritto comunitario non sarebbe necessaria per il giudice nazionale. Infatti una risposta siffatta potrebbe essergli utile nell'ipotesi in cui il proprio diritto nazionale imponesse in un procedimento come quello del caso di specie di agire in modo che un produttore nazionale fruisca degli stessi diritti di cui godrebbe in base al diritto comunitario, nelle medesima situazione, un produttore di un altro Stato membro" (punti 22-23).

⁶⁵ Nella sentenza *Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia e a.*, al punto 35 la Corte, per giustificare anche in caso di situazioni interne una propria pronuncia, afferma che "A tale riguardo, occorre ricordare che, indubbiamente, la Corte non è competente a rispondere ad una questione pregiudiziale quando è manifesto che la disposizione di diritto dell'Unione sottoposta alla sua interpretazione non

D'altronde se l'intervento del legislatore europeo potrebbe dare una risposta definitiva al problema, la pronuncia della Corte fornirebbe sì al giudice interno un parametro di confronto da utilizzare nella corretta definizione del principio di parità di trattamento e non discriminazione da applicare alle situazioni interne, ma il rimedio per le vittime e l'effetto utile potrebbero essere assicurati solo nel giudizio interno. Il compito di estendere ai cittadini italiani gli stessi diritti, previsti in favore delle vittime nei casi di situazioni transfrontaliere, ricadrebbe sul giudice nazionale che potrebbe però avvalersi dell'obbligo di cui all'art. 53 della l. 234/2012. Come è stato giustamente osservato, quanto all'efficacia del rimedio, non solo questa soluzione offre strumenti di intervento più efficaci di quelli individuati dalla Corte costituzionale⁶⁶, ma nel caso della direttiva 2004/38 tale soluzione sarebbe anche l'unica via praticabile per correggere le discriminazioni, attesa la difficoltà di individuare, come abbiamo visto, una legge nazionale causa ed origine di tale discriminazione e dunque da dichiarare incostituzionale.

La presenza dell'obbligo di parità di trattamento tra cittadini europei e nazionali, accanto alle ipotesi di riconoscimento dell'indennizzo per alcune tipologie di vittime, consentirebbe invece al giudice interno, grazie al ricorso all'obbligo di interpretazione conforme della normativa interna⁶⁷ agli obblighi di protezione generale previsti dalla direttiva, di operare tale estensione anche nelle situazioni interne⁶⁸. Non sembra, peraltro, che possa eccepirsi nella fattispecie il limite che ricorre per l'utilizzo dell'interpretazione conforme, costituito dall'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, attesa la mancanza di un qualsiasi divieto a livello di legislazione italiana che impedisca di riconoscere anche ai cittadini italiani gli indennizzi previsti per le altre vittime tutelate dal nostro ordinamento.

È forse il caso di chiedersi se, alla luce di tali principi, il giudice del rinvio italiano abbia fatto tutto ciò che rientrava nelle proprie competenze per garantire

può trovare applicazione, come, ad esempio, nel caso di situazioni puramente interne. Tuttavia, anche in una simile situazione, la Corte può procedere all'interpretazione richiesta nell'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga al giudice del rinvio, in procedimenti come quello principale, di riconoscere ad un cittadino nazionale gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro, nella stessa situazione, beneficerebbe in forza del diritto dell'Unione (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 1° giugno 2010, Blanco Pérez e Chao Gómez, C-570/07 e C-571/07, Racc. pag. I-4629, punto 39; del 22 dicembre 2010, Omalet, C-245/09, Racc. pag. pag. I-13771, punto 15, nonché del 21 giugno 2012, Susisalo e a., C-84/11, punti 17 e 20). Sussiste quindi un interesse certo dell'Unione a che la Corte proceda all'interpretazione della disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi”.

⁶⁶ Vedi R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 313, il quale si riferisce alla giurisprudenza costituzionale “secondo cui le discriminazioni a rovescio trovano un rimedio nella declaratoria di incostituzionalità della legge che le produce per violazione dell'art. 3 della Costituzione”.

⁶⁷ Principio affermato chiaramente nella sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing S.A. e Commercial International de Alimentacion*, ma anche, più recentemente, nella sentenza del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397 a 403/01, *Pfeiffer*, punti 115-118. In tal senso vedi B. NASCIBENE, *op. cit.*, p. 733, ove, relativamente al principio di non discriminazione in generale, si attribuisce un ruolo fondamentale al giudice nazionale nel cercare di individuare una soluzione armonizzata fra il sistema europeo e quello nazionale, tramite il ricorso al principio di interpretazione conforme come operante nei due sistemi.

⁶⁸ I criteri e le condizioni per la quantificazione del danno potrebbero ben dedursi da quanto stabilito dal legislatore italiano nelle leggi speciali che regolamentano già specifiche ipotesi di indennizzo per le vittime di altri reati.

la piena efficacia della direttiva, soprattutto sotto il profilo della completa considerazione delle norme del diritto nazionale, ed in particolare dell'art. 53 della l. 234/2012, in grado di consentirne un'applicazione aderente alla lettera ed allo scopo della direttiva stessa e, avvalendosi così del principio dell'interpretazione conforme, decidere *de plano* le controversie interne di tale natura. In ciò confortato dalla presenza di una sentenza di inadempimento della Corte di giustizia e dall'apertura di una nuova procedura di infrazione, entrambe relative alla direttiva 2004/80⁶⁹.

È appena il caso di sottolineare, infine, che qualora attraverso il principio dell'interpretazione conforme non si pervenisse a riconoscere il diritto all'indennizzo, il giudice nazionale, secondo questa impostazione, non potrebbe esimersi dall'attribuire un risarcimento del danno alle vittime in questione⁷⁰. L'auspicio è che si possa pervenire a correggere tale *gap* di tutela per i cittadini italiani⁷¹ tramite il contributo delle imminenti sentenze, di inadempimento e interpretative, della Corte facendo altresì buon uso, da parte del giudice italiano, delle opportunità rimediali che già offre il nostro sistema giuridico, interpretate alla luce del diritto dell'Unione europea. Aspettando il legislatore...

Abstract

Which Rights for Victims of Violent Intentional Crimes under European Union Law into Italian Legal System?

The article examines the problems raised by the transposition of Directive 2004/80/CE into Italian legal system with particular reference to the access to compensation, provided for in Article 12 of the Directive, for victims of violent intentional crime. In fact, Italy is one of the few countries in Europe not to have fully implemented the Directive, despite a previous judgment of the Court of Justice and the recent opening of an infringement procedure by the

⁶⁹ Sempre nella sentenza *Marleasing*, testualmente: "Il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, e che il principio dell'interpretazione conforme obbliga il giudice nazionale a scegliere, tra i sistemi di interpretazione nel suo ordinamento, quello che gli consente di dare alle disposizioni di diritto nazionale un significato compatibile con la direttiva".

⁷⁰ In questo senso vedi la sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner-Miret*, relativa alla esclusione del personale direttivo dalla sfera di applicazione della direttiva 80/987 che disciplina la richiesta del pagamento di crediti retributivi all'organismo di garanzia istituito, però, per le altre categorie di lavoratori subordinati. Secondo la Corte, "Infatti, l'art. 3, n. 1, della direttiva impone agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari affinché organismi di garanzia assicurino il pagamento dei crediti non pagati dei lavoratori subordinati, ma non li obbliga a creare un unico organismo di garanzia per tutte le categorie di lavoratori. Nel caso in cui il diritto nazionale, pur se interpretato alla luce della suddetta direttiva non consenta di estendere al personale direttivo le garanzie ivi previste, tale personale ha il diritto di chiedere allo Stato membro interessato il risarcimento dei danni subiti a causa della mancata attuazione della direttiva che lo riguarda".

⁷¹ Per una valutazione critica della risposte offerte dal diritto comunitario ai problemi posti dalle discriminazioni a rovescio, vedi G. GAJA, *Discrimination à rebours: une revirement souhaitable*, in M. DONY (dir.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, II, Bruxelles, 1999, p. 999.

Commission. The study deals with the legal consequences that flow from that alleged failure and it focuses on the remedies available to victims of such offenses, under European and Italian law, to obtain at least compensation. In particular the paper explores one of the most controversial aspects of the failure to implement the Directive represented by the reverse discrimination suffered by Italian citizens, not able to obtain compensation for a violent intentional crime committed in Italian territory, compared to the possibility of obtaining compensation instead recognized for victims in cross-border situations.



Note e Commenti

Giannangelo Marchegiani*

The *Pizzarotti* Case and the Sale of Public Property in the Light of EU Law

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The facts. – 3. The *Pizzarotti* ruling confirms an aspect of EU case law on public procurement which is not entirely convincing. – 4. Research within the EU law of autonomous rules for the sale of public property. – 5. The sale of public property in the light of Directive 2014/24/EU. – 6. Conclusion.

1. By the judgment under review¹, the EU Court of Justice (ECJ), in answer to a question raised by the Italian Council of State has confirmed its earlier rulings about the distinctive features of public works contracts. The present note focuses on a particular aspect of these distinctive characters and interprets it at the light of three other judgments on the same subject². In addition to the notion of public works contract, all four judgments deal with a legal concept of seemingly secondary interest, namely the sale of public property. For the purposes of this note, “sale of public property” refers not only to a simple purchase agreement, but also to a more complex set of interconnected legal transactions linked together to obtain a result of economic value. More precisely, the terms “sale of public property” are taken to cover all those cases where a public authority transfers the property of land and/or public buildings to a contractor, including those cases where a contractor is placed under the further obligation to build or adapt a set of buildings corresponding to the needs of the public authority. In this second case, the contracting authority does not

* Former Director at the European Investment Bank Legal Service.

¹ Judgment of 10 July 2014, Case C-213/13, *Impresa Pizzarotti*. On this subject, please see also S. Smith, *Impresa Pizzarotti v Comune di Bari (Case C-213/13): Is a Contract for the Leasing of a Building which has not yet been Built a Works Contract, and must a National Court Revisit a Ruling which has led to a Situation which is Incompatible with EU Procurement Legislation?*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, p. 171 ff.

² Judgments of 25 March 2010, Case C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, and of 11 July 2013, Case C-576/10, *Commission v. Netherland*. Moreover, another example of a sale of public land connected with the lease of the buildings built on that area is in the judgment of 29 October 2009, Case C-536/07, *Commission v. Germany*. For a review of these judgments see A. BROWN, *Clarification on the Application of the EU Procurement Rules to Land Sales and Development Agreements: Helmut Muller (C-451/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, p. 125 ff.; J. DAVEY, *Case Note on Commission v Germany (C-536/07)*, *ivi*, 2010, p. 54 ff.; T. KOTSONIS, *Commission v Netherlands (Case C-576/10): Determining Which Directive is Applicable to a Claim*, *ivi*, 2014, p. 39 ff.

acquire the ownership of these buildings, as it is interested in acquiring only their availability by way of lease (or equivalent legal transactions). Finally, this note only examines the reply given by the ECJ to the first question addressed by the referring judge. The response to the second question by the ECJ does not affect the line of reasoning followed in the present note and only reflects established case law on the effects of the final judgments of national judges (the principle of *res judicata*).

2. The facts which are relevant to the purposes of this note can be summarized as follows. On 14 August 2003, the City of Bari published a “market research” notice with the aim of creating a new headquarters to house all the judicial offices of Bari³. The same announcement was accompanied by an annex intended to provide a formal framework of structural, functional and organizational requirements (hereinafter the “framework of requirements”) relating to the planned judicial complex. Four proposals were submitted in response to this invitation to tender. The City of Bari selected the project proposed by the company Pizzarotti⁴. Their offer initially foresaw that part of the future buildings would be sold to the Municipality of Bari for the sum of EUR 43 million and that the remainder would be leased to it for an annual rent of EUR 3 million. Unfortunately, due to an unforeseen unavailability of State funds originally allocated for such purpose, the promised public financing was first reduced and then completely deleted. Nonetheless, the company Pizzarotti submitted a further proposal to the City of Bari, expressing its willingness to carry out the construction of the buildings destined to the lease as set out in its initial offer. In reply to this new offer the City of Bari argued that a smaller construction project concerning the lease of buildings to be erected using private funding was totally inappropriate in the light of the objective pursued, that is, to realize the material and complete execution of the entire judicial complex. As a result, the company Pizzarotti appealed to the administrative judge, and, after an adverse decision of the Regional Administrative Court of Puglia (TAR Puglia)⁵, obtained several favourable judgments from the Council of State⁶. In essence, the Council of State recognized that Pizzarotti’s offer, consisting in the lease of the buildings to be built without State funding, was already part of their first offer and had always been maintained in subsequent proposals. In other words, the national court considered that this method of acquisition of the property was consistent with the objectives of the Municipality despite the changes of economic nature that had occurred. The Council of State confirmed, therefore, that the City of Bari was obliged to acknowledge the outcome of the proceedings initiated by the publication of the above mentioned “market research” notice and, consequently, to bring the procedure to a genuinely appropriate conclusion.

However, following the opening of a related infringement proceedings brought by the European Commission against the Italian Republic in accordance with Art. 258 TFEU, the local authority (i.e. the Commissioner *ad acta* representing

³ The notice was published, *inter alia*, in *OJ* of 23 August 2003 S 161.

⁴ Decision No. 1045/2003 of 18 December 2003.

⁵ Judgment No. 2007/363.

⁶ Judgments No. 4267/2007 and No. 3817/2008, Enforcement Decisions No. 2153/2010 and No. 8420/2010.

the Municipality) decided to suspend the execution of such judgments and asked the Council of State to clarify the legal transaction needed to finally resolve the dispute. In light of the above, the Council of State decided to stay the proceedings and to refer two questions to the ECJ. As mentioned in the introduction, only the first is relevant to the present study. The ECJ decided to rephrase that question as follows: “(...) the referring court asks, in essence, whether, on a proper construction of Article 1(a) of Directive 93/37, a contract containing an undertaking to let buildings which have not yet been constructed constitutes a public works contract despite having elements characteristic of a lease, and is not, therefore, covered by the exclusion referred to in Article 1(a)(iii) of Directive 92/50”.

3. Before commenting on the judgment of 10 July 2014 in the *Pizzarotti* case, it is appropriate to highlight two “flaws” in the reasoning of the national court and the ECJ, including its Advocate General.

First, attention needs to be paid to one aspect of the agreement in question which, it is submitted, is of primary importance and which has gone unnoticed. Neither the ruling of the national court, nor that of the ECJ or the conclusions of its Advocate General, make any explicit reference to such an important element, namely, the question of who, at the time of publication of the above “*market research*” notice, was the owner of the plot of land on which the buildings of the judicial headquarters were to be built. There is no indication to that effect on the procedural documents. It is however reasonable to assume that, originally, the land undoubtedly belonged to the City of Bari. If that is so, the same Municipality had to transfer this land to the company Pizzarotti as an integral part of the agreement providing for the construction and subsequent lease of those headquarters. In other words, it must be ruled out that those areas belonged to the company Pizzarotti from inception. Otherwise, the agreement in question would have been a simple lease of buildings constructed by a private company at its own expense and on land owned by it; i.e. a legal transaction that is not governed by EU law.

Secondly, the above consideration naturally brings us to a second flaw in the rulings of the national Court and of the ECJ, as well as the conclusions of its Advocate General. All these rulings stated that a contract containing an undertaking to lease buildings which had not yet been constructed was a public works contract despite having characteristics of a lease. Following this recital, the same statements have also expressed a common opinion which cannot however be shared by this author. All three rulings concluded that, being a public works contract, that transaction could not be “covered by the exclusion referred to in Article 1(a)(iii) of Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992”⁷. Such statement, if it has been properly understood, could only mean that, according to the above judicial bodies, the lease of buildings would be a service contract. More precisely, the ECJ has ruled that Article 1(a)(iii) of the Services Directive was not applicable to the contract

⁷ Which states: “For the purposes of this Directive: (a) public service contracts shall mean contracts for pecuniary interest concluded in writing between a service provider and a contracting authority, to the exclusion of: (iii) contracts for the acquisition or rental, by whatever financial means, of land, existing buildings, or other immovable property or concerning rights thereon (...)”.

Pizzarotti on assumption that that contract was not a lease. The contracts referred to by the provision in question are service contracts by which public authorities mandate intermediary agents to conclude contracts designed to buy, or to rent, properties on their behalf, in view to allocating them to public use. Consequently, in referring to the above service contracts, the ECJ seems to compare them, albeit indirectly, to a lease agreement. As a matter of fact, it would not have been logical to assert such an exclusion basing it on a type of contracts (service contracts) different from the lease. It is an exclusion that is not reasonable because it equates two types of contracts which are of a different legal status. Such line of reasoning induces therefore to think that the ECJ has in fact believed, maybe inadvertently, that the contracts mentioned in Article 1 and a lease agreement are of a similar nature, both being service contracts.

It is submitted that these “flaws” in the reasoning of the three judicial bodies might create serious problems of interpretation of the entire legal structure of the *Pizzarotti* judgment. On the one hand, in relation to the first flaw, it is evident that the arguments put forward in this study are based on the assumption that the building plot was originally owned by the Municipality of Bari. Therefore, should this assumption be unfounded, in the sense that that land belonged even before to the company Pizzarotti, then all these arguments would lose any reason to exist.

On the other hand, if the issue concerning the ownership of the building plot should not correspond to that conceived by this study, then the entire ECJ judgment would become completely incomprehensible. Diversely, the second flaw reveals that the three judicial bodies have relied on a misinterpretation of Article 1(a) (iii) of Council Directive 92/50/EEC when motivating their respective decisions on a relevant point of dispute. In essence, as previously mentioned, these are two deficiencies of judgment that are difficult to understand (the first) or to share (the second). However, a cautious assessment of these shortcomings suggests avoiding unnecessary controversy and, therefore, justifying both of them with a phrase of the Latin poet Horace: “Quandoque bonus dormitat Homerus” (“Even the good Homer sometime dozes off”)⁸.

Regarding the ECJ response to the first question formulated by the referring judge more directly, it must be acknowledged that the *Pizzarotti* judgment is part of a case law that is now widely established in public procurement. The following considerations are thus expressed without any critical intent but seek only to review in a different perspective the need to ensure that economic activities involving public properties are always conducted in compliance with the principles of transparency, non-discrimination and equal treatment. In this regard, according to the ECJ, the main object of the disputed contract consisted of a public works contract under Directive 93/37/EEC. The ECJ reached this conclusion after finding that the execution of the planned works responded to the specific needs expressed in detail by the contracting authority. The judgment repeats an argument that the same ECJ had previously applied in similar cases where a contracting authority had adopted measures aimed at specifically defining the characteristics of a work. In these situations, a contracting authority retains the power to exercise decisive influence on the

⁸ Horace, verse 359 of his *Ars Poetica*.

execution of a planned work, having required the constructor to follow particularly stringent building standards and/or urban-planning criteria⁹. According to that case law, the execution of a work may constitute a public works contract regardless of whether the contracting authority becomes the owner of all, or part of that work¹⁰. In the present case the ECJ noted that the draft of the “undertaking to lease” – which is mentioned by the referring judge as being the latest form of contract proposed by the company *Pizzarotti* to the City of Bari – referred to the “framework of requirements” that had been drawn up for the purposes of publishing the above mentioned “market research” notice. Furthermore, that draft reserved the right of the contracting authority to verify, prior to accepting the work, whether it complied with the agreed requirements. As a result, the ECJ was of the opinion that it was evident that such specific requirements put the City of Bari in a position to exercise a decisive influence on the design of the work to be constructed and concluded that the contract at issue, although it involved some elements of a lease, was in reality a public works contract, as its principal object was the construction of a work that met the binding requirements imposed by the contracting authority¹¹.

That said, in the light of that reasoning, it seems that the subject in hand – real estate activities of an economic nature carried out by the Member States – deserves a closer scrutiny. Two reasons in particular could justify a review of that case law approach and possibly pave the way for a different solution.

First, in the context of a first ground for doubt, essentially, the *Pizzarotti* judgment answers the first question raised by the referring judge on the basis of an aspect of the contractual relationship between the City of Bari and the company *Pizzarotti* that the ECJ judged as decisive: the above mentioned “framework of requirements”. According to this judgment, the precise and mandatory provisions of those binding requirements were intended to secure the economic interest of the contracting authority. Consequently, by allowing the City of Bari to exercise decisive influence on the design of the buildings to be constructed, such provisions represented, in the light of the aforementioned case law, a pivotal element of the relevant agreement. In hindsight, however, this conclusion merits two additional critical reflections.

On the one hand, any economic activity carried out by contracting authorities to acquire the availability of properties designed to meet their needs is generally subject by the requesting entity with a clear set of requirements. In other words, any public authority, within the rules of good administration, should always require the provider of such properties to follow some specific instructions with regard to their structural characteristics and/or design features. No public resource can be allocated to acquire any availability in real estate in the absence of a framework of requirements responsive to those needs. This occurs primarily in the case of public works

⁹ See, in particular, the *Helmut Müller* judgment, case C-451/08, paragraph 67, cited above.

¹⁰ See to that effect, the judgment of 18 January 2007, Case C-220/05, *Auroux*, paragraphs 42 and 47; judgment of 29 October 2009, Case C-536/07, *Commission v. Germany*, paragraph 62, cited above, and paragraphs 53 and 54 of the judgment in Case C-451/08, just quoted.

¹¹ Thus confirming a settled interpretation of the third provision stated in Article 1, No. 2, letter b), of Directive 2004/18/EC, where it is said that public works contracts have as their object “the realization, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority”.

contracts, in which the contracting authority issues the guidelines intended to advise the contractor on how to implement the works that the authority wants to purchase through this type of legal transaction. In other cases, however, a public authority, for purely economic reasons, may find it cheaper to acquire the simple availability of properties already existing or yet to be constructed, owned by a private entrepreneur. That authority obtains the right to use for public purposes such buildings under lease or other type of legal transaction that ensures their availability, but not their ownership.

But even in that latter case the public authority usually requires the private owner of such property to meet its specifications in order to ensure the satisfactory public use of those buildings. Also this type of agreement would be characterized by the imposition on the private owner of standards and specifications defining the properties to be acquired with a simple lease. In these cases, however, such legal figure is entirely foreign to the current provisions of EU law on public procurement. It is, in fact, a situation in which a private contractor provides a public authority with a set of buildings that, it is true, the entrepreneur builds or adapts to the needs of the latter, but bears the costs of their construction and realizes them on lands owned by him.

On the other hand, a contracting authority and/or a potential contractor, or even a national court in the event of any litigation, may not always be able to decide when and to what extent the instructions imposed by the contracting authority exercise a decisive influence on the design of the planned buildings. In other words, faced with a contract presenting some planning or construction restrictions one of the parties might not be able to determine whether these constraints are stringent enough to create such significant dependence that a lease is legally transformed into a more complex public works contract as outlined by the case law in question. This absence of clear parameters on the legal qualification criteria will, unavoidably, cause uncertainty such as to require ECJ intervention to clarify the dilemma.

Secondly, in the context of the other ground for doubt, it is reasonable to conclude that, as already mentioned, the agreement between the City of Bari and the company Pizzarotti included the prior transfer of the land designated to house the future judicial headquarters from the City of Bari to the private company. Indeed, the same agreement provided for an annual rent of EUR 3.5 million, to be paid for the duration of the lease up to a total amount of EUR 63 million, whereas as follows from the ECJ judgment, the overall estimated costs of the foreseen works were estimated at almost EUR 330 million. It is thus reasonable to conclude that the contractor would not have recovered the cost of the work if it had not been able to regain possession of the buildings at the end of the lease in order to use them for its own commercial purposes. In the same vein, contrary to the City of Bari's position, the Commissioner *ad acta* and the Council of State decided that the new offer was convenient even at the reduced conditions proposed by the company Pizzarotti. It is logical to assume that in reaching those conclusions, neither the Commissioner nor the administrative judge intention was to hide a public works contract under the guise of a complex legal transaction consisting of the transfer of the land and the lease of the judicial headquarters. Everything suggests that both those public authorities promoted and authorized the transfer of that land and the lease of the relevant buildings, knowing that such real estate initiative met the respective economic

interests of the City of Bari and the company Pizzarotti. The disputed agreement had, on the one hand, the purpose of providing the City of Bari with a functional set of judicial offices without having to bear a high cost of construction. On the other hand, the company Pizzarotti could keep the property of those areas and related buildings at the end of the lease, albeit subject to the fulfilment of complex and stringent urban planning requirements. A correct analysis of the interests of the contracting parties, as interpreted by the Council of State, leads to the conclusion that the legal nature of such an agreement could not be that of a public works contract as such a contract could not respond either to the needs, even of economic nature, of the Municipality's nor to the company Pizzarotti's business interests.

4. That said, it remains to be understood why the ECJ, in this case as well as in previous similar cases, attributed the character of a public works contract to legal transactions by which a contracting authority obtains the availability of properties without acquiring their ownership. In particular, it is appropriate to question the reasons that prompted the EU judge to render an apparently effective case law that is however likely to confuse legal transactions that have different typical characteristics: on the one hand, the public works contract and, on the other, the transfer of a public property in connection with the construction and the subsequent lease of the resulting buildings. In fact, the rationale for this case law can be found in a well-grounded concern of the EU judge, namely, to prevent any contracting authority from acquiring the availability of properties from a private contractor chosen without any kind of public tendering or constraints, by resorting to a legal agreement identified by the parties as a lease, even if it is connected to the transfer of a public area on which such buildings shall be constructed. In the latter case, a contracting authority would not be obliged to follow any awarding procedure since, in principle, the rules on public procurement would not apply to legal transactions identified as a lease and/or a sale of public properties. As a result, a large area of economic contracts concluded under the decisive influence of contracting authorities would be excluded from the discipline of EU law. While the ECJ's concern must be shared, it is however worthwhile to examine whether a suitable alternative solution, at least in theory, can be found to fill this apparent gap in the legislation in the context of EU law, and, if so, whether it is legitimate to extend it by analogy to the above cases of transfer (with or without lease) of public properties.

From this perspective, Article 345 TFEU and the principles that the ECJ has expressed in interpreting it should be taken into account¹². From the outset the EU jurisprudence has held that Article 345 TFEU (whose text has remained unchanged over time) does not express an absolute principle of non-interference of the Treaties on the property regimes of the Member States and does not prevent EU law from impinging on national schemes and on property rights themselves. National decisions on property issues are thus limited by the rules and fundamental principles of EU law. Several judgments of the ECJ have stated that the discretion granted to Member States by this provision is limited by the principle of non-discrimination

¹² For all purposes it is recalled that the text of Article 345 TFEU provides that "The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership".

or by the rules governing competition and, in general, cannot justify the raising of barriers against the freedoms laid down in EU Treaties¹³. It is thus legitimate to submit that such case law could be applied also to the “sales of public property” outlined above, since they are economic activities potentially capable of breaching the rules governing competition and, in general, of hindering the freedoms laid down by the Treaties. They are, indeed, real estate transactions that generally have a cross-border interest justifying, in principle, the need to ensure a transparent and non-discriminatory participation of foreign entrepreneurs. Furthermore, the normally high economic value of such contracts requires that they be agreed on in the context of a regulatory framework capable of safeguarding the financial stability of the contracting authorities that promote such activities. In brief, there is a need to ensure also in these cases the protection of all the interests at stake, i.e. those of the authorities eager to sell a building plot (and to lease the buildings constructed on this land) and those of the entrepreneurs willing to participate in their proposals.

As previously pointed out, at present EU law does not provide for rules designed to specifically protect the respective interests of the private and public participants in these real estate transactions. Nor has the ECJ considered extrapolating from EU law specific principles to fill this gap in the legislation on the subject of “sale of public property”. The only attempt to regulate these legal transactions, at least as far as the more complex transactions are concerned, remains limited to the above mentioned judgments in the context of that case law on public procurement. This effort of interpretation of the ECJ, however, though appreciable in its regulatory intent, cannot be considered conclusive. On the one hand, it excludes all contracts involving a simple sale of public property from EU law. In other words, in this respect there is an apparent gap in EU law; a loophole that entails a certain detriment to the seller (the public authority), and also to potential buyers (mainly foreign entrepreneurs). On the other hand, with regard to the more complex cases of transactions, it does not reflect the contractual will of the parties, forced to deal with a legal figure (a public works contract) which does not correspond to their real intentions.

It is submitted, in essence, that in the context of the “sale of public property” extensive and effective protection of all parties potentially involved in such transactions is required. This need of protection is basically similar to the protection requirements recognized by the ECJ in its well-known *Telaustria and Telefonadress* case law, which receives its name from the first judgment in which it was expressed. According to this case law, notwithstanding the fact that some contracts are excluded from the scope of EU directives on public tender, the contracting authorities concluding them are bound to comply with the fundamental rules of the Treaty, in general, and the principles of equal treatment and non-discrimination on the ground of nationality, in particular¹⁴. More precisely, the Court has repeatedly held that,

¹³ See F. FILPO, *Commento all’art. 345 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell’Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 2322; A. GARDELLA, *Commento all’art. 345 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione Europea*, Milano, 2014, p. 2509, plus the judgments and the authors cited therein. See, in particular, judgment of 4 June 2002, Case C-503/99, *Commission v. Kingdom of Belgium*, paragraph 44.

¹⁴ Judgment of 7 December 2000, Case C-324/98, *Telaustria and Telefonadress*, in particular paragraphs 60-62. That case law, that initially arose in relation to service concessions, was then extended

in that regard, these principles imply, in particular, a duty of transparency which enables the contracting authority to ensure that they are complied with. Without necessarily implying an obligation to launch an invitation to tender, that obligation of transparency requires the contracting authority to ensure, for the benefit of any potential tenderer, a sufficient degree of advertising to enable the contract to be opened up to competition and the impartiality of procurement procedures to be reviewed¹⁵. Now, it is true that the Court has developed this case law to regulate those public tenders which, because of their legal nature or for their small size, are exempted from the competition rules laid down by EU rules on public procurement. It seems, however, that the reasons underlying all these judgments allow other types of economic activities carried out by contracting authorities and showing similar rationale for protection to be included in their scope.

Briefly, in the light of this set of references to legislation and jurisprudence, it seems safe to conclude with the following two considerations. First, the case law *Telaustria and Telefonadress* is founded on principles similar to those that, despite the absence of a specific EU legislation, seem to justify a judicial protection for real estate sales (with or without leases) promoted by contracting authorities. Even in these circumstances, in fact, there are valid reasons to justify a framework of rules intended to ensure a fair and effective discipline of such legal transactions. A set of rules which appear to be required by two different needs, in substance similar and complementary to those already apparent in the field of public procurement. On the one hand, there is the need to protect the fundamental freedoms enshrined in the Treaties in the interests of entrepreneurs from other Member States. On the other hand, there is the need to ensure that the contracting authorities operate within a framework of rules established with the ultimate goal of enabling the best use of their economic resources¹⁶. Second, the application of the case law *Telaustria and Telefonadress* to the “sale of public property” does not appear to contradict the EU case law concerning Article 345 TFEU.

The above considerations relate particularly to the “sale of public property” implemented within the framework of several contractual agreements by which a contracting authority assigns to a private entrepreneur the ownership of a property

to other types of contracts not covered by the directives on public procurement. See among others the judgments of 21 July 2005, Case C-231/03 *Coname*, paragraphs 16-19; 13 September 2007, Case C-260/04, *Commission v. Italy*, paragraph 24; 13 November 2007, Case C-507/03, *Commission v. Ireland*, paragraphs 30-31; 29 November 2007, Case C-119/06, *Commission v. Italy*, paragraphs 63-64; 15 May 2008, Joined Cases C-147/06 and 148/06, *SECAP SpA and Santorso Soc. Coop. Arl*, paragraphs 19-20; 13 November 2008, Case C-324/07, *Coditel Brabant*, paragraph 25; 13 April 2010, Case C-91/08, *Wall*, paragraphs 33-36; 9 September 2010, Case C-64/08, *Engelmann*, paragraphs 49-51; 14 November 2013, Case C-388/12, *City of Ancona*, paragraphs 45-47.

¹⁵ Subsequently, the same concept was confirmed in particular by two interpretative communications of the European Commission: “Commission interpretative communication on concessions under Community law” (*OJ*, C 121, 29 April 2000) and “Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives” (*ivi*, C 179, 1 August 2006).

¹⁶ The ECJ has repeatedly stressed the importance of this issue. See in particular judgments 18 December 2014, case C-568/13, *Data Medical Service*, paragraph 34 and 23 December 2009, case C-305/08, *CoNISMa*, paragraph 37.

(usually a building plot) on which the contractor is committed to constructing some buildings according to the requirements of the public authority, but bearing the cost of their construction. In return, the contracting authority acquires the availability (but not the ownership) of these properties through a lease or other similar transactions. It must however be noted that the same considerations apply where a public authority solely sells its property to a private developer by means of a simple purchase agreement. It seems obvious that the interests of all those participating in the contract would be better served if such a straight property sale agreement was implemented in compliance with the principles of transparency, equal treatment and non-discrimination, as several potential buyers are likely to be interested. The same is however not the case for contracts in which a public authority does not sell but buys a property. Apart from the case of a purchase obtained through a public works contract, public authorities have no choice but to contact the owner of the property it would like to acquire.

However, the application by analogy of the *Telaustria and Telefonadress* case law to all cases of “sales of public property” would require the further clarification of the various features which identify such sales, also in order to differentiate them from public works contracts. It would be necessary, for example, to determine in which circumstances a public authority would be subject to the terms of that case law. Then, once the scope of public entities subject to this case law were outlined, it would be necessary to identify the contracts which, because of their importance in view of EU law (given their value or their location), fall within the rules set out by it. There are many other remaining issues that would need to be clarified by the ECJ, with the aim of extending the rules and principles of the Treaty to these important economic activities of Member States. An interpretation exercise that the judges of Luxembourg may carry out successfully by applying all the principles and concepts enucleated during their fruitful construction of the case law *Telaustria and Telefonadress*. All this in the evident consideration that the applicability of that case law to the “sales of public property” does not seem to conflict with the rules and principles of the Treaty, but on the contrary, appears to be in perfect harmony with the provisions of Article 345 TFEU.

5. The above arguments are based on the *Pizzarotti* judgment and on the EU law in force at the time of that judgment. Nonetheless, Directive 2014/24/EU on public procurement¹⁷ has introduced some considerations concerning public works contracts which at first glance could seem to undermine the logic of those arguments. Recital 4 of such Directive provides that “such acquisitions of works, supplies or services should be subject to this Directive whether they are implemented through purchase, leasing or other contractual forms”. The same Recital also provides that “the notion of acquisition should be understood broadly in the sense of obtaining the benefits of the works, supplies or services in question, not necessarily requiring a transfer of ownership to the contracting authorities”. This text appears to have been drafted with the intention of reflecting the *Pizzarotti* case law on the form of public works contract that the Court developed on the basis of Article 1, No. 2, letter

¹⁷ Published in OJ L 65 of 26/2/2014.

b), of Directive 2004/18/EC¹⁸. This section examines the question whether Recital 4 of Directive 2014/24/EU can be reconciled with the arguments developed in the present article.

Careful examination of such Recital shows that, indeed, its actual scope is limited. Firstly, Recital 4 may not lead to the conclusion that a simple lease of property destined for public use constitutes *de jure* a public works contract. This assumption refers to an agreement whereby a public authority rents a property owned by a private entrepreneur. It can be an existing property or a property that has yet to be built. As previously mentioned, in both cases it is natural that the public authority requires the property owner to adapt the structural framework of its property or to realize any building modifications to suit the foreseen public use of the building. These are implemented through detailed structural and functional requirements that are imposed by the tenant on the landlord. This kind of arrangements does not violate the fundamental freedoms protected by the Treaties. The public authority has no option but to contact the owner of the property that, for its characteristics of location or structure, is the only one able to ensure the use required. It is a situation similar to that in which a public authority intends to purchase a property that, for the above mentioned characteristics, cannot be supplied by other vendors. This is the case, for example, of a school that should be located in a given district of a city, so that only the owner of a property available in the area can provide the required building. In other words, unlike the case in which a contracting authority wants to acquire a property built through a public works contract, the above situations, like this example of a school, do not create a problem of transparency, equal treatment and non-discrimination, given that there is only one possible supplier.

Article 10 of Directive 2014/24/EU also supports this conclusion, albeit indirectly. Its wording states that the provisions of this Directive do not apply to public service contracts for “(a) the acquisition or rental, by whatever financial means, of land, existing buildings or other immovable property or concerning rights thereon”. The following considerations may explain the reasons for such an exclusion. As mentioned, the service contracts referred to by that provision are contracts by which intermediary agents are authorized to acquire the ownership or the rental of properties on behalf, or on account, of a public authority. It is submitted that these contracts have been excluded from EU public procurement rules on services because of the legal nature of the underlying contracts these service providers are mandated to stipulate. Such underlying transactions have, in fact, the purpose to rent or to purchase existing properties identified in advance according to specific needs of a public authority. As said, EU law is not applicable to these contracts because by their nature they do not violate the freedoms guaranteed by the Treaties. Hence, for the same reason, the said Directive has also coherently excluded service contracts that authorize the conclusion of the above mentioned rent and purchase agreements.

Secondly, similar doubts may also arise from the examination of situations comparable to the one described in this note in relation to the *Pizzarotti* judgment. As previously mentioned, these are situations in which a contracting authority transfers to an entrepreneur the ownership of a public property (usually a building

¹⁸ Cited in footnote 11 and reproduced in full in Directive 2014/24/EU.

plot). In return, through a lease, the public authority acquires the right to use one or more buildings that the entrepreneur has realized on such property in compliance with binding design criteria for public purposes. Yet, it is reasonable to expect that within this general framework the following specific situations may occur, all being characterized by the fact that, as in the *Pizzarotti* case, the relevant agreement does not provide expressly for the contractual transfer of the public property to the constructor. On the one hand, the agreement may provide that the public authority pays the constructor a low rent, to take the high economic value of the public property transferred into account. In this case, however, if such a lease were considered a public works contract, its value would be determined by the fee set for the lease by the parties. Hence, the agreement in question would be excluded from the rules of Directive 2014/24/EC if such consideration was lower than the threshold set by the same Directive for public works contracts.

On the other hand, a situation can occur where a public authority, by a separate contract, has already sold a building plot to a constructor chosen without transparency. The same authority then rents the buildings the buyer has erected on that plot in the meantime and pays a regular fee for their use. It is clear, however, that even in this case the lease of such property constitutes a transaction that, in principle, cannot be subjected to the discipline of Directive 2014/24/EU. By this agreement, in fact, a contracting authority rents a property from a private developer who has built it at his own expense and on land now owned by him. In other words, in this case the applicability of that Directive would be excluded not because of a reduced value of the lease, but for the legal nature of the transaction, an ordinary lease, in itself foreign to EU law. And this would apply even if the buildings in question had been constructed under the dominant influence of the tenant authority, such having imposed precise guidelines for adapting those properties to the appropriate functional and structural requirements for their intended use.

Finally, it is worthwhile to carry out a comparative assessment with Directive 2014/25/EU on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors¹⁹. Which contains no wording similar to the one in recital four of Directive 2014/24/EU about a possible equivalence between the concepts of lease and public works contract. In fact, the wording in Recitals 6 and 11 of Directive 2014/25/EU is too generic to conclude any such equivalence. There is a troubling inconsistency on this issue between the two Directives, which is not clarified by the fact that both of them identify the public works contract in Article 2, No. 2, with an identical turn of phrase. This discrepancy between the two wordings further renders the true scope of Recital 4 of 2014/24/EU more uncertain.

In short, for the above reasons, it is not clear-cut to attribute a convincing meaning to Recital 4 of Directive 2014/24/EU. Its wording does not seem to permit a common understanding among the actors which are likely to be involved under its scope: contracting authorities, contractors operating in the field and, in the event of any dispute, the competent national jurisdictions. This, consequently, raises the concern that even the new European Directive will not be able to fully protect the interests of all parties participating in transactions involving, directly or indirectly,

¹⁹ See *OJ L* 243 of 28 March 2014.

the “sale of public property”. And the underlying reason of such legal uncertainty is sadly evident. Recital 4 of Directive 2014/24/EU was introduced by the European legislator making a summary reference to an anomalous case law on public procurement, of which this paper seeks to highlight uncertainties and loopholes.

6. The main object of this study deals with the “sale of public property” to private entrepreneurs. This is a legal transaction which may take on various connotations. It may take the form of a simple purchase agreement or that of a more complex arrangement characterized by the presence of different interconnected legal transactions (namely the sale and the rental of public property) and by binding requirements in terms of building standards and urban-planning criteria. From the above four cases examined by the ECJ it appears that the first case (C-451/08) was not subject to EU law, being a simple purchase agreement of public property. On the contrary, in the other three situations the same Court considered (albeit implicitly, in case C-576/10²⁰) that the EU law on public procurement was applicable. Contracting authorities, owners of the properties they intended to transfer to their respective contractors, had precisely defined the characteristics of the buildings to be realised on these areas. Consequently, following an established case law on public procurements, the Court decided that all these agreements were *de jure* public works contracts. Moreover, the last three judgments show indirectly that the EU Judges were concerned they were not be able to regulate otherwise a set of legal transactions that carried a clear interest from the point of view of the principles and provisions of the Treaties. Unfortunately, however, not all the aspects of that case law are convincing beyond a reasonable doubt. Firstly, its approach might confuse the typical characteristics that distinguish a public works contract from a sale of a public property with the related lease of the relevant buildings, thus blurring the respective line of demarcation. In other words, the existing case law approach, based on the recognition of an anomalous type of public works contract by the Court, may constitute a source of uncertainty for the participants of such agreements. Secondly, it should be considered, in particular, that all four of the above examples of real estate sales show protection needs similar to those which led the ECJ to follow the mentioned case law on public procurement for three of them. On the one hand, all the above cases of “*sale of public property*” reveal the need to protect the economic interests of the public authorities, which would be best met by the widest possible participation of potential buyers. On the other hand, ensuring transparent and non-discriminatory competition would allow potential buyers to operate within the framework of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty.

All these reasons pose the question of whether the rules and principles of EU law could regulate autonomously, collectively and effectively all those situations in which a public authority transfers its property to a private developer. More precisely, it seems worthwhile to search for an alternative line of reasoning to be adopted not only in the case of a simple sale of public property, but also when the transfer of such property implies that the selling authority acquires the availability (but not

²⁰ See in this regard G. MARCHEGANI, *La vendita di immobili pubblici alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 551.

the ownership) of works that, in compliance with precise construction constraints, the buyer, a private contractor, shall realize on the same property. In brief, this study intends to draw the reader's attention not only to the lack of a suitable legislation as regards a form of "sale of public property" implemented through simple purchase agreements, but also to the fact that it would be appropriate to apply the *Telaustria and Telefonadressn* case law to all forms of such economic transactions. This, above all, considering that such case law deals with protection needs similar to those assumed above in relation to the "sale of public property" in general as well as those recognized by the same case law on public procurement that has been commented in the course of this study. Moreover, there is the additional caveat that a possible adoption of the *Telaustria and Telefonadress* case law in the context of the "sale of public property" would not contradict either the EU case law concerning Article 345 TFEU or, in essence, the provisions established by the new Directives on public procurement.

Abstract

The Pizzarotti Case and the Sale of Public Property in the Light of EU Law

In a recent judgment the European Court of Justice has stated that its case law on public procurement is also applicable to contracts that provide for the transfer of public properties combined with their subsequent lease. In order to ensure correct application of EU law, it has held that in certain circumstances such legal transactions might constitute a public works contract. This note submits that the Court of Justice should review this case law in order to avoid a dangerous confusion between what are in essence two different legal transactions, and should instead apply to all real estate transfers a reasoning similar to that applied by the *Telaustria and Telefonadress* case law.

Renzo Rossolini*

L'assistenza sociale ai cittadini europei migranti economicamente inattivi

SOMMARIO: 1. Cenni sull'evoluzione del diritto di circolazione e soggiorno. – 2. Analisi del concetto di assistenza sociale. – 3. Il ricorso all'assistenza sociale dei cittadini europei economicamente inattivi. – 4. L'applicazione del principio di parità di trattamento alle prestazioni di assistenza sociale. – 5. Esame del collegamento tra il regolamento 882/2004 e la direttiva 2004/38.

1. La vigente disciplina del diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione europea costituisce il punto d'arrivo di un cammino contraddistinto da alcune tappe particolarmente significative.

Al tempo della Comunità economica europea tali diritti erano riservati ai lavoratori ed alle loro famiglie¹. A partire dagli anni '80 del secolo scorso la giurisprudenza provvide ad estenderli anche a soggetti economicamente inattivi. Tuttavia la libertà di spostarsi in un Paese membro era ancora connessa ad esigenze di natura economica, poiché veniva riconosciuta a chi intendeva fruire di servizi all'estero², o a chi cercava lavoro³ o intendeva formarsi professionalmente per poi lavorare⁴.

Una prima svolta fu realizzata con l'adozione delle direttive 90/364/CEE e 90/365/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, rispettivamente relative al diritto di soggiorno ed al diritto di soggiorno dei lavoratori che hanno cessato la loro attività, nonché della direttiva 93/96 sul diritto di soggiorno degli studenti.

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Parma.

¹ Vedi la rassegna storica di S. GIUBBONI, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2008, p. 19 ss.

² La sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, punto 16, sottolinea che i destinatari di servizi turistici, medici, di studio e d'affari possono a tal fine liberamente recarsi in uno Stato membro.

³ La sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1991, causa C-292/89, *Antonissen*, punto 22, ha chiarito che chi cerca lavoro in uno Stato membro può soggiornarvi finché “provi di continuare a cercare un lavoro e ha effettive possibilità di essere assunto”.

⁴ Hanno stabilito che ad un cittadino migrante non può essere imposta una tassa di iscrizione a corsi di insegnamento riguardanti la preparazione professionale le sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1983, causa 152/82, *Forchieri e Marino*, e del 13 febbraio 1985, causa 293/83, *Gravier*.

I provvedimenti, ormai abrogati, ammisero al soggiorno anche soggetti che non svolgevano attività economiche, a condizione che possedessero risorse idonee a garantire che loro stessi ed i loro familiari non divenissero, durante il soggiorno, un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro. Era anche richiesta un'assicurazione malattia diretta ad evitare che le spese per eventuali cure gravassero sul sistema sanitario nazionale.

Le direttive introducevano così un doppio regime del diritto di soggiorno e cioè da un lato quello dei lavoratori ammessi ad esercitarlo senza ulteriori condizioni, dall'altro quello dei soggetti non attivi economicamente che potevano goderne solo se possedevano le risorse per mantenersi⁵.

Un secondo fondamentale passaggio è stato compiuto dal Trattato di Maastricht che ha creato lo *status* di cittadino dell'Unione europea. La Corte di giustizia ne trasse alcune importanti conseguenze nel caso *Baumbast*⁶. Essa mise in luce che il par. 1 dell'art 18 TCE (corrispondente al par. 1 dell'art. 21 TFUE) aveva efficacia diretta⁷. Conseguentemente i requisiti "economici" chiesti per soggiornare dal diritto secondario costituivano limiti al diritto di soggiorno, conferito ai cittadini dal Trattato, da interpretarsi restrittivamente ed in conformità dei principi generali del diritto comunitario, ivi compreso quello di proporzionalità⁸. Se pur con queste precisazioni, il giudice ritenne possibile che il diritto derivato ammettesse al soggiorno gli inattivi solo se forniti di adeguati mezzi economici⁹.

Nel solco di tale insegnamento la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, ha stabilito la nuova disciplina del diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione europea. Salvo restando il trattamento dei cittadini migranti in cerca di lavoro¹⁰, il par. 1 dell'art. 6 della direttiva autorizza il soggiorno per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna altra formalità o condizione che il possesso della carta di identità o del passaporto. Anche per acquisire il diritto di soggiorno permanente il par. 1 dell'art. 16 della direttiva richiede solo che il cittadino dell'Unione europea abbia soggiornato legittimamente ed in via continuativa per cinque anni nello Stato membro.

La direttiva non esige disponibilità economiche per soggiornare per pochi mesi perché lo Stato membro è comunque posto al riparo dal rischio di dover mantenere il migrante dal disposto del par. 2 dell'art. 24. La norma, eccettuato il trattamento più

⁵ C. TOMUSCHAT, *Annotation (case C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern)*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 454, ricorda come gli Stati membri abbiano inteso subordinare la libertà di soggiornare al rispetto delle loro esigenze finanziarie.

⁶ Sentenza della Corte del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*.

⁷ Sentenza *Baumbast*, punti 84 ed 86.

⁸ Sentenza *Baumbast*, punto 91.

⁹ Sentenza *Baumbast*, punto 85.

¹⁰ Secondo le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 12 marzo 2009, cause riunite C-22 e 23/08, *Vatsouras e Koupatantze*, punto 55, un "soggetto in cerca di lavoro si trova a metà strada tra un'attività economica e un'attività non economica". La peculiare condizione di chi si sposta in cerca di lavoro non è oggetto della presente indagine.

favorevole che compete ai lavoratori¹¹, esclude infatti che in tale periodo il migrante possa fruire dell'assistenza sociale dello Stato membro che lo ospita¹².

Ai titolari del diritto di soggiorno permanente non sono richieste disponibilità economiche, anche se potrebbero ricorrere all'assistenza sociale dello Stato in cui soggiornano in virtù del principio generale di parità di trattamento con i cittadini di quest'ultimo ribadito dal par. 1 del citato art. 24. La direttiva in questo caso intende favorire, come chiariscono il 17° e 18° 'considerando' del suo preambolo, il pieno inserimento di tali soggetti nel tessuto sociale dello Stato che li ospita, nonché sviluppare il loro senso di appartenenza alla cittadinanza dell'Unione.

Più articolata è la disciplina del soggiorno per un periodo superiore a tre mesi ed inferiore a quello necessario per acquisire il diritto di soggiorno permanente. Il par. 1 dell'art. 7 conferma l'esistenza di un doppio regime. La lett. a) della norma ammette al soggiorno i lavoratori soltanto in base a tale qualifica. Le successive lettere b) e c) richiedono invece che i cittadini dell'Unione economicamente inattivi possiedano, oltre ad un'assicurazione malattia, risorse economiche sufficienti per non diventare, unitamente ai loro familiari, un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro che li ospita.

La direttiva tuttavia ammette, implicitamente, che il cittadino inattivo possa ricorrere, entro certi limiti, all'assistenza sociale dello Stato in cui soggiorna. Egli, pur non essendo parte della comunità nazionale in modo stabile come il titolare del diritto di soggiorno permanente, presenta però, a differenza di chi vi soggiorna solo per pochi mesi, un inserimento nella medesima che il legislatore europeo in qualche misura ha voluto apprezzare. Per questi motivi da un lato non è escluso dall'assistenza sociale, come accade per il soggiornante per un periodo non superiore a tre mesi, dall'altro non può ricorrervi incondizionatamente come è concesso al titolare del diritto di soggiorno permanente.

Già il 10° 'considerando' del preambolo della direttiva avverte che occorre evitare non tanto che il migrante inattivo rappresenti un onere per lo Stato, quanto invece che costituisca un "onere eccessivo" per il suo sistema di assistenza sociale. Il successivo 16° 'considerando' ribadisce che i beneficiari del diritto di soggiorno non dovrebbero essere allontanati finché non diventino un "onere eccessivo" per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

Il par. 3 dell'art. 14 della direttiva, sulla base di tali premesse, precisa che "il ricorso da parte di un cittadino dell'Unione europea o dei suoi familiari al sistema

¹¹ Il lavoratore subordinato può essere indotto a ricorrere all'assistenza sociale quando il suo reddito, come ammesso dalla giurisprudenza (sentenza *Vatsouras e Koupatantze*, punto 28) sia inferiore al minimo vitale. Il lavoratore migrante gode di tutti i benefici che sono generalmente riconosciuti ai lavoratori nazionali a causa della loro qualità di lavoratori o del semplice fatto della loro residenza sul territorio nazionale (così la sentenza della Corte del 15 settembre 2005, causa C-258/04, *Ioannidis*, punto 35). Pertanto egli può accedere alle prestazioni di assistenza sociale anche nei primi tre mesi di soggiorno a condizioni di parità con i lavoratori nazionali.

¹² È pacifico che nei primi tre mesi di soggiorno il cittadino inattivo non ha diritto a prestazioni di assistenza sociale (sentenza della Corte dell'11 novembre 2014, causa C-333/13, *Dano*, punto 70, nonché conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 4 giugno 2015, causa C-299/14, *Garcia-Nieto*, punto 55). È quindi assai difficile che esso divenga, in tale periodo, un onere eccessivo per lo Stato membro che lo ospita, così come lascerebbe intendere il par. 1 dell'art. 14 della direttiva 2004/38. Cfr., in questo senso, C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2014, II ed., p. 162.

di assistenza sociale non dà luogo automaticamente ad un provvedimento di allontanamento”.

La direttiva intende così evitare che il cittadino inattivo provochi oneri che, secondo il principio di proporzionalità, siano da ritenere eccessivi per lo Stato membro in cui soggiorna. L'applicazione di tale principio ha importanti ricadute sociali, perché determina il limite entro il quale è possibile condividere risorse pubbliche con quei migranti che, non avendo contribuito alla sostenibilità del sistema con il proprio lavoro, si trovano in uno stato di bisogno.

Il risultato cui si perviene segna anche il tasso di “we-feelingness, di senso comune di appartenenza”¹³ che si afferma e quindi misura, in concreto, l'effettiva consistenza della cittadinanza sociale europea¹⁴. La Corte di giustizia ha assolto, come si avrà modo di osservare, al difficile compito di individuare il punto di equilibrio tra i diritti dei singoli e le legittime esigenze di tutela delle proprie finanze fatte valere dagli Stati membri.

2. Prima di esaminare la giurisprudenza relativa all'accesso dei migranti all'assistenza sociale occorre precisare tale nozione.

In assenza di un espresso richiamo degli ordinamenti nazionali il termine dev'essere interpretato in modo autonomo ed uniforme per tutti gli Stati membri. Il compito non è agevole perché il concetto “ha connotazioni tecniche e nessun apparente senso corrente”¹⁵. Esso inoltre è stato espresso in modo diverso nelle varie versioni linguistiche ufficiali della direttiva e, anche considerando la stessa lingua, nelle varie norme che vi fanno riferimento¹⁶.

Per intendere la nozione in esame non bisogna quindi valutare dati formali del tutto imprecisi, bensì considerare che la direttiva ha l'obiettivo di evitare oneri finanziari insostenibili per gli Stati membri. L'assistenza sociale che assume rilievo è quindi quella che incide sulle risorse pubbliche, poiché è finanziata da entrate pubbliche e non dai contributi dei beneficiari¹⁷.

Un ulteriore elemento caratteristico è stato individuato dalla sentenza *Kamberaj*, che all'uopo richiama il par. 3 dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁸. La norma, cui il par. 1 dell'art. 6 TUE attribuisce un rango pari al diritto primario, indica che l'assistenza sociale è volta a garantire una vita dignitosa o, se si preferisce, a soddisfare necessità elementari come il vitto, l'alloggio e la salute di coloro che non dispongono di risorse sufficienti¹⁹.

¹³ M. FERRERA, *Verso una cittadinanza sociale “aperta”. I nuovi confini del welfare nell'Unione europea*, W. P. del Dipartimento di studi sociali e politici dell'Università degli Studi di Milano, 2004, p. 8, reperibile *on line*.

¹⁴ L. APPICCIAFUOCO, *Lo status sociale dei cittadini europei economicamente non attivi: “una cittadinanza sociale europea?”*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 279 ss.

¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 29 maggio 2013, causa C-140/12, *Brey*, punto 41.

¹⁶ *Ibidem*, nota 20.

¹⁷ *Ibidem*, punto 41.

¹⁸ Sentenza della Corte del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, punto 92.

¹⁹ La sentenza della Corte del 19 settembre 2013, causa C-140/12, *Brey*, punto 61, determina la nozione di assistenza sociale richiamando pronunce (sentenza della Corte del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*, nonché sentenza *Kamberaj*) che attengono a normative che, pur riguardando

Alla luce delle considerazioni esposte la Corte di Lussemburgo ha determinato il senso del riferimento al “sistema di assistenza sociale” e cioè ad un termine, impiegato nel preambolo, evidentemente ritenuto equivalente a quello di “assistenza sociale” utilizzato dall’art. 7 della direttiva 2004/38.

Esso è costituito: “dall’insieme dei sistemi di assistenza istituiti da autorità pubbliche a livello nazionale, regionale o locale, cui può ricorrere un soggetto che non disponga delle risorse economiche sufficienti a far fronte ai bisogni elementari propri e della propria famiglia”²⁰.

La Corte inoltre, evidenziando che le risorse utilizzate sono pubbliche ed anticipando problematiche che riguardano il concetto di “oneri eccessivi”, avverte che il ricorso al sistema di assistenza sociale potrebbe rischiare di diventare “un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante che potrebbe produrre conseguenze sul livello globale dell’aiuto che può essere concesso da tale Stato”²¹.

La direttiva 2004/38 deve essere rapportata, come si osserverà, al regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Entrambi i provvedimenti contemplano la nozione di “assistenza sociale”, che però utilizzano in modo differente. La lett. a) del par. 5 dell’art. 3 del regolamento si riferisce, senza definirla, all’assistenza sociale soltanto per escluderla dal suo campo di applicazione *ratione materiae*. Il suo significato è stato quindi determinato in senso negativo, considerandola come una misura di natura diversa da quelle disciplinate dal regolamento. Essa pertanto attiene a prestazioni che, contrariamente a quelle comprese nel regolamento, sono concesse ai beneficiari in base ad una valutazione individuale e discrezionale delle loro necessità personali²². In altri termini l’interessato, ancorché siano soddisfatti i criteri di attribuzione previsti, non può vantare alcun diritto all’assistenza sociale, che le autorità possono o meno concedere valutando discrezionalmente le sue necessità personali²³.

Al contrario la direttiva si riferisce a prestazioni obbligatorie *ex lege*. È infatti evidente che il migrante non potrebbe determinare alcun rischio di oneri eccessivi per l’assistenza sociale dello Stato membro se le autorità competenti non fossero tenute a fornirla. Per la direttiva 2004/38 è quindi irrilevante la nozione di assistenza sociale fatta propria dal regolamento 883/2004, perché quest’ultima, basandosi su valutazioni discrezionali, rimette in sostanza agli Stati membri la scelta se attingere o meno al denaro pubblico per erogarla.

3. Il tema dell’accesso del cittadino migrante inattivo al sistema di assistenza sociale dello Stato membro in cui soggiorna per un periodo superiore a tre mesi

cittadini di Stati terzi, hanno, come la direttiva 2004/38, lo scopo di regolare il soggiorno tutelando le finanze nazionali (così conclusioni *Brey*, punto 65).

²⁰ Sentenza *Brey*, punto 61; sentenza *Dano*, punto 63; sentenza della Corte del 15 settembre 2015, causa C-67/14, *Alimanovic*, punto 44.

²¹ Sentenza *Brey*, punto 61.

²² Sentenza della Corte del 16 settembre 2015, causa C-433/15, *Commissione c. Repubblica Slovacca*, punto 71.

²³ *Ibidem*, punti 72 e 73.

ed inferiore a cinque anni è stato più volte oggetto dell'attenzione della Corte di Lussemburgo.

Un importante insegnamento è stato fornito dalla sentenza, resa in via pregiudiziale, relativa ad un cittadino tedesco al quale le autorità austriache avevano negato un'integrazione compensativa dell'esigua pensione percepita²⁴. La richiesta di assistenza sociale avanzata dal signor Brey dimostrava, secondo l'assunto austriaco, che egli non possedeva i mezzi economici che, secondo il par. 1, lett. b), dell'art. 7 della direttiva, erano necessari per soggiornare. Non potendo legittimamente soggiornare in Austria veniva poi meno il requisito cui la legge austriaca subordinava la concessione dell'assistenza sociale che, per questo motivo, era stata rifiutata.

La Corte di giustizia ritenne illegittimo il diniego, pur ammettendo che la domanda di assistenza sociale "potrebbe costituire un indizio" atto a dimostrare che l'interessato, non avendo i mezzi per mantenersi, neppure poteva soggiornare in Austria²⁵. Per giungere a tale conclusione occorreva provare che il migrante costituiva, come affermano il 10° e 16° 'considerando' del preambolo e come si desume dal par. 3 dell'art. 14 della direttiva, un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale nazionale²⁶. La Corte parrebbe ritenere che la limitazione del diritto di soggiorno incida in modo talmente rilevante sul nucleo stesso dello *status civitatis* da dover essere giustificata, in base al principio di proporzionalità in senso stretto, dalla necessità di evitare una lesione di importanza equivalente degli interessi finanziari dello Stato membro²⁷.

Come già anticipato è necessario, al riguardo, considerare l'onere che rappresenterebbe, in concreto, la concessione di tale prestazione per "il sistema di assistenza sociale nel suo complesso a seconda delle circostanze individuali che caratterizzano la situazione dell'interessato"²⁸. Non è quindi sufficiente valutare la consistenza dell'aiuto fornito al singolo, ma occorre accertare, alla luce della sua peculiare situazione, l'impatto globale della prestazione richiesta sommando, ad esempio, le analoghe domande di assistenza presentate dai cittadini dell'Unione²⁹, ovvero determinando la percentuale dei beneficiari della prestazione di assistenza sociale che sono cittadini dell'Unione europea³⁰.

Le indagini svolte sembrano peraltro dimostrare che è difficile che il soggiorno del cittadino inattivo richiedente l'assistenza sociale possa determinare oneri così consistenti da poterlo negare³¹.

²⁴ Sentenza *Brey*. Vedi a commento H. VERSCHUEREN, *Libera circolazione o turismo sociale: l'eccessivo onere nel caso Brey*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, p. 205 ss.

²⁵ Sentenza *Brey*, punto 63.

²⁶ Sentenza *Brey*, punti 65, 66, 69, 72, 75.

²⁷ Critica l'uso troppo "disinvolto" del principio di proporzionalità K. HAILBRONNER, *Citizenship and Access to Social Benefits*, in *Common Market Law Review*, 2005, spec. p. 1252.

²⁸ Sentenza *Brey*, punto 77.

²⁹ Sentenza *Alimanovic*, punto 62.

³⁰ Sentenza *Brey*, punto 78.

³¹ La comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari del 25 novembre 2013, COM(2013)837 fin., osserva (punto 1.3) che nella maggior parte degli Stati membri i cittadini mobili dell'Unione sono contributori netti del sistema di assistenza sociale e che

Con sorpresa la dottrina, dopo il caso *Brey*, accolse la sentenza con la quale la Corte di giustizia risolse in via pregiudiziale la vicenda della signora Dano³². Le autorità tedesche, secondo le previsioni del codice della previdenza sociale, avevano rifiutato l'assistenza sociale chiesta dalla cittadina rumena perché era entrata in Germania soltanto per ottenere tale aiuto. Lo provava il fatto che l'interessata conosceva in modo molto approssimativo il tedesco, non aveva alcuna formazione professionale, né mai aveva lavorato o cercato un impiego³³.

L'Avvocato generale giudicò legittimo il provvedimento in discussione anche a prescindere dall'indagine sull'esistenza di "oneri eccessivi" per lo Stato membro, poiché consentiva di evitare "abusi" ed una certa forma di "turismo sociale"³⁴. In effetti nella fattispecie, come accade quando si verifica un abuso del diritto³⁵, la libertà di circolare era stata esercitata per finalità del tutto estranee a quelle per cui è stata riconosciuta dall'Unione europea. La giurisprudenza del resto aveva già ipotizzato che sarebbe stato considerato abusivo il comportamento di un lavoratore che, al pari della signora Dano, fosse entrato in uno Stato membro solo per godere dei suoi sussidi³⁶.

La Corte di giustizia però, pur giudicando legittimo il rifiuto delle autorità tedesche di prestare assistenza sociale a chi si trovava in Germania soltanto per ottenere l'aiuto, non inquadrò la fattispecie nell'ambito dell'abuso del diritto. La sentenza appare, sul punto, in linea con un indirizzo giurisprudenziale tradizionalmente restio a ricorrere a tale istituto specie in materia di libera circolazione delle persone³⁷. La pronuncia preferì quindi ritenere che il soggiorno della signora Dano, in quanto diretto unicamente a sfruttare il sistema di assistenza sociale dello Stato membro, non rispettasse le condizioni previste dal par. 1, lett. b), dell'art. 7 della direttiva e,

non esiste relazione statistica tra la "generosità" dei sistemi di sicurezza sociale ed i flussi dei cittadini mobili dell'Unione europea.

³² F. COSTAMAGNA, *Chi non lavora...Alcune considerazioni su cittadinanza europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali in margine alla sentenza Dano*, in *SIDI blog*, 2014, reperibile online; S. BARBOU DES PLACES, *La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, p. 140 ss.; M. E. BARTOLONI, *La libera circolazione dei cittadini europei economicamente inattivi tra principio di non discriminazione e tutela dei sistemi nazionali di welfare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 474 ss.; L. TASCHINI, *Libera circolazione e protezione sociale: limiti all'accesso al welfare system per i cittadini europei. In margine alla sentenza Dano (causa C-333/13) della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2015, p. 579 ss.; H. VERSCHUEREN, *Preventing "Benefit Tourism" in the EU: A Narrow or Broad Interpretation of the Possibilities Offered by ECJ in Dano?*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 363 ss.

³³ Sentenza *Dano*, punto 39.

³⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 20 maggio 2014, causa C-313/13, *Dano*, punto 131.

³⁵ M. GESTRI, *Abuso di diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 299; A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 329 ss.; B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 142 ss.

³⁶ Sentenza della Corte del 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Ninni Orasche*, punto 46. Nello stesso senso anche la sentenza della Corte del 21 giugno 1988, causa 39/86, *Lair*, punto 43.

³⁷ S. M. CARBONE, *Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale ed esercizio delle libertà individuali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 67.

quindi, non le consentisse di accedere, al pari dei cittadini, all'assistenza cui aspirava³⁸.

Il ragionamento della Corte è teso a neutralizzare il principio di parità di trattamento stabilito dal par. 1 dell'art. 24 della direttiva, facendo leva sul fatto che il soggiorno della cittadina rumena era illegittimo. Così operando, però, è stato forzato il contenuto del citato par. 1, lett. b), dell'art. 7. Tale norma si occupa infatti del possesso dei mezzi necessari per soggiornare, mentre l'uso distorto delle libertà concesse dal diritto dell'Unione rileva, ai sensi del successivo art. 35, ai fini dell'abuso di diritto.

La pronuncia *Dano* aggiunge così, se pur impropriamente, un ulteriore elemento a quello stabilito nel caso *Brey* per valutare la legittimità del soggiorno. L'art 7 della direttiva vieta il soggiorno del cittadino economicamente inattivo non solo quando questo determina oneri inaccettabili, ma anche quando elementi oggettivi provano che la libertà di migrare è stata utilizzata soltanto per servirsi del sistema di assistenza sociale dello Stato membro. Nell'ultima ipotesi il soggiorno può essere negato semplicemente considerando che l'interessato non ha i mezzi per mantenersi, senza che poi occorra ulteriormente stabilire se esso è o meno troppo costoso. Il comportamento strumentale del cittadino europeo comporta, quindi, la negazione di quella solidarietà che, almeno in presenza di oneri plausibili, gli sarebbe dovuta³⁹.

4. Il principio di non discriminazione, associato alla cittadinanza dell'Unione dalla parte II TFUE, costituisce l'essenziale prerogativa del cittadino⁴⁰. Per quanto interessa in questa sede, la sua logica consiste nell'estensione al cittadino dell'Unione europea delle prestazioni di assistenza sociale alle stesse condizioni riservate ai cittadini dello Stato che lo ospita.

La direttiva 2004/38 deroga al principio di parità di trattamento fissando, come osservato, condizioni "economiche" per ammettere ad un soggiorno superiore ad un periodo fissato il cittadino migrante inattivo. La possibilità che il diritto secondario eccezionalmente restringa la libertà dei cittadini dell'Unione di soggiornare in un Paese membro, è ammessa dal par. 1 dell'art. 21 TFUE, che all'uopo fa salve "le limitazioni e le condizioni" previste, in particolare, dalle disposizioni adottate in applicazione dei Trattati⁴¹.

Poiché il migrante economicamente inattivo può soggiornare solo se non rappresenta un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro egli, conseguentemente, neppure può accedere all'assistenza sociale dello Stato che

³⁸ Sentenza *Dano*, punto 78. La sentenza (punto 85 ss.) esclude che gli Stati membri possano essere obbligati a fornire assistenza sociale ai migranti bisognosi in virtù della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea poiché rientra nella loro competenza esclusiva stabilire le condizioni sostanziali necessarie per avvalersene.

³⁹ Nella sentenza *Brey*, punto 72, la Corte osserva che occorre ammettere "una certa solidarietà finanziaria dei cittadini dello Stato membro ospitante verso quelli degli altri Stati membri", perché le autorità competenti possono rifiutare l'assistenza sociale solo quando diviene un onere eccessivo per le finanze nazionali.

⁴⁰ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 406 ss.

⁴¹ Sentenza *Brey*, punto 46. Anche l'art. 20, par. 2, co. 2, TFUE precisa che i diritti conferiti ai cittadini dell'Unione si esercitano "secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi".

lo ospita alle stesse condizioni dei cittadini di quest'ultimo. La deroga, nei limiti consentiti dall'applicazione del criterio di proporzionalità in senso stretto, al principio di uguaglianza in materia di assistenza sociale è dunque un aspetto connesso e conseguente al superamento dello stesso principio per quanto riguarda l'ammissione al soggiorno del cittadino migrante economicamente inattivo.

Coglie tale aspetto la giurisprudenza che osserva come "l'eventuale esistenza di una disparità di trattamento, quanto alla concessione delle prestazioni sociali (...) è una conseguenza inevitabile della direttiva 2004/38", poiché tale disparità "si fonda sul rapporto instaurato dal legislatore dell'Unione all'articolo 7 della summenzionata direttiva fra la necessità di disporre di risorse sufficienti quale condizione di soggiorno, da un lato, e l'esigenza di non creare un onere per il sistema di assistenza sociale degli Stati membri, dall'altro"⁴².

Un'ulteriore deroga è stabilita dal par. 2 dell'art. 24 della direttiva citata. La disposizione esclude dalle prestazioni di assistenza sociale coloro che soggiornano per un periodo non superiore a tre mesi e, durante il soggiorno, anche quelli che possono dimostrare di essere alla ricerca di un posto di lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo.

Sono stati manifestati dubbi sulla legittimità della regola di diritto derivato che deroga il principio di non discriminazione espresso dall'art. 18 TFUE⁴³.

Se si dovesse prendere atto della giurisprudenza che, applicandola, non ha mai dubitato della validità della norma⁴⁴, sarebbe giocoforza collegarla "alla qualità di diritto primario che essa ricava dal rinvio all'art. 21 TFUE"⁴⁵. Occorrerebbe, cioè, ritenere che il Trattato, autorizzando il diritto secondario a porre limiti e condizioni per il soggiorno, gli abbia anche permesso di disciplinare lo *status* giuridico di cui gode il migrante in deroga al principio di uguaglianza.

Una volta che l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale risulti avulso dalle "condizioni" fissate per il soggiorno, deve considerarsi pienamente operante il principio di uguaglianza stabilito dall'art. 18 TFUE e ribadito dal par. 1 dell'art. 24 della direttiva. Fu quindi esattamente ritenuto illegittimo il comportamento delle autorità belghe che avevano rifiutata una prestazione di assistenza sociale (c.d. *minimex*) per il "fatto che il sig. Trojani non era cittadino belga"⁴⁶ o in base al "fatto che il sig. Grzelczyk non sia in possesso della cittadinanza belga"⁴⁷.

È noto che il principio di uguaglianza preclude anche trattamenti che, se pur non fondati sulla nazionalità, pervengono tuttavia ad analoghi risultati discriminatori, a meno che siano tesi a tutelare, in conformità del principio di proporzionalità

⁴² Sentenza *Dano*, punto 77.

⁴³ L. RAIMONDI, *Cittadini dell'Unione europea in cerca di lavoro e principio di non discriminazione: osservazioni in margine alla sentenza Vatsouras*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 43 ss.

⁴⁴ Sentenza della Corte del 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, punto 44; sentenza della Corte del 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Förster*, punto 54 s.; sentenza *Alimanovic*, punti 51 e 58. In tutte le sentenze ha assunto un ruolo decisivo per la soluzione della vertenza la circostanza che il par. 2 dell'art. 24 della direttiva 2004/38 fosse o meno in vigore.

⁴⁵ S. AMADEO, *Il principio di uguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo "inattivo"*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 71.

⁴⁶ Sentenza della Corte del 7 settembre 2004, causa C-546/02, *Trojani*, punto 11.

⁴⁷ Sentenza della Corte del 20 settembre 2001, causa C-189/99, *Grzelczyk*, punto 29.

inteso in senso ampio, legittimi interessi dello Stato membro⁴⁸. Per questo motivo fu ritenuto viziato il provvedimento col quale le autorità britanniche rifiutarono un prestito a copertura delle spese di mantenimento degli studenti ad un cittadino francese perché non era in possesso di uno *status* giuridico che gli studenti migranti non avrebbero mai potuto conseguire⁴⁹.

Nelle pronunce indicate la Corte di giustizia, accertando la violazione del principio di uguaglianza, ha avuto cura di sottolineare che, per vari motivi, non erano in discussione quelle “condizioni” per soggiornare la cui assenza ben avrebbe potuto essere invocata dalle competenti autorità per negare l’assistenza sociale al migrante. In un caso non era stato opposto all’interessato il fatto di non disporre di risorse sufficienti e di un’assicurazione malattia⁵⁰, mentre nelle altre vicende era stato rilasciato un titolo di soggiorno⁵¹ o concesso il soggiorno⁵² senza poi contestargli, com’era accaduto nei casi *Brey* e *Dano*, la mancanza dei requisiti “economici” per soggiornare previsti dalla normativa in vigore.

5. Il Parlamento europeo ed il Consiglio adottarono lo stesso giorno (29 aprile 2004) sia la direttiva 2004/38 che il regolamento 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Il 1° ‘considerando’ del preambolo del regolamento precisa che esso si inserisce nella tematica riguardante la libera circolazione delle persone sviluppata anche dalla direttiva. L’art. 2 chiarisce che i soggetti ai quali si applica il regolamento sono in particolare i cittadini di uno Stato membro che sono o sono stati soggetti alla legislazione di sicurezza sociale di uno o più Stati membri nonché i loro familiari o superstiti.

Il regolamento, come pure la direttiva, si occupa quindi (tra l’altro) dei cittadini migranti economicamente inattivi che soggiornano in uno Stato membro. Lo scopo del provvedimento non è quello di stabilire una disciplina comune dei sistemi previdenziali, ma soltanto di allineare le disposizioni nazionali al fine di consentire ai cittadini che si spostano o si sono spostati dal loro Paese di origine di godere delle prestazioni previdenziali maturate.

Gli articoli 4 e 7 indicano alcuni dei fondamentali principi che lo ispirano. La prima norma dispone che, in virtù del principio di parità di trattamento, le persone soggiornanti in uno Stato membro alle quali si applica il regolamento godono delle stesse prestazioni e sono soggette agli stessi obblighi dei cittadini di tale Stato. In base alla seconda disposizione, relativa all’“abolizione delle clausole di residenza”, le prestazioni in denaro dovute da uno o più Stati membri non sono soggette a riduzione, modifica, sospensione, soppressione o confisca per il fatto che il beneficiario o i familiari risiedono in uno Stato membro diverso da quello in cui si trova l’istituzione debitrice.

⁴⁸ Sentenza *Bidar*, punti 51 e 54; sentenza della Corte del 13 aprile 2010, causa C-73/08, *Bressol*, punti 40, 45, 47, 48; sentenza della Corte del 4 ottobre 2011, causa C-75/11, *Commissione c. Repubblica d’Austria*, punto 52.

⁴⁹ Sentenza *Bidar*, punto 61.

⁵⁰ Sentenza *Bidar*, punto 36.

⁵¹ Sentenza *Trojani*, punto 37.

⁵² Sentenza *Grzelczyk*, punto 32.

Ai nostri fini assume particolare rilievo l'art. 70 del regolamento, che disciplina le "prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo" che includono in ugual misura caratteristiche tanto dell'assistenza sociale quanto della sicurezza sociale. Il par. 2, lett. a), sub. i), chiarisce che le prestazioni speciali hanno, come quelle di sicurezza sociale, lo scopo di coprire l'interessato dai "rischi" elencati nel precedente art. 3 come, ad esempio, quelli di invalidità, malattia o vecchiaia. Al contempo le stesse prestazioni condividono con l'assistenza sociale il fine di "garantire (...) un reddito minimo di sussistenza in relazione al contesto economico e sociale dello Stato membro interessato". Le lettere b) e c) del suddetto par. 2 precisano rispettivamente che le prestazioni speciali non sono di natura contributiva perché finanziate esclusivamente dalla tassazione obbligatoria intesa a coprire la spesa pubblica generale e che sono elencate nell'allegato X al regolamento.

Le prestazioni in esame sono soggette ad una particolare disciplina in quanto, secondo il par. 3 dell'art. 70, ad esse non si applica l'abolizione delle clausole di residenza. Il paragrafo successivo precisa quindi che tali prestazioni non sono "esportabili" potendo essere erogate solo nello Stato membro in cui l'interessato risiede ed ai sensi della sua legislazione.

Secondo il costante insegnamento della Corte di giustizia le prestazioni speciali in denaro non contributive previste dal regolamento 883/2004 coincidono con quelle che la direttiva 2004/38 considera di assistenza sociale⁵³. Da tale insegnamento consegue l'applicazione alle stesse prestazioni di due distinte normative che, apparentemente, contemporaneamente affermano ed escludono l'applicazione del principio di parità di trattamento.

Da un lato, secondo l'art. 4 del regolamento, il cittadino europeo migrante economicamente inattivo ha diritto all'assistenza sociale/prestazione speciale in denaro non contributiva alle identiche condizioni dei cittadini dello Stato membro in cui soggiorna; dall'altro, secondo l'art. 7 della direttiva, egli ha invece la possibilità di godere di tale prestazione solo se non costituisce un onere eccessivo per il sistema nazionale di assistenza sociale.

A questo punto la Corte è stata evidentemente "costretta" a reperire un meccanismo che consentisse di superare lo scoglio logico che si era determinato. Il perno della soluzione è fornito dal par. 4 dell'art. 70 del regolamento, nel punto in cui precisa che le prestazioni speciali sono erogate dallo Stato membro di residenza "ai sensi della sua legislazione". La disposizione opererebbe come "una norma di conflitto" che, per determinare la possibilità di erogare le prestazioni assistenziali, rinvia alla legislazione dello Stato membro di residenza così come integrata dalla direttiva 2004/38⁵⁴.

Poiché la direttiva permette al cittadino inattivo di ottenere l'assistenza sociale solo se non comporta oneri eccessivi per lo Stato membro in cui soggiorna, anche la legge nazionale cui rinvia l'art. 70 porrebbe tale condizione. In conclusione, quindi,

⁵³ Sentenza *Dano*, punto 63; sentenza *Alimanovic*, punto 44.

⁵⁴ Sentenza *Brey*, punti 39 e 42; sentenza *Dano*, punto 83. La norma di conflitto consente agli Stati membri, secondo la Corte, di subordinare le prestazioni di assistenza sociale alla circostanza che i cittadini inattivi soggiornino regolarmente nello Stato che li ospita ai sensi della direttiva 2004/38.

secondo il regolamento, così come in base alla direttiva, non si potrebbero erogare prestazioni di assistenza sociale che comportano oneri eccessivi per lo Stato membro in cui soggiorna il richiedente.

L'interpretazione, indubbiamente ingegnosa, appare tuttavia troppo artificiosa. Non è credibile che il regolamento, per superare il principio di uguaglianza, abbia posto in essere un meccanismo di tacito rinvio alle norme di una direttiva adottata lo stesso giorno invece di stabilirlo espressamente, così come aveva fatto per il principio di esportabilità. Anche il preambolo del regolamento ribadisce, al 37° 'considerando', che le prestazioni speciali in denaro non contributive non sono esportabili, mentre non si occupa del principio di uguaglianza che conseguentemente dovrebbe applicarsi.

Il concetto di legislazione nazionale è poi attentamente precisato dalla lett. l) dell'art. 1 del regolamento, che non opera alcun riferimento alla direttiva 2004/38.

È quindi più convincente ritenere che il rinvio alle legislazioni nazionali riguardi solo la disciplina dei livelli reddituali necessari per essere assistiti e non incida sull'accesso del cittadino inattivo alle prestazioni speciali in denaro, che rimane soggetto al principio di parità di trattamento⁵⁵.

Non accogliere l'interpretazione della Corte non significa però accettare l'inciampo logico che essa ha voluto superare. Il giudice di Lussemburgo è stato indotto a configurare erroneamente l'esistenza di una norma di conflitto poiché ha equiparato, troppo sbrigativamente, le erogazioni speciali in denaro non contributive alle prestazioni di assistenza sociale.

L'art. 70 del regolamento configura invece le prestazioni speciali come erogazioni *sui generis* le cui finalità non coincidono con quelle dell'assistenza sociale. Infatti, l'esigenza di soddisfare bisogni elementari di vita dell'interessato è uno scopo che non prevale sull'altro, ugualmente essenziale e proprio della sicurezza sociale, diretto a far fronte a rischi come l'invalidità, la malattia o la morte⁵⁶.

Logico corollario è che il cittadino dell'Unione europea economicamente inattivo avrà diritto di pretendere le prestazioni speciali in denaro non contributive alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato in cui soggiorna, mentre potrà beneficiare dell'assistenza sociale soltanto entro i limiti posti dalla direttiva 2004/38.

⁵⁵ H. VERSCHUEREN, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁶ La sentenza *Alimanovic*, punto 45, nota che qualora la funzione della prestazione sia contemporaneamente di sicurezza sociale e di assistenza sociale, occorre applicare la disciplina propria della funzione preponderante. P. SCHOUKENS, L. MONSEREZ, *Introduzione al coordinamento della sicurezza sociale nell'Unione europea*, in *Informazione previdenziale*, 2010, p. 47, reperibile *on line*, osservano che le prestazioni non contributive si definiscono speciali proprio perché si collocano tra la sicurezza sociale tradizionalmente intesa e l'assistenza sociale.

Abstract

Social Assistance for Migrant European Citizens Economically Inactive

After clarifying the concept of social assistance, the article analyzes the conditions for residence of the economically inactive migrant and limits the principle of equal treatment dealing with social assistance. Problems of coordination between Directive 2004/38 and Regulation 883/2004 are solved objecting to the equation, made by the Court of Justice, between the social assistance of the Directive and special non-contributory benefits of Regulation.

Anna Iermano*

Precisazioni della Corte di Lussemburgo su traduzione e interpretazione di ricorsi e diritto all'informazione in sede di notifiche: il caso *Covaci*

SOMMARIO: 1. Premessa: *common minimum standards* in tema di diritto alla traduzione, interpretazione ed informazione. – 2. Il caso *Covaci*: la fattispecie. – 3. Sul primo quesito pregiudiziale: a proposito dell'obbligo di traduzione o interpretazione di un ricorso. – 4. Sulla seconda questione pregiudiziale: notifiche e rispetto del diritto all'informazione. – 5. Riflessioni conclusive.

1. La Corte di giustizia dell'Unione europea, nel caso *Covaci* del 15 ottobre 2015, per la prima volta, in sede di rinvio pregiudiziale¹, si pronuncia sul tema delle garanzie minime comuni nello spazio europeo di giustizia penale e, segnatamente, sull'interpretazione degli articoli 1, par. 2², e 2, paragrafi 1³ e 8⁴ della direttiva 2010/64 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto

* Assegnista di ricerca in "Diritto dell'Unione europea applicato" nell'Università degli studi di Salerno.

¹ Sentenza del 15 ottobre 2015, causa C-216/14, *Gavril Covaci*.

² Art. 1 direttiva 2010/64/UE: "1. La presente direttiva stabilisce norme relative al diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (...) 2. Il diritto di cui al paragrafo 1 si applica alle persone che siano messe a conoscenza dalle autorità competenti di uno Stato membro, mediante notifica ufficiale o in altro modo, di essere indagate o imputate per un reato, fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva che stabilisce se abbiano commesso il reato, inclusi, se del caso, l'irrogazione della pena e l'esaurimento delle istanze in corso".

³ Art. 2, par. 1, direttiva 2010/64: "Gli Stati membri assicurano che gli indagati o gli imputati che non parlano o non comprendono la lingua del procedimento penale in questione siano assistiti senza indugio da un interprete nei procedimenti penali dinanzi alle autorità inquirenti e giudiziarie, inclusi gli interrogatori di polizia, e in tutte le udienze, comprese le necessarie udienze preliminari".

⁴ Art. 2, par. 8, direttiva 2010/64: "L'interpretazione fornita ai sensi del presente articolo dev'essere di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati in procedimenti penali siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa".

all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali⁵, nonché degli articoli 2⁶, 3, par. 1, lett. c)⁷, e 6, paragrafi 1 e 3⁸, della direttiva 2012/13 sul diritto all'informazione⁹.

Si tratta delle prime due direttive adottate alla stregua della *roadmap* per il rafforzamento dei diritti di indagati o imputati in procedimenti penali¹⁰, con procedura legislativa ordinaria ex art. 82, par. 2, TFUE. Articolo, questo, che costituisce il fondamento normativo per l'adozione di *common minimum standards* destinati a facilitare il riconoscimento reciproco di sentenze e decisioni e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale¹¹. In particolare, per quanto qui rileva, l'art. 82, par. 2, co. 2, lett. b), TFUE consente al Parlamento europeo e al Consiglio UE di adottare norme "minime" relative ai diritti della persona nella procedura penale.

Si tratta di norme inderogabili relative, in particolare, ai diritti della difesa e all'equo processo¹², a dispetto di quanto possa indurre a pensare l'espressione "norme minime", che sembra alludere, in senso riduttivo, a precetti di minore

⁵ Al riguardo, mi si consenta di rinviare a A. IERMANO, *Garanzie minime nello spazio europeo di giustizia penale*, Napoli, 2014, p. 54 ss., nota n. 3, la quale riporta ampi riferimenti bibliografici sul tema.

⁶ Art. 2, par. 1, direttiva n. 2012/13/UE del Parlamento e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali: "La presente direttiva si applica nei confronti delle persone che siano messe a conoscenza dalle autorità competenti di uno Stato membro, di essere indagate o imputate per un reato, fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva che stabilisce se l'indagato o l'imputato abbia commesso il reato inclusi, se del caso, l'irrogazione della pena e l'esaurimento delle procedure d'impugnazione".

⁷ Art. 3, par. 1, lett. c), direttiva 2012/13: "Gli Stati membri assicurano che alle persone indagate o imputate siano tempestivamente fornite le informazioni concernenti almeno i seguenti diritti processuali, ai sensi del diritto nazionale, onde consentire l'esercizio effettivo di tali diritti: (...) c) il diritto di essere informato dell'accusa, a norma dell'articolo 6 (...)".

⁸ Art. 6 direttiva 2012/13: "Gli Stati membri assicurano che alle persone indagate o imputate siano fornite informazioni sul reato che le stesse sono sospettate o accusate di aver commesso. Tali informazioni sono fornite tempestivamente e con tutti i dettagli necessari, al fine di garantire l'equità del procedimento e l'esercizio effettivo dei diritti della difesa. Gli Stati membri assicurano che le persone indagate o imputate, che siano arrestate o detenute, siano informate dei motivi del loro arresto o della loro detenzione, e anche del reato per il quale sono indagate o imputate. Gli Stati membri garantiscono che, al più tardi al momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria, siano fornite informazioni dettagliate sull'accusa, inclusa la natura e la qualificazione giuridica del reato, nonché la natura della partecipazione allo stesso dell'accusato. Gli Stati membri garantiscono che le persone indagate o imputate, siano tempestivamente informate di ogni eventuale modifica alle informazioni fornite a norma del presente articolo, ove ciò sia necessario per salvaguardare l'equità del procedimento".

⁹ Al riguardo, mi si consenta di rinviare a A. IERMANO, *op. cit.*, p. 81, nota n. 1, la quale riporta ampi riferimenti bibliografici sul tema.

¹⁰ Risoluzione del Consiglio relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, 30 novembre 2009, 2009/C 295/01.

¹¹ Vedi, anche, la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, del 27 novembre 2013, Progredire nell'attuazione dell'agenda dell'Unione europea sulle garanzie procedurali per indagati e imputati – Rafforzare le basi dello spazio europeo di giustizia penale, COM(2013)820 def. Sul punto, M. CAGOSI, *Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione Europea*, 20 dicembre 2013, www.penalecontemporaneo.it.

¹² Vedi, altresì, 14° 'considerando' direttiva 2010/64.

importanza¹³. Esse, piuttosto, codificano un nucleo imperativo di prerogative processuali che garantiscono, in ambito penale, una base di valori comuni europei. In quanto tali devono, dunque, essere interpretate nel senso idoneo ad assicurare loro un pieno effetto utile, che rafforzi la tutela dei diritti e al contempo la fiducia e il riconoscimento reciproco. Ad ogni modo tali garanzie, in quanto “minime”, non escludono un innalzamento del livello di tutela¹⁴, nel rispetto delle tradizioni giuridiche e degli ordinamenti statali, lungi dall’imporre un sistema processuale unico. Spetta, pertanto, ai giudici nazionali garantirne l’osservanza, previo rinvio alla Corte di giustizia laddove nutrano dubbi interpretativi e/o di validità.

Nel caso di specie, il giudice di Lussemburgo è, così, chiamato per la prima volta a pronunciarsi in materia, nell’ambito di un procedimento penale per infrazioni stradali.

2. Nel corso di un controllo di polizia in territorio tedesco si accerta che il sig. Covaci, cittadino rumeno, è alla guida di un veicolo non assicurato, oltre che in possesso di un certificato di assicurazione falso. Successivamente viene ascoltato dalle forze di polizia, assistito da un interprete¹⁵ e, dal momento che non possiede né il domicilio abituale, né la residenza nella sfera di applicazione territoriale della legge tedesca, rilascia, ai fini della notifica degli atti giudiziari, procura irrevocabile e scritta a favore di tre impiegati del Tribunale distrettuale di Laufen¹⁶. Ai sensi di tale procura, i termini di ricorso avverso gli atti giudiziari iniziano così a decorrere dalla notifica ai domiciliatari indicati, i quali sono tenuti a trasmettere l’atto per posta ordinaria all’interessato.

Concluse le indagini, il pubblico ministero presenta, dunque, dinanzi al Tribunale su citato, istanza di emissione di un decreto penale di condanna nei con-

¹³ Conclusioni dell’Avvocato generale Bot del 7 maggio 2015, causa C-216/14, *Gavril Covaci*, punto 32.

¹⁴ 32° ‘considerando’ direttiva 2010/64: “La presente direttiva dovrebbe stabilire norme minime. Gli Stati membri dovrebbero poter ampliare i diritti previsti dalla presente direttiva al fine di assicurare un livello di tutela più elevato anche in situazioni non espressamente contemplate dalla presente direttiva. Il livello di tutela non dovrebbe mai essere inferiore alle disposizioni della CEDU o della Carta, come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo o della Corte di giustizia dell’Unione europea”.

¹⁵ Art. 187 GVG, come modificato a seguito della trasposizione delle direttive 2010/64 e 2012/13: “Il giudice chiede, per l’imputato o il condannato che non padroneggi la lingua tedesca o abbia un handicap di udito o di parola, laddove sia necessario ai fini dell’esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto processuale penale, l’intervento di un interprete o di un traduttore. Il giudice è tenuto a richiamare l’attenzione dell’imputato, in una lingua al medesimo comprensibile, sul diritto del medesimo a richiedere, per l’intera durata del procedimento, l’intervento a titolo gratuito di un interprete o di un traduttore. Di norma, ai fini dell’esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto processuale penale all’imputato che non padroneggi la lingua tedesca, è necessaria la traduzione scritta dei provvedimenti che comportano una restrizione della libertà, degli atti d’accusa, dei decreti penali di condanna e delle sentenze non passate in giudicato. (...)”.

¹⁶ Art. 132, par. 1, codice di procedura penale (*Strafprozessordnung*): “Qualora l’imputato, a fronte di forte sospetto di reato, non disponga di domicilio o di residenza abituale nel territorio di vigenza della presente legge, ma non sussistano i presupposti per un ordine di carcerazione, può essere disposto, al fine di assicurare la conduzione del procedimento penale, che l’imputato: 1. presti adeguata garanzia a copertura della prevedibile pena pecuniaria e delle spese del procedimento e 2. deleghi una persona residente nel circondario del tribunale competente al ricevimento delle notifiche”.

fronti del sig. Covaci¹⁷. Il Tribunale, a fronte di tale richiesta, nutre dei seri dubbi di compatibilità della normativa tedesca con le citate direttive 2010/64 e 2012/13, per due ordini di motivi: l'uno, in quanto l'art. 184 della legge organica sulla giustizia prevede che la lingua dei procedimenti giudiziari sia il tedesco¹⁸; l'altro, perché il termine di impugnazione degli atti inizia a decorrere dalla notifica presso domiciliatari diversi dal soggetto interessato.

Il tribunale tedesco sospende allora il processo e sottopone alla Corte due questioni pregiudiziali: con l'una chiede, in sostanza, se gli articoli 1, par. 2, e 2, paragrafi 1 e 8, della direttiva 2010/64 debbano essere interpretati nel senso che ostino ad una normativa nazionale che non autorizzi a proporre opposizione per iscritto avverso un decreto penale di condanna in una lingua diversa da quella del procedimento; con l'altra sottopone, invece, il quesito se gli articoli 2, 3, par. 1, lett. c), e 6, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2012/13 debbano essere interpretati nel senso che ostino a che venga disposta la nomina di un domiciliatario di un imputato non residente nello Stato membro, qualora il termine per la presentazione di un ricorso inizi a decorrere già a partire dalla notifica al domiciliatario, restando, in definitiva, irrilevante se l'imputato abbia o meno avuto conoscenza dell'accusa.

3. La prima questione pregiudiziale consente alla Corte di precisare la portata del diritto all'interpretazione e alla traduzione di cui alla direttiva 2010/64, in caso di proposizione di ricorso avverso un decreto penale di condanna in una lingua diversa da quella del procedimento.

Al tal fine vengono in rilievo gli articoli 2 e 3 della medesima, rubricati rispettivamente "diritto all'interpretazione" e "diritto alla traduzione di documenti fondamentali"¹⁹. Nonostante, infatti, siano spesso ricondotti ad una categoria unica, interpreti e traduttori sono da considerarsi due categorie professionali distinte con formazione e ruoli diversi²⁰. A titolo esemplificativo, gli uni sono necessari per

¹⁷ Art. 410 codice di procedura penale: "L'imputato può proporre opposizione avverso il decreto penale di condanna entro due settimane dalla notifica, dinanzi al giudice che ha emesso il decreto, per iscritto o con dichiarazione verbalizzata dal cancelliere (...). L'opposizione può essere limitata a determinati addebiti. Il decreto penale di condanna acquisisce, in assenza di tempestiva opposizione, carattere di decisione avente autorità di cosa giudicata".

¹⁸ Art. 184 legge organica sulla giustizia: "La lingua dei procedimenti giudiziari è il tedesco (...)".

¹⁹ Si noti che l'art. 6, par. 3, lett. e), CEDU contempla espressamente solo il diritto all'interprete, tuttavia la Corte europea dei diritti dell'uomo vi fa rientrare anche il diritto al traduttore (V., *ex multis*, sentenza del 28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*, par. 48). Invece, l'art. 8, par. 2, lett. a) della Convenzione americana sui diritti umani riconosce espressamente sia il diritto all'interprete che il diritto al traduttore.

²⁰ In Italia a seguito del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, sono state apportate significative modifiche all'art. 143 c.p.p. sotto il profilo della distinzione tra le figure di interprete e di traduttore, prospettata dalla direttiva 2010/64. Giova, infatti, segnalare, la confusione che vigeva tra i rispettivi ruoli nell'ordinamento italiano, laddove l'art. 143, co. 2, c.p.p., prima della riforma in esame, prevedeva la nomina di un interprete allorché fosse necessaria la traduzione di uno scritto in lingua straniera o in un dialetto non facilmente intelligibile; l'art. 147 c.p.p. tratta dei termini che l'interprete deve rispettare per la consegna di traduzioni scritte; l'art. 242 c.p.p., che regola la traduzione di documenti e nastri magnetofonici, faceva e fa riferimento al traduttore, limitandosi a rinviare all'art. 143 c.p.p. La legge richiamava, dunque, sempre ed esclusivamente la figura dell'interprete, affidandogli

enunciati orali, dinanzi alle autorità inquirenti e giudiziarie, negli interrogatori di polizia, in tutte le udienze, comprese quelle preliminari (art. 2, par. 1), nonché per comunicazioni con il rispettivo difensore, correlate ad audizioni o alla presentazione di ricorsi e istanze (art. 2, par. 2)²¹; gli altri, invece, sono tenuti a tradurre i documenti fondamentali, per garantire l'esercizio dei diritti della difesa, oltre che un processo equo (art. 3, par. 1).

Conformemente a tali disposizioni possono, pertanto, beneficiare del diritto all'interprete e al traduttore tutti coloro che non parlano o non comprendono²² la lingua del procedimento²³, da quando sono a conoscenza di essere indagati o imputati

entrambi i compiti, ossia l'attività prettamente traduttiva e quella interpretativa in senso stretto. Cfr. M. ANTINUCCI, *L'attuazione della direttiva europea sul diritto alla traduzione: verso la tutela sostanziale del diritto alla difesa effettiva*, in www.archiviopenale.it, 2014, p. 1 ss.; P. BRONZO, *Nuove norme sui diritti dell'imputato alloglotto*, in *Cassazione penale*, 2014, p. 1160 ss.; A. COCOMELLO, *Sulla lingua del processo. A proposito dell'attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in www.archiviopenale.it, 2014, p. 27 ss.; M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica: l'Europa chiedeva un intervento più attento all'effettività della garanzia*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 439 ss.; ID., *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, 10 aprile 2014, www.penalecontemporaneo.it; S. RECCHIONE, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale: problemi, percorsi interpretativi, prospettive*, 15 luglio 2014, *ivi*; G. SPRANGHER, *Il diritto all'interprete e al traduttore: attuata la direttiva europea*, in *Cassazione penale*, 2015, p. 287 ss. Mi si permetta, inoltre, di rinviare a A. IERMANO, *Il diritto all'interpretazione e alla traduzione: a proposito del D. Lgs. del 4 marzo 2014, n. 32*, in federalismi.it, n. 15, 23 luglio 2014.

²¹ Vedi, anche, 20° e 21° 'considerando'. Ivi si osserva che l'estensione dell'assistenza interpretativa alle comunicazioni tra indagato o imputato e il proprio difensore, sia pure alla condizione che esse siano direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di ricorsi o istanze procedurali, costituisce una novità anche rispetto al sistema CEDU, dal momento che la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur adottando una lettura estensiva della norma (sentenze del 24 settembre 2002, *Cuscani c. Regno Unito*, par. 39; e del 14 gennaio 2003, *Langerblom c. Svezia*, par. 49), non legata alle sole vicende processuali, non si è pronunciata esplicitamente sull'applicabilità dell'art. 6, par. 3, lett. e), CEDU ai rapporti tra l'imputato e il suo difensore. Vedi, invece, l'art. 8 della Convenzione americana sui diritti umani che riconosce espressamente il diritto dell'indagato e imputato ad avere un colloquio privato con il proprio difensore (art. 8, par. 2, lett. e). Si segnala, inoltre, che in Italia l'art. 104, co. 4 *bis*, c.p.p., introdotto con il d.lgs. 32/2014, estende il diritto all'interprete anche ai colloqui con il difensore dell'imputato alloglotto in stato di custodia cautelare, arrestato o fermato.

²² L. KALB, *La nuova sfida della direttiva 2010/64: un'assistenza linguistica di "qualità" per lo svolgimento di un procedimento effettivamente "equo" – Sez. II. Il rafforzamento del diritto e gli effetti nell'ordinamento italiano*, in L. KALB (a cura di), «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. *Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, p. 344 ss., in part. p. 347. L'A. sottolinea come la direttiva faccia rinvio alla disgiuntiva "non parla o non comprende" nella sola ipotesi del ricorso all'interpretazione (art. 2, par. 1), mentre per la traduzione richiede solo che la persona non comprenda la lingua (art. 3, par. 1). Ciò significa – aggiunge – che l'intervento dell'esperto linguistico, per mezzo del quale si rendono percepibili all'interessato le informazioni in ordine agli sviluppi procedurali, trova maggiore spazio di operatività in sede di interpretazione orale di quanto accada rispetto, piuttosto, al ricorso alla traduzione all'atto scritto. È sufficiente che la persona tutelata non sappia "parlare" la lingua del procedimento, pur se riesca a "comprendere" ovvero a capire quanto stia avvenendo.

²³ Al riguardo mi si consenta di rinviare a A. IERMANO, *Garanzie minime*, cit., p. 61, ove si sottolinea che sotto il profilo soggettivo, la direttiva in esame, nella logica espansiva propria dei diritti fondamentali, vanta un ambito di applicazione "universale", individuando, quali destinatari, le "persone" in quanto tali, in un'accezione assai ampia, comprensiva sia di indagati che imputati, sia di cittadini che di

per un reato, fino alla decisione definitiva, incluse, se del caso, l'irrogazione della pena e la decisione sulle impugnazioni (art. 1, par. 2)²⁴. Pertanto, anche l'ipotesi del ricorrente rumeno, reso edotto dell'accusa formulata a suo carico, sia pure in via provvisoria con decreto penale di condanna non ancora passato in giudicato, allorquando intenda opporvisi, rientra manifestamente nell'ambito di applicazione di tale direttiva, non conoscendo questi la lingua tedesca.

Detto questo, la Corte esamina, in sostanza, se la direttiva contempra altresì l'assistenza linguistica²⁵ con riferimento alla proposizione di un ricorso. Sul punto si tratta, infatti, di determinare in concreto se il costo dell'intervento di un traduttore o di un interprete in tale ambito debba essere a carico della difesa, obbligandola a depositare un ricorso in lingua tedesca, oppure della parte procedente, autorizzando la difesa a presentare un ricorso in una lingua diversa da quella del procedimento²⁶.

Al riguardo, ai fini dell'interpretazione di siffatte disposizioni occorre ricordare che, secondo giurisprudenza costante della Corte, si deve tenere conto non soltanto del tenore letterale, bensì anche del contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui fa parte²⁷.

Ebbene, tale direttiva non ha lo scopo né l'effetto di pregiudicare la libertà degli Stati UE di scegliere la lingua del procedimento in cui redigere gli atti e i documenti²⁸. Al contrario, essa mira a preservare detta libertà, conciliandola con la tutela dei diritti di indagati e imputati e assicurando loro un'assistenza linguistica gratuita, adeguata e di qualità²⁹, quando non parlano o non comprendono la lingua; il che è funzionale a garantire i diritti della difesa e l'equità del procedimento (art. 3, par. 1, e 17° 'considerando').

stranieri che non comprendono o non parlano la lingua del processo, nonché, in particolare, di soggetti interessati da un procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo, lungi da qualsivoglia riferimento alla nazionalità dei beneficiari.

²⁴ Vedi anche art. 2, par. 1, e 18° 'considerando' secondo cui l'interpretazione va resa immediatamente, "senza indugio".

²⁵ In tema si segnala che compete alle autorità giudiziarie e di pubblica sicurezza intraprendere le azioni necessarie affinché coloro che non parlano o non comprendano la lingua del procedimento possano esercitare, in modo effettivo, i diritti previsti dalla direttiva. E, più in generale, spetta loro dimostrare che l'indagato o l'imputato parli correntemente la lingua usata dal giudice e, non già all'imputato, provare di non essere in grado di comprenderla, in conformità all'art. 2, par. 4 della direttiva, così come interpretato alla luce del 21° 'considerando'. Si inverte, dunque, quello che finora è stato un chiaro principio in materia che rimetteva all'imputato o indagato la prova della sua ignoranza rispetto alla lingua ufficiale del procedimento penale, non potendosi desumere semplicemente dalla sua nazionalità estera. Sul punto v., altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 dicembre 1989, *Brožicek c. Italia*, par. 41.

²⁶ Ai sensi dell'art. 4 i costi dei servizi di assistenza linguistica, indipendentemente dall'esito dei procedimenti, sono a carico dello Stato membro e non già dell'indagato o imputato.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 21 maggio 2015, causa C-65/14, *Rosselle*, punto 43.

²⁸ Conclusioni *Covaci*, punto 38.

²⁹ Articoli 2, par. 8, e 3, par. 9, direttiva 2010/64. V., anche, art. 5, par. 1, direttiva 2010/64. A garanzia della correttezza e dell'effettività del servizio reso è, così, previsto il diritto di contestare, secondo le procedure della legislazione nazionale, la decisione che dichiara superflua l'interpretazione o la traduzione oppure, nel caso in cui le medesime siano state fornite, è contemplata la possibilità di metterne in discussione la qualità, nonché, di sollevare dubbi relativi alla formazione di giudici, pubblici ministeri e personale giudiziario (articoli 2, par. 5, e 3, par. 5, direttiva 2010/64. V., anche, 25° e 26° 'considerando' direttiva 2010/64).

In tale contesto si osserva, dunque, che l'art. 3 della direttiva 2010/64, come rilevato dall'Avvocato generale al par. 57 delle conclusioni³⁰, riguarda, in linea di principio, solo la traduzione scritta di determinati documenti redatti dalle autorità competenti di cui l'indagato/imputato è destinatario. Tale interpretazione risulta, peraltro, confermata dall'elenco – ancorché non esaustivo – dei documenti fondamentali di cui all'art. 3, par. 2, per i quali è necessaria la traduzione, come le decisioni che privano una persona della libertà, gli atti contenenti i capi d'imputazione e le sentenze³¹; nonché dal fatto che il diritto alla traduzione così previsto dall'art. 3, par. 4, è teleologicamente volto a “consentire agli indagati o agli imputati di conoscere le accuse a loro carico”³² e non già di “far conoscere” atti di parte.

Del resto anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel rispetto dei requisiti relativi all'equo processo, si limita a garantire che l'accusato sia a conoscenza degli addebiti contestatigli e possa difendersi, senza che sia necessaria la traduzione scritta³³ di tutte le prove documentali o di tutti i documenti ufficiali contenuti nel fascicolo³⁴, bensì solo di quelli “il cui senso egli deve conoscere per avere così un giusto processo”³⁵.

³⁰ Conclusioni *Covaci*.

³¹ In Italia, altra novità di indiscusso rilievo introdotta a seguito del recepimento della direttiva 2010/64 è la traduzione delle sentenze. Va, infatti, sottolineato l'orientamento giurisprudenziale finora prevalente secondo cui la sentenza non è compresa tra gli atti per i quali è previsto un obbligo di traduzione in lingua nota all'imputato che non comprenda la lingua italiana. Per di più è stato espressamente ribadito anche con specifico riguardo alla direttiva 2010/64, ancorché prima della scadenza per il suo recepimento, nei seguenti termini: “il motivo riguardante la mancata traduzione della sentenza è parimenti infondato, atteso che è principio seguito dalla giurisprudenza di questa Corte quello in base al quale la sentenza non è compresa tra gli atti per cui sia previsto un obbligo di traduzione in lingua nota all'imputato, che non comprende la lingua italiana, posto che l'obbligo di dare attuazione alla previsione dell'art. 3 direttiva 2010/64, secondo cui gli Stati membri devono assicurare la traduzione scritta dei documenti fondamentali per l'esercizio del diritto di difesa, tra cui la sentenza, è esercitabile sino al 27 ottobre 2013 (sez. 3^a, 18.3.2011, n. 26703)” (Cassazione penale, sentenza del 16 febbraio 2012, n. 10296). Non è mancata, sul punto, giurisprudenza contraria che ha, invece, sostenuto la doverosa traduzione della sentenza, in sussistenza di un obbligo di interpretazione conforme alla citata direttiva: Cassazione penale, sentenza del 12 luglio 2012, n. 5486, con nota di M. GIALUZ, *La Corte di Cassazione riconosce l'obbligo di tradurre la sentenza a favore dell'imputato alloglotto*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 2188 ss.

³² Al riguardo L. KALB, *op. cit.*, p. 353, in cui l'A. ritiene condivisibile tale soluzione a condizione che lo “stralcio” determinante il contenuto da tradurre sia il risultato di un contraddittorio tra l'organo procedente e il difensore dell'assistito al fine di evitare che scelte provenienti dall'autorità incidano sull'esercizio del diritto di difesa. È quest'ultimo, secondo l'A., il vero obiettivo da salvaguardare, pena la neutralizzazione dell'intera iniziativa proposta con la direttiva in esame.

³³ Ai sensi dell'art. 3, par. 7, direttiva 2010/64 è possibile derogare a siffatta disciplina fornendo una traduzione o un riassunto orale dei documenti fondamentali, anziché scritto, a condizione che non venga pregiudicata l'equità dell'*iter* procedimentale e/o processuale. Al riguardo v. M. GIALUZ, *È scaduta la direttiva. Spunti per una trasposizione ritardata, ma (almeno) meditata*, 4 novembre 2013, www.penalecontemporaneo.it, secondo cui si tratta di quella che può essere definita come “regola della surrogabilità della traduzione con l'interpretazione”.

³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, par. 74; decisione (ammissibilità) del 24 febbraio 2005, *Husain c. Italia*, ove si ritiene che l'art. 6, par. 3, CEDU non è tale da esigere una traduzione scritta di tutti gli elementi di prova scritti o dei documenti ufficiali di una procedura, purché consenta al convenuto di avere conoscenza delle accuse mosse contro di lui e di difendersi, in particolare potendo presentare al giudice la sua versione dei fatti.

³⁵ Sentenza *Kamasinski c. Austria*, par. 74.

Ne consegue che la Corte di Lussemburgo, pronunciandosi a riguardo, al punto 47 della sentenza in esame, asserisce che il diritto alla traduzione non include, in linea di principio, la traduzione scritta di un documento, quale l'opposizione proposta avverso un decreto penale di condanna, redatto dalla persona interessata. A suo dire, infatti, farsi carico sistematicamente della traduzione di tutti i ricorsi proposti dalle persone interessate avverso un provvedimento giudiziario emesso nei loro confronti eccederebbe gli obiettivi perseguiti dalla stessa direttiva 2010/64³⁶.

Ciò non esclude, tuttavia, che gli Stati membri siano liberi di ampliare i diritti previsti, al fine di assicurare un livello di tutela più elevato anche in fattispecie non espressamente contemplate³⁷ e che le autorità competenti decidano, caso per caso, se un documento diverso da quelli elencati all'art. 3, paragrafi 1 e 2, sia fondamentale³⁸ e vada, dunque, tradotto a spese dello Stato. Spetta, pertanto, al giudice del rinvio decidere in tal senso.

Infine, la Corte sulla questione della riconducibilità o meno della fattispecie nell'art. 2 che si pone, tra l'altro, in termini di complementarità con l'art. 3, conferma che il diritto all'interprete è garantito con riguardo all'attività orale in udienza e non anche rispetto agli atti scritti. Pertanto, osserva che solo qualora il ricorso possa essere proposto anche oralmente e senza l'assistenza del difensore, come nel caso di specie, non si esclude il beneficio dell'assistenza gratuita di un interprete presso la cancelleria del giudice nazionale competente, affinché rediga il processo verbale dell'opposizione³⁹; così come, nel caso in cui l'interessato proponga opposizione per iscritto, non si nega il beneficio dell'assistenza di un difensore, perché trascriva il documento corrispondente nella lingua del procedimento.

Come sottolinea, infatti, l'Avvocato generale, contrariamente all'art. 3, il quale riguarda soltanto la traduzione di documenti che devono essere compresi dall'imputato, l'art. 2 prevede che l'assistenza linguistica possa essere richiesta dalla difesa "non solo per comprendere, ma anche per farsi comprendere"⁴⁰, sia pure solo per via orale secondo il giudizio della Corte.

Detto questo, il giudice di Lussemburgo conclude allora affermando che gli articoli da 1 a 3 della direttiva 2010/64 devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, che non consenta di proporre opposizione per iscritto avverso il decreto stesso in una lingua diversa da quella del procedimento, sebbene tale persona non padroneggi quest'ultima, salvo però che le autorità competenti non ritengano, conformemente all'art. 3, par. 3⁴¹, che, alla luce del

³⁶ Sentenza *Covaci*, punto 38.

³⁷ 32° 'considerando'.

³⁸ Art. 3, par. 3, e 30° 'considerando' direttiva 2010/64.

³⁹ Sentenza *Covaci*, punto 42.

⁴⁰ Conclusioni *Covaci*, punto 60.

⁴¹ Circa l'ordinamento italiano v. M. GIALUZ, *Dalla Corte di Giustizia importanti indicazioni esegetiche in relazione alle prime due direttive sui diritti dell'imputato*, 11 novembre 2015, www.penalecontemporaneo.it. L'A. ricorda che l'art. 143, co. 2, c.p.p. anteriore alla novella prevedeva la nomina di un interprete quando occorre tradurre uno scritto in lingua straniera e che la riforma del 2014 ha cancellato questo passaggio e ha dato attuazione restrittiva al par. 3 della direttiva 2010/64, escludendo la traduzione in italiano di atti processuali redatti dall'imputato in lingua straniera. Sul punto l'A. sottolinea, allora, che l'unica norma utile per garantire la piena conformità del nostro ordinamento al precetto potrebbe essere quella dell'art. 242 c.p.p., ai sensi del quale, quando è acquisito

procedimento di cui trattasi e delle circostanze del caso di specie, tale opposizione costituisca un documento fondamentale.

4. La seconda questione sollevata in via pregiudiziale permette, invece, ai giudici di Lussemburgo di definire l'esatta portata del diritto all'informazione che l'art. 1 della direttiva 2012/13⁴² riconosce a tutte le persone indagate o imputate rispetto ai diritti di cui godono nel procedimento penale e all'accusa elevata a loro carico.

Come emerge dal combinato disposto degli articoli 3 e 6 di tale direttiva, esso riguarda due diritti distinti, di cui l'uno ha ad oggetto l'informazione su taluni diritti procedurali (art. 3), tra i quali rientra il diritto all'informazione sull'accusa disciplinato autonomamente all'art. 6⁴³. O, meglio ancora, può parlarsi di un "diritto del diritto": l'indagato o imputato ha, infatti, il diritto di essere informato che è una sua prerogativa essere edotto dell'accusa posta a suo carico⁴⁴.

un documento redatto in lingua diversa da quella italiana, il giudice ne dispone la traduzione a norma dell'art. 143 se ciò è necessario alla sua comprensione. A suo dire, è ben vero che si tratta di norma che si riferisce espressamente – tanto nella rubrica, quanto nel testo – alla traduzione del "documento redatto in lingua diversa da quella italiana", nondimeno, al fine di dare attuazione alla sentenza *Covaci*, sembra che la collocazione sistematica e il riferimento letterale al documento, non possono costituire ostacoli insormontabili.

⁴² Essa muove dai diritti enunciati nella Carta dei diritti fondamentali, in particolare dagli articoli 6, 47 e 48, e si fonda, altresì, sugli articoli 5 e 6 CEDU, così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Non a caso, nel preambolo stesso della direttiva si rimarca ripetutamente, in svariati considerando, la doverosa osservanza dei diritti contemplati nella Carta di Nizza/Strasburgo e nella Convenzione europea: 5° 'considerando' direttiva 2012/13: "L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la «Carta») e l'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (la «CEDU») sanciscono il diritto a un processo equo. L'articolo 48, paragrafo 2, della Carta garantisce il rispetto dei diritti della difesa"; 6° 'considerando': "L'articolo 6 della Carta e l'articolo 5 della CEDU sanciscono il diritto alla libertà e alla sicurezza degli individui. Le restrizioni di tale diritto non devono andare oltre i limiti consentiti a norma dell'articolo 5 della CEDU e quelli desunti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"; 18° 'considerando': "La presente direttiva dovrebbe prevedere esplicitamente il diritto all'informazione sui diritti processuali, che si desume dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"; 21° 'considerando': "Nella presente direttiva i riferimenti alle persone indagate o imputate che sono arrestate o detenute si dovrebbero intendere riferiti alle situazioni in cui, nel corso di procedimenti penali, le persone indagate o imputate siano private della libertà ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera c), della CEDU, quale interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"; 32° 'considerando', il quale, circa l'accesso al materiale probatorio, stabilisce che le "restrizioni all'accesso dovrebbero essere interpretate rigorosamente e in conformità del principio del diritto a un processo equo secondo la CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"; 40° 'considerando': "(...) Il livello di tutela non dovrebbe mai essere inferiore alle disposizioni della CEDU, come interpretate dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"; 41° 'considerando': "La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti dalla Carta. In particolare, la presente direttiva intende promuovere il diritto alla libertà, il diritto a un equo processo e i diritti della difesa e dovrebbe essere attuata di conseguenza"; 42° 'considerando': "Le disposizioni della presente direttiva, che corrispondono ai diritti garantiti dalla CEDU, dovrebbero essere interpretate e applicate in modo coerente rispetto a tali diritti, come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo".

⁴³ Ad essi si aggiunge il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine *ex art. 7* direttiva 2012/13.

⁴⁴ Mi si consenta di rinviare a A. IERMANO, *Garanzie minime*, cit., p. 83 ss. Vedi, inoltre, per una lettura formale dell'art. 6, F. RUGGIERI, *Guida minima alla lettura dei provvedimenti Ue a tutela dei*

Tanto premesso, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 6 sia applicabile nell'ambito di un procedimento particolare che conduce all'emissione di un decreto penale di condanna.

A tal riguardo, va rilevato che anche il diritto in esame, nelle sue diverse declinazioni, ha un vasto ambito applicativo, che si estende dal momento in cui la persona è posta a conoscenza dalle autorità competenti di uno Stato membro⁴⁵ di essere indagata o imputata per un reato, fino alla conclusione del procedimento, inclusi, se del caso, l'irrogazione della pena e l'esaurimento delle procedure d'impugnazione (art. 2). A tal uopo le informazioni sono fornite anche qui "tempestivamente" in via orale o per iscritto, in linguaggio semplice ed accessibile⁴⁶, nel corso del procedimento e, in ogni caso, "al più tardi anteriormente al primo interrogatorio degli indagati o imputati da parte della polizia o di un'altra autorità competente"⁴⁷. Queste sono rese "con tutti i dettagli necessari" (es. ora, luogo)⁴⁸, parimenti al fine di garan-

diritti dell'indagato. "Road map" ed esegesi multiculturali, in *Cassazione penale*, 2014, p. 2684 ss.

⁴⁵ In Italia, la direttiva 2012/13 è stata recepita con d.lgs. 1 luglio 2014, n. 101, Attuazione della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali. Cfr. P. BRONZO, *Nuove norme in tema di informazioni all'imputato*, in *Cassazione penale*, 2014, p. 2765 ss.

⁴⁶ In tema di informazioni v., anche, la direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in particolare il 4° 'considerando': "Ove la presente direttiva preveda che siano fornite informazioni alla persona protetta o alla persona che determina il pericolo, tali informazioni dovrebbero essere fornite, se opportuno, anche al tutore o al rappresentante della persona interessata. Si dovrebbe inoltre prestare la dovuta attenzione a che la persona protetta, la persona che determina il pericolo o il tutore o rappresentante nel procedimento riceva le informazioni previste dalla presente direttiva, in una lingua compresa da tale persona".

⁴⁷ 19° e 28° 'considerando'. Così, anche, art. 5, par. 2, CEDU: "Ogni persona che venga arrestata deve essere informata al più presto e in una lingua a lei comprensibile dei motivi dell'arresto e di ogni accusa elevata a suo carico"; così come art. 6, par. 3, lett. a), CEDU: "Ogni accusato ha diritto di essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile ed in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico". Sul diritto all'informazione nel sistema CEDU si richiama, *ex multis*, D. FANCIULLO, *Focus sulla giurisprudenza della Corte europea e della Corte interamericana. Il diritto all'equo processo*, in A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012, p. 164 ss. Vedi, altresì, l'art. 14, par. 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici: "Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie: a) ad essere informato sollecitamente e in modo circostanziato, in una lingua a lui comprensibile, della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta"; e l'art. 67 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale: "(...) l'imputato ha diritto (...) almeno alle seguenti garanzie minime, in piena uguaglianza: a) essere informato prontamente e dettagliatamente dei motivi e del contenuto delle accuse, in una lingua che l'imputato comprende e parla correttamente".

⁴⁸ Si segnala che nel caso di arrestati o detenuti, il diritto si estende fino a ricomprendere le informazioni sui motivi del provvedimento restrittivo della libertà, oltre che sulla fattispecie incriminatrice contestata. Man mano, poi, che si progredisce verso una decisione dell'autorità giudiziaria, vengono fornite informazioni sempre più dettagliate sull'accusa, sulla natura e sulla qualificazione giuridica del reato, nonché sul tipo di partecipazione allo stesso da parte dell'accusato. Ciò avviene, al più tardi, al momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria. Ne deriva un rapporto direttamente proporzionale, in funzione crescente, tra informazione e fase di avanzamento del procedimento penale: più si procede verso una valutazione finale di merito e più risulta puntuale il contenuto del corredo informativo.

tire l'equità del procedimento e l'esercizio effettivo dei diritti della difesa, specie tramite l'indicazione della natura e dei motivi dell'accusa⁴⁹.

Con riguardo al procedimento in questione, sommario e semplificato, si osserva che la notifica del decreto penale di condanna costituisce la prima occasione per l'imputato di essere informato in merito all'accusa formulata a suo carico, seppure in via provvisoria. Ciò consente all'interessato di proporre opposizione per beneficiare, dinanzi alla medesima autorità giudiziaria, del procedimento in contraddittorio ordinario e, dunque, per esercitare appieno il proprio diritto di difesa, prima che il giudice si pronunci nuovamente sulla fondatezza dell'accusa.

Di conseguenza – afferma la Corte – la notifica di un decreto penale di condanna deve essere considerata, conformemente all'art. 6, una forma di comunicazione dell'accusa a carico della persona interessata, soggetta ai requisiti ivi stabiliti.

Detto questo la Corte di giustizia, oltre all'Avvocato generale al punto 105 delle proprie conclusioni, osserva dunque che, per quanto la direttiva 2012/13 non disciplini le modalità di notifica al riguardo, tuttavia queste non possono recare pregiudizio all'obiettivo perseguito – specie dall'art. 6 – che è quello di consentire alle persone indagate o imputate di esercitare i diritti di difesa e garantire l'equità del procedimento⁵⁰.

Orbene, la normativa tedesca prevede che il decreto penale di condanna sia notificato al domiciliatario dell'imputato e che quest'ultimo disponga di un termine di due settimane per proporre opposizione avverso il decreto stesso, decorrente dalla notifica al domiciliatario.

Sul punto i giudici di Lussemburgo rilevano allora che, benché non sia la sede per pronunciarsi sull'adeguatezza di tale termine⁵¹, occorre che l'imputato disponga *in toto* del medesimo, sia al fine di predisporre la propria difesa che di evitare qualsiasi discriminazione rispetto agli imputati residenti in territorio tedesco. Pertanto – asserisce la Corte – solo se il termine di due settimane inizi a decorrere dal momento in cui l'imputato ha avuto effettivamente conoscenza del decreto penale di condanna tramite il suo domiciliatario, ai sensi dell'art. 6 della direttiva 2012/13, si garantisce che questi disponga dell'intero termine legale. Per contro, qualora il *dies a quo* coincida con la notifica del decreto al domiciliatario dell'imputato, quest'ultimo non potrà effettivamente esercitare appieno il proprio diritto di difesa.

Alla luce delle suesposte considerazioni la Corte dichiara, dunque, che gli articoli 2, 3, par. 1, lett. c), e 6, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2012/13 devono essere

⁴⁹ Il concetto di “accusa” di cui all'art. 6 coincide perfettamente con quello utilizzato nell'art. 6, par. 1, CEDU, così come precisato dal 14° ‘considerando’. Esso implica pregiudizialmente l'individuazione del carattere penale dell'infrazione imputabile al soggetto, la quale, nel sistema CEDU, ha una portata autonoma, derivante dall'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. *Ivi*, la nozione di “materia penale” rilevante trova, infatti, applicazione al di là dei reati formalmente intesi nel diritto interno, rispetto a tutte le fattispecie di fatto penali, in base alla concezione autonomista della giurisprudenza CEDU. La Corte di Strasburgo, pertanto, non è vincolata alle qualificazioni del diritto nazionale, ma è libera di andare oltre le apparenze e di valutare essa stessa se un determinato fatto sia suscettibile di essere perseguito penalmente.

⁵⁰ Vedi, anche, il 27° ‘considerando’.

⁵¹ Sul punto, M. GIALUZ, *Dalla Corte di Giustizia*, cit., p. 4, osserva che ciò che rileva è che le modalità prescelte non pregiudichino il diritto all'informazione sull'accusa e, più in particolare, il diritto di proporre ricorso.

interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale di uno Stato membro, la quale, nell'ambito di un procedimento penale, imponga all'imputato non residente di nominare un domiciliatario ai fini della notifica di un decreto penale di condanna emesso nei suoi confronti, purché tale persona benefici effettivamente dell'intero termine stabilito per proporre opposizione avverso il decreto stesso.

5. La sentenza in oggetto consente alla Corte di fornire le prime precisazioni sulle direttive 2010/64 e 2012/13, attraverso le quali l'Unione si proietta verso l'introduzione di una legislazione processuale penale "minima". Essa muove dalla tutela dei diritti di indagati ed imputati nei procedimenti penali che, come sottolinea il Programma di Stoccolma al punto 2.4., costituisce un valore fondante, essenziale per garantire la fiducia reciproca tra gli Stati membri e la fiducia dei cittadini nei riguardi dell'Unione. Valore, questo, che orienterà del resto anche il prossimo quinquennio 2015-2019, alla stregua delle linee guida post-Stoccolma, definite dal Consiglio europeo del 26 e 27 giugno 2014⁵².

La prima questione che muove dalla traduzione o meno di un atto di opposizione a decreto penale di condanna si sostanzia in termini generali nell'interrogativo se l'imputato, in qualsiasi procedimento penale, semplificato o ordinario, possa beneficiare dell'assistenza gratuita di un traduttore o di un interprete nell'ambito della proposizione di un ricorso.

Si tratta di un problema di estrema attualità anzitutto perché oggi, nei procedimenti penali che hanno luogo all'interno dell'Unione europea, la lingua assume un'indubbia rilevanza *sub specie* di "diritto all'interpretazione e alla traduzione", nel rispetto, altresì, dei principi fondamentali e dei canoni propri del *fair trial*. Non a caso, con un'attenzione dapprima rivolta ad indagati ed imputati e, poi, estesa alle vittime di reato⁵³, il legislatore europeo ha conferito dignità normativa all'assistenza linguistica, garantendo, in tal modo, un effettivo e consapevole esercizio dei diritti di difesa. Si pensi, pure, all'art. 7 della direttiva 2012/29 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato: ivi, il legislatore dell'Unione prevede a beneficio di costoro i medesimi diritti all'interpretazione⁵⁴ e alla traduzione riconosciuti ad indagati ed imputati, muovendo dai contenuti già previsti nella direttiva 2010/64, in termini, tuttavia, più sintetici⁵⁵. In

⁵² Conclusioni del Consiglio europeo del 27 giugno 2014, par. 11: "Il buon funzionamento di un autentico spazio europeo di giustizia nel rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri è vitale per l'UE. A tale riguardo dovrebbe essere ulteriormente rafforzata la fiducia reciproca negli ordinamenti giuridici rispettivi. (...) Occorrono ulteriori azioni per: (...) semplificare l'accesso alla giustizia (...); continuare ad adoperarsi per rafforzare i diritti degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali; (...)". Al riguardo, v. E. DE CAPITANI, *The New Guidelines for the Area of Freedom, Security and Justice: Some Critical Comments*, 18 giugno 2014, www.statewatch.org/news/; E. COTTU, *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici*, 22 luglio 2014, www.penalecontemporaneo.it.

⁵³ Risoluzione del Consiglio, del 10 giugno 2011, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali.

⁵⁴ L. KALB, *op. cit.*, p. 378. L'A. evidenzia che l'assistenza linguistica in tal caso è subordinata ad un'espressa richiesta dell'interessato, comunque preventivamente informato del suo diritto.

⁵⁵ Per ulteriori approfondimenti mi si permetta di rinviare a A. IERMANO, *Garanzie minime*, cit., p. 70 ss.

tal modo, in un'Europa multilingue⁵⁶, si cerca in concreto di ovviare al problema di accusati o vittime alloglotti, che non parlano e non comprendono la lingua del processo, facendo fronte ad un'emergenza reale, correlata altresì al crescente fenomeno dei flussi migratori.

Tra l'altro, come rilevato, l'assistenza linguistica si perfeziona e si completa con il diritto all'informazione di cui alla direttiva 2012/13, la quale da un lato rinvia espressamente alla direttiva 2010/64 nel 25° 'considerando': "Gli Stati membri dovrebbero garantire che, nel fornire informazioni a norma della presente direttiva, alle persone indagate o imputate siano fornite, se necessario, le traduzioni o l'interpretazione in una lingua a loro comprensibile, conformemente alle norme di cui alla direttiva 2010/64/UE"; e, dall'altro, va oltre, arricchendola e potenziandola, come si evince dall'art. 3, rubricato "Diritto all'informazione sui diritti": "Gli Stati membri assicurano che alle persone indagate o imputate siano tempestivamente fornite le informazioni concernenti almeno i seguenti diritti processuali, ai sensi del diritto nazionale, onde consentire l'esercizio effettivo di tali diritti: (...) d) il diritto all'interpretazione e alla traduzione (...)". Per un verso, dunque, interpretazione e traduzione sono funzionali alla comprensione delle informazioni dovute, per altro verso, invece, sono esse stesse oggetto di informazione.

Si pone, allora, il problema di individuare l'esatta portata di tali garanzie, come nel caso in esame, relativamente alla questione dell'obbligatorietà o meno della traduzione di un ricorso nella lingua del procedimento, con evidenti risvolti di rilievo pratico, specie in termini di imputabilità dei costi.

La Corte, come visto, ha fornito la sua risposta alla stregua di un'interpretazione sia formale che teleologica della direttiva 2010/64: da una parte ha ritenuto che il dato letterale dell'art. 3 non contempla i ricorsi, bensì i soli documenti fondamentali di provenienza delle autorità competenti; dall'altra, ha asserito che altrimenti parlando si eccederebbe la finalità della direttiva.

Come si osserva nelle conclusioni dell'Avvocato generale, l'atto introduttivo di un ricorso è certamente fondamentale per l'esercizio dei diritti della difesa⁵⁷, tuttavia non può esigersi la sua traduzione nella lingua del procedimento sulla base dell'art. 3 della direttiva 2010/64. L'indagato o l'imputato può, infatti, invocare il diritto alla traduzione di un documento fondamentale solo se non comprende la lingua in cui quest'ultimo è stato redatto; e "comprendere" un documento⁵⁸, capirne il significato sottintende la sua ricezione e non la sua emissione da parte della difesa. Il legislatore europeo ha così inteso prevedere la traduzione di tutti quegli atti funzionali a garantire l'esercizio dei diritti della difesa e non già di quelli attraverso i quali difendersi.

Del resto farsi carico anche della traduzione dei ricorsi comporterebbe un notevole aggravio dei costi per lo Stato *ex art.* 4 della direttiva 2010/64. Non a

⁵⁶ Il regolamento n. 1/1958, che stabilisce il regime linguistico della Comunità economica europea, assicura il plurilinguismo anche dopo l'allargamento e nel rispetto del principio di uguaglianza tra tutte le lingue.

⁵⁷ Sentenza *Covaci*, punto 57.

⁵⁸ Nell'ordinamento italiano il "diritto alla comprensione" dell'imputato alloglotta nell'ambito del procedimento penale è già riconosciuto nella nuova formulazione dell'art. 111 Cost. e prima ancora dalla Corte costituzionale nella sentenza interpretativa di rigetto del 12 gennaio 1993, n. 10, e in quanto tale assurde al rango di diritto soggettivo perfetto.

caso la Corte non accoglie in tale sede l'interpretazione estensiva dell'Avvocato generale che, al punto 78 delle sue conclusioni, con riferimento all'art. 2 della direttiva 2010/64, sostiene che è onere dell'autorità giudiziaria predisporre la traduzione del ricorso presentato dall'imputato alloglotta nella propria lingua, poiché il diritto all'interpretazione può anche assumere la forma di una traduzione scritta delle parole espresse dalla difesa in un documento, quale un atto introduttivo di un ricorso⁵⁹. La Corte circoscrive, infatti, l'ambito applicativo del diritto all'interprete ai soli casi in cui l'interessato proponga opposizione orale⁶⁰.

Ad ogni modo i giudici di Lussemburgo, nell'ottica di una tutela "minima", non escludono che le autorità giudiziarie possano disporre la traduzione, se l'atto introduttivo di un ricorso è ritenuto fondamentale, ancorché il ricorrente ne sia l'autore. Il che, però, sembra dissentire dal 22° 'considerando' della direttiva 2010/64 che sancisce l'interpretazione e la traduzione nella lingua madre di indagati o imputati o in qualsiasi altro idioma che questi parlano o comprendono, e non già, dunque, nella lingua del procedimento.

Di certo il problema nasce specie se anche il legale dell'imputato non parla e non comprende perfettamente la lingua del procedimento. Si tratta di un ostacolo a cui, ad esempio, la direttiva 2013/48⁶¹ sembra ovviare in tema di mandato di arresto europeo, disponendo il diritto della persona ricercata di avvalersi sia di un difensore nello Stato membro di esecuzione che di un legale nel Paese di emissione⁶².

Tanto esposto, dall'esame della prima questione pregiudiziale risulta, dunque, che la normativa nazionale che impone il rispetto della propria lingua ai fini dell'impugnazione non è contraria alla direttiva 2010/64.

Al riguardo è interessante notare come anche la Corte di cassazione italiana, chiamata di recente a pronunciarsi sul punto, abbia dichiarato inammissibile l'impugnazione redatta in lingua straniera, proposta da soggetto legittimato che non conosce l'italiano⁶³, atteso che questi avrebbe potuto e dovuto richiedere, ai sensi del

⁵⁹ Art. 2, par. 2, direttiva 2010/64.

⁶⁰ Sentenza *Covaci*, punto 42.

⁶¹ 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 della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. Al riguardo v. F. A. BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, 29 novembre 2013, www.penalecontemporaneo.it.

⁶² Art. 10 direttiva 2013/48. Vedi, anche, 42° e 46° 'considerando': "Senza indebito ritardo dopo essere stata informata che una persona ricercata desidera nominare un difensore nello Stato membro di emissione, l'autorità competente di tale Stato membro dovrebbe fornire informazioni alla persona ricercata per agevolarla nella nomina di un difensore in detto Stato membro. Tali informazioni potrebbero, ad esempio, comprendere l'elenco aggiornato dei difensori oppure il nome di un difensore di turno nello Stato di emissione in grado di fornire informazioni e consulenza in casi connessi al mandato d'arresto europeo. Gli Stati membri potrebbero chiedere che detto elenco sia stilato dall'ordine degli avvocati competente".

⁶³ Art. 109, co. 1, c.p.p.: "Gli atti del procedimento penale sono compiuti in lingua italiana". Come precisa Cassazione penale, sez. VI, sentenza del 1° aprile 2015, n. 25287, tale previsione ha lo scopo di garantire il controllo diffuso ed estrinseco da parte dell'opinione pubblica, connaturale all'ordinamento

novellato art. 143, co. 1, c.p.p. l'assistenza gratuita di un interprete per la redazione dell'atto di impugnazione⁶⁴.

Passando al secondo quesito, la Corte asserisce invece che intanto è rispettato il diritto all'informazione sull'accusa, allorquando l'interessato possa beneficiare dell'intero termine legale per proporre opposizione, nell'ipotesi di avvenuta notifica del decreto di condanna presso un domiciliatario. Aggiunge infatti che, diversamente ragionando, tale meccanismo di notifica pregiudicherebbe i diritti della difesa che, in base all'art. 48, par. 2⁶⁵, della Carta dei diritti fondamentali, devono essere garantiti ad ogni imputato.

Ad avviso della Corte, solo se il termine inizia a decorrere dal momento in cui l'imputato ha effettivamente conoscenza del decreto penale di condanna e, dunque, dell'accusa, risulta (in tal modo) garantito il diritto all'informazione⁶⁶. Tale precisazione appare tuttavia discordante rispetto alla previsione di cui all'art. 410 del codice di procedura penale tedesco (*Strafprozessordnung*), a norma del quale il termine per proporre opposizione decorre dalla notifica al domiciliatario⁶⁷. Come, infatti, precisa⁶⁸ il Governo tedesco all'udienza del 19 marzo 2015 esiste, comunque, per l'imputato la possibilità di una rimessione in termini durante l'esecuzione, qualora non abbia potuto opporsi tempestivamente⁶⁹. La soluzione prospettata dalla Corte sembra, invece, rendere incerto l'inizio della decorrenza del termine per agire in giudizio, con evidenti ricadute anche in termini di ragionevole durata dell'*iter* giudiziario, determinando tra l'altro – nel caso di specie – l'impossibilità per il decreto penale di diventare definitivo. Il che finisce, tra l'altro, per ostare al reciproco riconoscimento di simili decisioni giudiziarie, vanificando l'effetto utile della direttiva.

democratico che postula la celebrazione del processo nella lingua usata dalla collettività del luogo di svolgimento.

⁶⁴ Cassazione penale, sentenza 25287/2015, la quale asserisce che anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 32/2014, con cui è stata data attuazione alla direttiva 2010/64, il ricorso redatto in lingua straniera (segnatamente in spagnolo nella parte deputata all'esposizione dei motivi) si appalesa non riconoscibile come atto d'impugnazione (fattispecie relativa a ricorso avverso il rigetto di un'istanza di declaratoria di inefficacia della misura cautelare, presentato da persona richiesta in consegna in forza di un mandato d'arresto europeo). Così, già Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza del 26 giugno 2008, n. 36541, ove si afferma che l'impugnazione redatta in lingua straniera, interamente o in uno dei suoi indefettibili elementi costitutivi indicati dall'art. 581 c.p.p., proposta da soggetto legittimato (nella specie, estradando) che non conosca la lingua italiana, è inammissibile atteso che questi, esercitando una facoltà personale e discrezionale, può valersi dell'assistenza di un proprio interprete di fiducia, a spese dello Stato in caso di indigenza. Orientamento contrario è espresso in una decisione della Cassazione, sez. II, sentenza del 15 dicembre 1972/5 aprile 1973.

⁶⁵ Sull'art. 48 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v. D. FANCIULLO, *Il principio della presunzione di innocenza ed il rispetto dei diritti della difesa ex art. 48 della Carta dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, p. 211 ss.

⁶⁶ Sentenza *Covaci*, punto 66.

⁶⁷ Nell'ordinamento italiano v., invece, l'art. 169 c.p.p.

⁶⁸ Conclusioni *Covaci*, punti 109-110.

⁶⁹ Art. 44 del codice di procedura penale tedesco.

In fondo l'imputato, avendo nominato un domiciliatario, è già consapevole dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico; pertanto, è anche suo onere informarsi dell'*iter* in corso.

Senza poi considerare che, in genere, l'effetto di conoscenza cui è preordinata la notificazione si realizza già con la consegna della copia e, dunque, con la ricezione in sé dell'atto (presunzione legale di conoscenza) e non già tramite la cognizione effettiva del contenuto da parte del destinatario.

Al termine di tale disamina emerge, dunque, come la Corte di giustizia, sollecitata dalle autorità giudiziarie nazionali, contribuisca a conformare gli standard "minimi" procedurali europei, nel rispetto delle specificità proprie di ogni ordinamento, con la finalità ultima di garantire un "equo processo europeo" in qualsivoglia Stato membro.

Abstract

Clarification from the Luxembourg Court Regarding the Translation and Interpretation of Appeals and the Right to Information through Notification: The *Covaci* Case

In the first case concerning EU Directives on procedural safeguards in criminal proceedings, the Court hereby rules that Articles 1 to 3 of Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation must be interpreted as not precluding national legislation which, in criminal proceedings, does not permit the individual against whom a penalty order has been made to lodge an objection in writing against that order in a language other than that of the proceedings, even though that individual does not have a command of this language, provided that the competent authorities do not consider, in accordance with Article 3(3) of this Directive, that such an objection constitutes an essential document. Furthermore the Court interprets Articles 2, 3(1)(c) and 6(1) and (3) of Directive 2012/13/EU on the right to information, as not precluding legislation of a Member State, which, in criminal proceedings, makes it mandatory for an accused person not residing in that State to appoint a person authorised to accept service of a penalty order concerning him, provided that that accused person does in fact have the benefit of the whole of the prescribed period for lodging an objection against that order.



Recensioni

Biagio De Giovanni

Elogio della sovranità politica

Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. XIV-334



Qualunque sia la posizione che ciascuno di noi può assumere, o ha assunto nel corso degli anni su questa grande questione ancora aperta al cospetto di chi studia, di chi esercita l'impegno civile o di chi semplicemente osserva di giorno in giorno le vicende della storia politica e civile del proprio paese e non solo, una cosa è certa: questo recente lavoro di Biagio De Giovanni è uno strumento prezioso, ampio, provocatorio e straordinariamente vivo. E dico straordinariamente vivo perché si tratta di uno di quegli strumenti del pensiero, e ce ne sono rimasti veramente pochi tra le opere che prendono forma in questi giorni problematici e disperatamente bisognosi di intelligenza, che potrebbero riempire un intero corso universitario di lezioni senza consentirci di "prender fiato", senza mai spingere chi insegna a "parlare d'altro" come pure qualche volta si fa, insegnando, quando l'argomento non sembra, ai nostri giovani, sufficientemente vitale.

Al centro del lavoro c'è un tema "sensibile", potremmo dire, oggi per la maggior parte di noi, cioè di noi europei, occidentali, moderni e quotidianamente avvertiti, spesso scossi con violenza da immagini, notizie, circostanze che trascinano nel nostro campo visivo una questione: qual è il luogo, lo spazio, il tempo in cui, in costanza di validità della legge, il corso storico quotidiano degli eventi prende una direzione e non un'altra, il destino di popoli, nazioni, intere aree geopolitiche, viene influenzato e piegato in una direzione che a distanza di anni, risulterà decisiva anche per le nostre vicende personali?

"Elogio della sovranità" traccia un percorso che porta in piena luce "la sovranità che fonda lo Stato, ne produce l'identità e contribuisce così a fondare l'esistenza di tutto ciò che vi sta dentro e intorno" (p. 3). Perché comunque il pensiero dell'autore vede questo luogo, e lo percepisce in un nesso problematico ma denso di conseguenze con la effettività della legge, e tuttavia non necessariamente indistinto dalla legge. La sovranità è "formata" dalla legge e contestualmente la sovranità "forma" la legge in una relazione di unità e distinzione che richiama subito un nodo cruciale del pensiero di Hegel: "La sovranità moderna, per Hegel, è mediazione" (p. 2). Ed è così che si pone il problema moderno della sovranità proprio a partire dal tramonto storico del sovrano-persona, cioè a partire dalla fine delle grandi monarchie europee, della sovranità dinastica, a partire dalla fine della sacralità del "corpo del re" (Kantorowicz). Ma è proprio la fine storica delle monarchie a conferire un carattere più esteso e universale alla sovranità ed anche un profilo tragico, mi sembra di capire, allo spazio improvvisamente esteso della sovranità: muore il corpo fisico del re ma il suo "corpo politico" si allarga e si diffonde in una continua difficoltà

a costituirsi stabilmente: “E questa nuova sovranità che regge il mondo, affronta il ‘mattatoio della storia’ per cercare di costruire un ordine accettabile” (p. 2-3).

A questa premessa, che è il programma della ricerca ma anche la tesi dell’autore abbiamo dedicato molto spazio perché essa è il filo intorno al quale si dipana la enorme e aggrovigliata matassa del dibattito moderno sul tema che è stato individuato. Kelsen anzitutto “secondo il quale il primato della norma doveva distruggere la dimora della sovranità” (p.6). L’autore si misura a fondo con la grande aporia del normativismo. A ragione, a mio avviso segnala la precarietà della tesi secondo la quale “La sovranità è assorbita dalla costituzione...” perché questo è plausibile solo a costituzione vigente e non dà mai ragione del percorso che conduce a istituire la costituzione, o, come scrive l’autore, del “potere costituente” che, mi pare, si forma proprio nel “mattatoio della storia” ed è il risultato effettuale della grandezza “dei rapporti di forza e delle forze in campo (Gramsci), cioè della guerra, della lotta politica, o delle rivoluzioni moderne (la rivoluzione americana, la rivoluzione francese e tanto altro...) eventi decisivi anche per la definizione dei caratteri delle costituzioni e delle leggi.

Schmitt rappresenta, in questa discussione, il paradigma del rovesciamento simmetrico. Il famoso aforisma “Sovrano è chi decide dello stato di eccezione”, proposizione ermeneutica, secondo Schmitt, cioè destinata a dimostrare la tesi della non assorbibilità della sovranità rispetto alla legge. Schmitt è il teorico del primato assoluto della politica da cui comunque e sempre la legge dipende perché può essere sospesa o, se si vuole può essere modificata.

Sia Kelsen che Schmitt sono, scrive l’autore, teorici della estraneità tra sovranità e diritto: “Norma senza sovranità Kelsen: sovranità senza norma Schmitt” (p. 26). La tesi dell’autore è invece l’assoluto opposto del “paradigma comune” ai due grandi classici del costituzionalismo contemporaneo; sovranità e diritto sono tutt’uno nella esistenza dello Stato moderno e quindi “Sovrano è una persona, sovranità è un concetto pratico, un principio vitale creativo di potenza energetica che copre uno spazio oltre la persona; sovranità è una capacità di decisione carica di ordine, o un ordine carico di capacità di decisione; è l’elemento che si staglia fa conflitto e mediazione” (p. 49). Molto spesso, nel corso del ragionamento che segue con ampiezza insolita i grandi autori e i grandi problemi del pensiero politico europeo, De Giovanni insiste con nettezza su questo concetto; la sovranità non è decisione politica, non è soltanto decisione politica, così come insiste la sovranità non è il diritto. A questa duplice esclusione è dedicata una buona parte del lavoro. La confutazione della “biopolitica” e di tutte le dottrine della decostruzione dello stato moderno che si vorrebbero capaci di impersonare un orientamento “democratico”, sono centrate sulla tesi della identificazione tra sovranità e arbitrio che non è vera in radice, secondo l’autore. La sovranità moderna nasce per far guerra all’arbitrio, toglie la guerra tra i diritti contrapposti tra loro, toglie la guerra tra le religioni, come ad esempio dimostra Hobbes nella sua dottrina del Leviatano: “la potenza della sovranità moderna nasceva da questa sua capacità di concentrazione e di costruzione del terreno della vita comune volta alla pace e a tutte le connessioni vitali che la sicurezza offre” (p. 65).

E tuttavia ancora molti passaggi appaiono necessari per giungere al compimento di quella fuoriuscita dall’orizzonte della teologia politica che sola poteva costituire il profilo di una sovranità immersa totalmente nell’umano e quindi non autorizzata

all'arbitrio e radicalmente piegata all'orine delle cose umane e dei problemi che questo ordine propone. È Rousseau che trascina in campo la "volonté generale" e la "volonté de tous" nominando il compito della mediazione politica nello spazio integralmente umano e storico entro il quale si propone: "La sovranità è di tutti, il popolo appare nella sua interezza, non più il demos parziale dei liberi dell'antica polis. È la sovranità democratica che compare" (p. 76). La comparsa del "popolo-Stato", la nuova dimensione della sovranità moderna attraversa la storia europea fino ad Hegel accompagnata da eventi (primo fra tutti la Rivoluzione francese) che mostrano insieme la forza della nuova forma "in fieri" della sovranità ma anche e soprattutto la estrema fragilità della identità tra sovranità e mediazione. Il popolo si è fatto "società civile", si è scomposto in potenze corporative contrapposte, non si lascia mediare facilmente: "Hegel avverte che bisogna alzare il livello simbolico della mediazione" (p. 84). Ma riuscirà quest'impresa? Riuscirà il disegno dei "Lineamenti di filosofia del diritto" di produrre "una democrazia organizzata, ordinata". Quale esito porterà il continuo affrontarsi della potenza della mediazione con la "potenza del negativo" e cioè con quella forza che porta a dissoluzione l'ordine politico o a decostruzione la società e lo Stato? Ma l'interrogativo è solo di chi scrive. L'idea di storicità in Hegel non è lineare, come giustamente sottolinea l'autore. La sovranità può degenerare in "volontà di potenza" e non solo come avviene nel fuoco delle guerre del XX secolo, ma poi anche, io credo, tutte le volte, e sono state tante, in cui una parte della società si è identificata col tutto. E a poco conduce il tentativo "irenico" di Kant di costruire un modello politico fondato sulla sola laicità dello Stato (la separazione tra vita privata e vita pubblica) mai sufficientemente valorizzato in un tempo come il nostro tanto barbaramente attraversato da guerre connotate dalle religioni. Conduce a poco perché esprime una società di proprietari alfabetizzati e colti che lascia fuori tutti gli altri e ad essi si contrappone. Una parte per il tutto: una parte che non media ma esclude.

Ad un ciclo storico più recente va ascritto il lavoro di Marx e il tentativo, secondo l'autore, di intervenire sui caratteri dell'universalità della forma dello Stato, del Diritto, della Scienza moderna per "svelarne" la parzialità e far emergere la "sostanza" che "semplicemente si oppone alla forma" (p. 130). Qui, ma l'autore lo sa, io ho qualche differente posizione. Ancorchè anch'io sia convinta della debolezza della critica marxiana dell'astrazione e della dialettica di Hegel io non credo che Marx possa essere tutto chiuso nella "dissoluzione della forma" che "realizza il messianismo" (p. 130). Forse la critica "dell'arbitrio e la teologicizzazione ambedue afferenti alla morfologia della sovranità" (p. 133) poteva avere qualche appiglio nel modello della sovranità europea a metà dell'ottocento che non sembra a me presentarsi secondo il profilo né della mediazione né dello stretto intreccio tra la sovranità e il diritto. Senza la possibilità di entrare nel merito dei passaggi, se pur lucidissimi che De Giovanni dedica in queste pagine all'analisi di Marx, si deve segnalare che in questo classico l'autore vede l'anello iniziale di un ciclo di pensiero europeo che si dedica intensamente alla decostruzione dell'idea stessa dello Stato moderno cui ascrive l'opera di Foucault e quella di Nietzsche. Contro questa corrente della filosofia politica europea, quantomai fortunata e dilagante nella cultura filosofica contemporanea ed anche nella filosofia spontanea dei "semplici" osservatori delle cose del mondo, De Giovanni si impegna ed esplicitamente dichiara il senso del suo

lavoro di ricerca: “Ergersi, insomma, sulle rovine della mediazione. Forse il senso del mio lavoro è questo” (p.140). Anche se poi la proposizione “La sovranità è anzitutto un ordinamento e un disciplinamento che accompagna la costituzione della ragione moderna” (p.154), proprio al cospetto di quel dilagare di culture politiche nihiliste e biopolitiche appare a me più che un dato di fatto il programma politico di un soggetto politico che non c’è.

E comunque, come non condividere la critica del paradigma complessivo di Foucault il cui esito è che “la sovranità non è fonte di ordinamento, ma solo il mondo della forza che si è occultato nel formalismo” (p. 153) o della centralità del “sentimento attivo del corpo” nel pensiero di Nietzsche come luogo da cui scaturisce la “volontà di potenza”?

La Parte Seconda della ricerca è dedicata al costituzionalismo italiano ed europeo. Appare subito come un ricchissimo compendio di temi e di autori: alcuni differenti da quelli compresi nella Parte prima, altri ricorrenti. Tornano Kant, Schmitt, Kelsen. Impossibile rendere conto di tutta la ricchezza dei riferimenti e delle argomentazioni lucidissime, problematiche, spesso apertamente provocatorie. Mi limiterò per ragioni di spazio di segnalare al lettore il Capitolo Secondo di questa Parte in cui l’autore si misura con il concetto di “potere costituente” cominciando proprio dall’analisi della Costituzione Italiana e la cui densità filosofica ricorda davvero quella “fatica del concetto” alla quale il De Giovanni maestro ha sospinto molti della mia generazione.

Il lavoro si chiude con uno sguardo intensamente problematico rivolto al futuro. Dopo aver proposto in un densissimo Capitolo IV della Parte Seconda le questioni del globalismo, dell’Europa e della dimensione sovranazionale che si riflette sensibilmente sul tema della sovranità, De Giovanni conclude: “Perché, allora, nella consapevolezza di questo disordine, di questo complicarsi delle intersezioni, tornare sulla sovranità? Il fatto vero è che resta un decisivo punto sospeso, che mi ha spinto alla scelta e che ho richiamato dappertutto: dentro il tema della sovranità si cela e insieme si espone il tema della democrazia” (p. 326). Un richiamo, dunque, a se stesso e ad altri, alla responsabilità di continuare a pensare.

Franca Papa

Ennio Triggiani

Spunti e riflessioni sull'Europa

Bari, Cacucci, 2015, pp. XI-265



Il titolo dell'opera illustra in modo adeguato il contenuto dell'ultimo libro di Ennio Triggiani, pubblicato nel 2015 da Cacucci. Come sottolineato dall'A. nella premessa, infatti, l'obiettivo non è quello di proporre un nuovo manuale di diritto materiale europeo quanto piuttosto di fare il punto sull'attuale stato dell'Unione, sotto il profilo sia istituzionale che delle politiche attuate, corredando l'esame di quelle considerazioni e spunti critici che durante tutta la sua vita di studioso Triggiani ha dedicato al fenomeno dello sviluppo della Comunità europea. Termine questo, Comunità, che meglio di Unione definisce il fenomeno della progressiva integrazione tra i Paesi membri, perché più aderente all'esperienza storica.

È sul tentativo, da parte dell'Unione europea, di porsi come sintesi e precario punto di equilibrio tra una risposta alle esigenze della globalizzazione (e conseguente crisi dello Stato nazionale) e vigenza del principio di attribuzione, che si sviluppa l'analisi contenuta nel primo capitolo. Questa evidenza come, nel sistema emerso dalla riforma, profili sovranazionali coesistano con caratteristiche ancora intergovernative, che se hanno subito un ridimensionamento ad esempio nei processi decisionali, trovano però nuovi supporti nell'espressa inserzione di un diritto di recesso e nella possibilità che le procedure di revisione riducano le competenze dell'Unione, prospettando quindi la reversibilità, almeno parziale, di un processo prima orientato in senso unidirezionale. La riflessione sugli aspetti sovranazionali verte sui diritti dell'uomo e la cittadinanza europea; un ampio spazio, in questo contesto, viene dato altresì alla centralità dei valori dell'Unione, considerati elemento qualificante e imprescindibile dell'integrazione, ma l'A. non si esime dal sottolineare i limiti del rispetto del metodo democratico negli strumenti adottati per fronteggiare le recenti crisi economiche. Peraltro, proprio la capacità di trovare modi adeguati per superare tali crisi costituirebbe per l'Unione il presupposto non solo di una futura evoluzione ma anche del superamento di quel fenomeno di "riappropriazione" del consenso da parte dello Stato nazione di cui si avvertono segni significativi.

Il secondo capitolo, relativo alle modifiche apportate dai Trattati di Lisbona, sviluppa considerazioni, già oggetto di studi precedenti, sui caratteri dell'attuale processo di integrazione, ponendo in luce i progressi compiuti ma sottolineando quegli aspetti che testimoniano la natura ancora in larga parte internazionalistica dell'Unione. La critica, politica in senso ampio, concerne soprattutto l'incapacità di sviluppare una evoluzione in senso federalistico; tale esito, oltre che dalle resistenze dei governi dei Paesi membri, deriva anche dal mancato coinvolgimento in questo processo dei cittadini, che si sentono ancora legati e rappresentati dagli Stati più

che dall'Unione. L'esame delle modifiche apportate alle istituzioni, agli atti, alle politiche materiali, è finalizzato inoltre a dimostrare come i risultati, pur cospicui sul piano di una maggiore efficienza dell'Unione, non siano ancora soddisfacenti sotto il profilo di una sua completa legittimazione democratica. Del resto, l'Unione europea non sembra in grado di perseguire in maniera coerente tutti i valori affermati come fondamentali: oltre quindi al deficit democratico già richiamato, l'A. rimarca il mancato rispetto del principio di solidarietà, nell'ambito sia della politica economica che di quella migratoria, limite che incide negativamente sulla costruzione di quel modello sociale che, come affermato nel volume, "dovrebbe costituire un fondamentale aspetto identitario dell'Unione".

La seconda parte del volume concerne le politiche materiali dell'Unione, analizzate con la chiarezza e la lucidità derivanti da una profonda conoscenza dell'argomento. Il testo ha una duplice valenza; da un lato, offre una esposizione sintetica ma completa delle principali politiche, che può essere adottata come testo per gli studenti, dall'altro, proprio per la fluidità e la gradevolezza della scrittura, si presta a soddisfare l'interesse di quanti intendano avere un'idea non solo del come funziona l'Unione, ma soprattutto di cosa fa. L'analisi compiuta nei primi due capitoli appare quindi funzionale a questa, più ampia, trattazione sui risultati conseguiti fruendo delle competenze attribuite.

È soprattutto nel capitolo dedicato al mercato interno che emerge il diverso approccio di questo volume rispetto a un manuale tipico di diritto materiale dell'Unione, in quanto l'A. non mira ad analizzare la disciplina delle varie libertà e a ricostruire in modo puntuale il processo, normativo e giurisprudenziale, attraverso il quale sono stati realizzati gli obiettivi indicati dai Trattati, ma piuttosto a rendere conto brevemente dello stato attuale del mercato intero e delle sue implicazioni, per soffermarsi piuttosto a riflettere su tematiche particolari, che appaiono rilevanti o per una perdurante criticità o per le novità introdotte di recente, e sul loro impatto, anche economico e politico, sulla normativa interna, specie italiana: si veda ad esempio la disamina della disciplina degli appalti. Le stesse considerazioni, ci pare, possono valere anche per il successivo esame dell'Unione politica e monetaria, in cui l'evoluzione della politica monetaria e il suo assetto istituzionale costituiscono il presupposto per un esame critico dei rapporti tra Unione economica e monetaria e dei futuri, incerti sviluppi, dell'Unione bancaria e finanziaria.

Se un appunto può essere fatto alla struttura del volume, questo concerne lo sviluppo, cospicuo relativamente agli altri, del capitolo dedicato alla concorrenza, che è prova dell'interesse coltivato dall'A. per questo tema e in particolare per la disciplina degli aiuti pubblici. L'approfondimento dell'esame condotto in merito, anche con riferimento alla normativa italiana, caratterizza questa parte del libro, dandole un taglio quasi monografico: paradossalmente, l'ampiezza e sistematicità dell'analisi di questo argomento, che ne fa un utilissimo strumento di studio, meno risponde alla finalità prospettata dall'A. di offrire in quest'opera soprattutto spunti e riflessioni riguardo alle principali materie rientranti nella sfera di competenza dell'Unione europea.

L'ultima parte dell'opera analizza tre politiche di particolare rilievo, due delle quali hanno a loro volta già costituito oggetto dell'interesse scientifico di Triggiani, cioè la politica sociale e la tutela dei diritti culturali. Si riscontra anche in questi

capitoli una grande chiarezza espositiva e capacità di sintesi; inoltre, se la politica ambientale già costituisce argomento frequente della manualistica, minore spazio, nonostante il loro rilievo sotto diversi profili, non solo giuridici, trovano di solito i diritti sociali, per cui l'esame della loro disciplina nell'ambito dell'Unione conferisce al volume un interesse peculiare. L'analisi offre all'A. la possibilità di allargare la riflessione al ruolo svolto in materia sociale dalla giurisprudenza non solo dell'Unione ma anche del Consiglio d'Europa, all'interpretazione e al valore della Carta di Strasburgo, e, da ultimo, al recupero di quel principio solidaristico che trova difficoltà ad affermarsi nella prassi.

Infine, un'apertura verso tematiche anche di diritto internazionale si riscontra nell'ultimo capitolo sulla tutela dei beni culturali. La trattazione si allarga dal piano dell'Unione all'UNESCO, al Consiglio d'Europa, alla Convenzione dell'Aja sulla protezione dei beni culturale durante i conflitti armati, alla Convenzione di Faro; pur senza ambizioni di completezza, riesce a rendere conto della poliedricità di aspetti e problematiche relative a questo argomento e alla rilevanza dei beni culturali, sia materiali che non, quale condizione per lo sviluppo identitario dei popoli, anche europei.

Proprio nella capacità di cogliere gli aspetti più stimolanti dei vari argomenti e di sollecitare ulteriori riflessioni risiede uno dei maggiori meriti del libro, fruibile quindi anche da una sfera di lettori che non coincide con quella dei cultori "professionali" del diritto dell'Unione europea, ma si allarga a quella dei suoi cittadini più consapevoli e maturi.

Claudia Morviducci

Michele Vellano

La cooperazione regionale nell'Unione europea

Torino, Giappichelli, 2014, pp. 1-279



Il volume di Michele Vellano propone un'interessante rilettura critica dei maturati assetti della "cooperazione regionale" europea, attraverso una ricostruzione unitaria della varietà di esperienze transfrontaliere condivise tra enti territoriali e delle spinte verso assetti strutturati di disciplina come da ultimo formalizzati nel quadro del diritto dell'Unione europea.

Le relazioni transfrontaliere tra enti territoriali infrastatali, come pure i rapporti di vicinato tra Stati limitrofi, hanno suscitato molto presto, com'è noto, questioni giuridiche di un certo interesse nel panorama della dottrina internazionalistica, tenuto conto dell'opportunità, offerta dai diversi modelli di collaborazione tra autorità locali, di risolvere efficacemente e in modi nuovi problemi rimasti irrisolti nel quadro consueto della cooperazione intergovernativa.

Nel tempo della crisi, della "fine dei territori" e dei rinnovati slanci o entusiasmi verso teorizzazioni del diritto (e dell'"autorità") transnazionale, la *frontiera*, categoria fondativa del discorso giuridico internazionale, sembra riproporsi, pure con riferimento alla prospettiva proposta dall'A., come il *luogo* proprio della *rivincita dei territori*, di ibridazioni giuridiche e sfide identitarie, della relativa emancipazione dagli Stati, della produzione di originali sistemi di potere e responsabilità e di regimi regolativi autonomi a geometria variabile.

Le frontiere, e così le zone frontaliere, interne ed esterne all'Unione europea, sono dunque oggetto di particolare interesse nel volume qui recensito, come spazi e occasioni di dialogo e collaborazione tra territori e soggetti giuridici infrastatali, ovvero di una *cooperazione transfrontaliera* che ha dato vita ad assetti organizzativi, strumenti e meccanismi procedurali che realizzano costanti interazioni tra fonti internazionali, ordinamenti nazionali e diritto europeo.

Non a caso, la ricerca e l'elaborazione di strumenti giuridici adeguati alla realizzazione di tali assetti, anche nella forma di politiche per la cooperazione territoriale, di prossimità e di sviluppo regionale, rappresentano una costante nei diversi contesti e ordinamenti, ed hanno assunto una rinnovata centralità nel panorama europeo: tanto ha prodotto una sorta di concorrenza tra modelli di collaborazione transfrontaliera di comunità o autorità territoriali, oggi riferibili ai sistemi, giuridicamente distinti e solo in parte fungibili, elaborati rispettivamente nel quadro intergovernativo del Consiglio d'Europa e in quello sovranazionale dell'Unione europea.

La ricostruzione proposta segnala due fondamentali profili della cooperazione regionale europea, per ricavarne, appunto, una visione unitaria utile a sviluppi

normativi e interpretativi venturi, oltre che alla maturazione del dibattito politico e scientifico in materia.

Il primo profilo di interesse è quello della sistematizzazione dei regimi regolativi della cooperazione transfrontaliera, specie con riferimento agli esiti più interessanti ricavati dall'evoluzione delle politiche europee di coesione, di aiuti a finalità regionale, di preadesione e di vicinato, ed in particolare alla parabola dei programmi di iniziativa comunitaria di interesse regionale (Interreg) sino alla disciplina del Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT).

Tale tipo di cooperazione è tuttavia parte di una problematica più vasta che chiama in causa il secondo profilo di interesse qui segnalato: quello cioè del riconoscimento di una sempre maggiore autonomia degli enti territoriali infrastatali quali soggetti e attori principali di una vita di relazione internazionale parzialmente emancipata da quella dei rispettivi Stati di appartenenza. Si tratta, come diremo e come opportunamente ricordato dall'A., di un riconoscimento di poteri e funzioni ancora in parte incompiuto, in relazione per esempio a questioni nodali come quelle delle garanzie e della soggettività processuale degli enti regionali nell'ordinamento europeo (solo in parte capaci di tutelare le rispettive prerogative in sede di controllo giurisdizionale) che rappresentano momenti irrisolti di un dibattito più ampio sul rinnovato protagonismo regolativo delle autonomie territoriali nel panorama del diritto pubblico europeo.

La tematica della cooperazione regionale è qui riproposta, come dicevamo, alla luce della relativa evoluzione a partire da assetti spontanei e informali di aggregazione tra enti territoriali, nell'ambito dei relativi poteri di "azione esterna" previsti dai rispettivi ordinamenti (si pensi a forme di associazione tra diversi enti territoriali frontalieri), attraverso forme via via procedimentalizzate o strutturate di cooperazione intese a sciogliere, nel contesto del Consiglio d'Europa, questioni transfrontaliere (connesse di volta in volta all'economia e allo sviluppo, alla cultura e al benessere dei cittadini e delle comunità locali), fino alle esperienze più recenti di cooperazione territoriale maturate sotto la copertura del diritto dell'Unione europea, con particolare riferimento alla sua politica di coesione economica, sociale e territoriale.

L'analisi di tali processi e delle dimensioni molteplici della cooperazione regionale europea propone, nei diversi momenti e sviluppi, un'utile rassegna di pratiche maturate prevalentemente intorno all'esperienza italiana degli enti territoriali frontalieri (è il caso delle zone dell'arco alpino), insieme alla messa a tema delle norme, dei principi e delle prassi statali e regionali rilevanti alla luce dei vincoli derivanti dall'adempimento di obblighi internazionali e dalla partecipazione all'Unione europea.

Come appare evidente almeno a partire dalla Convenzione di Madrid del Consiglio d'Europa (sulla "cooperazione transfrontaliera delle collettività e autorità territoriali", sottoscritta il 21 maggio 1980) – e dei tre successivi protocolli opzionali, dedicati rispettivamente alla previsione di un organismo per la cooperazione transfrontaliera (1995), alla cooperazione interterritoriale (ovvero tra enti territoriali non frontalieri, 1998) e ai Gruppi euroregionali di cooperazione (GEC, 2009) –, un dato caratterizzante il fenomeno in discorso è dunque quello della pluralità e concorrenza delle fonti regolative disponibili, quali alternative possibili di riferimento

per la formalizzazione di modelli di collaborazione tra autorità locali e organismi omologhi appartenenti a Stati diversi, ivi comprese fonti normative interne degli Stati coinvolti e fonti dell'UE.

Il sistema convenzionale appena richiamato, espressione dei tradizionali strumenti di cooperazione intergovernativa per mezzo di trattati multilaterali e bilaterali, ha introdotto nel panorama regionale europeo una sorta di modello minimamente istituzionalizzato volto ad incoraggiare esperienze di cooperazione transfrontaliera di enti territoriali, integrate da norme di esecuzione interne e coerenti con le legislazioni statali in materia. L'osservazione dell'esperienza italiana relativa agli accordi di "copertura" stipulati, in applicazione della Convenzione quadro di Madrid, con i Paesi limitrofi dell'arco alpino (uno dei quali, la Svizzera, resta estraneo alla *membership* dell'UE) ha destato peraltro condivisibili perplessità alla luce del contenuto e della scarsa incisività di tali modelli onde delimitare e facilitare la cooperazione transfrontaliera. E ciò anche in funzione di obiettivi come quelli della promozione e della salvaguardia di valori e "beni comuni" transfrontalieri, come la democrazia partecipativa a livello locale (Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, 1992), i paesaggi transfrontalieri (Convenzione sul paesaggio, 2000), la diversità linguistica e culturale (Carta sulle lingue regionali o minoritarie, 1992).

Se in assenza di un quadro regolativo unitario tali modelli convenzionali restano un riferimento costante per i Paesi dell'Europa orientale interessati dalle frontiere esterne ovvero per collaborazioni tra aree di frontiera di Stati tutti non membri dell'Unione, la cooperazione regionale regolata da fonti di diritto dell'Unione europea (solo in parte sovrapponibile ai modelli di matrice internazionale) offre invece – quantomeno per i territori degli Stati membri dell'UE – soluzioni più strutturate ed efficaci idonee, in settori determinati, a sopravanzare e sostituire i primi.

Il deciso focus territoriale delle più recenti programmazioni della politica europea di coesione rappresenta bene la tendenza a costruire intorno alla cooperazione transfrontaliera tra enti territoriali di Stati diversi le scelte strategiche di una politica regionale a favore delle zone marginalizzate, in condizioni di arretratezza o di ritardo di sviluppo. In tale ambito, il bilancio positivo dell'iniziativa comunitaria Interreg – via via estesa a partire dagli anni Novanta ai progetti di cooperazione transfrontaliera, transnazionale e interregionale – ha contribuito alla correzione degli squilibri regionali dell'Unione segnando, pur con risorse limitate e in mancanza di un adeguato coordinamento dei programmi, una discontinuità rispetto al passato e consentendo in parte di superare i condizionamenti statali alle relazioni esterne tra soggetti territoriali.

L'impianto complessivo della politica di coesione economica, sociale e territoriale e la relativa evoluzione attraverso i cicli pluriennali di programmazione mostrano, d'altra parte, il maturare di un approccio solidaristico dell'Unione che tiene in particolare considerazione le "regioni transfrontaliere" (art. 174 TFUE), come pure di competenze funzionali al dialogo tra i territori, al decentramento e a politiche di sviluppo rispettose della sussidiarietà, del partenariato, dello sviluppo armonioso delle comunità e del benessere delle popolazioni (specialmente frontaliere).

Particolarmente significative, sotto il profilo da ultimo considerato, sono le iniziative in materia di controllo e gestione delle frontiere esterne in funzione di prevenzione e contrasto dell'immigrazione clandestina, della criminalità transnazionale e della protezione e accoglienza dei migranti, rispetto alle quali il coinvolgimento degli enti pubblici territoriali infrastatali appare indispensabile: la cooperazione transfrontaliera diviene dunque uno strumento complementare d'azione al servizio delle politiche dell'Unione in tema di relazioni esterne e di buon vicinato.

Promossa da "iniziativa" ad "obiettivo" (quello della "Cooperazione territoriale europea") della politica di coesione nel periodo 2010/2013, la cooperazione transfrontaliera è stata fatta oggetto di riedizioni successive di regolamenti generali e settoriali di disciplina traducendosi in particolare, con il regolamento (CE) n. 1082/2006, da ultimo parzialmente corretto e integrato dal regolamento (UE) n. 1302/2013, nella previsione di un Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) quale possibile modello giuridico destinato a gestire programmi e interventi di interesse transfrontaliero, con o senza il contributo dell'UE ed anche lungo e attraverso le frontiere esterne dell'Unione.

Il GECT, composto da membri (come Stati, autorità nazionali, regionali e locali, imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico) situati nel territorio di almeno due Stati membri, ha personalità giuridica e capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalla legislazione nazionale ed è di volta in volta dotato di specifici organi e meccanismi operativi e di gestione. L'interpretazione e l'applicazione delle norme del regolamento settoriale e il relativo coordinamento con le altre fonti di regolamentazione del modello – la convenzione istitutiva e lo statuto, oltre che, in via residuale, il diritto dello Stato membro in cui il GECT ha sede sociale – hanno sollevato non poche questioni problematiche di rilevante interesse sul piano dello sviluppo di rinnovati meccanismi di cooperazione transfrontaliera (inclusi interessanti profili di diritti internazionale privato), come confermato dalla prassi eterogenea relativa alla messa in opera delle prime sperimentazioni del Gruppo.

L'analisi delle esperienze italiane relative alla prima applicazione del regolamento nel nostro ordinamento, in parte attardata da resistenze governative rispetto alle iniziali sperimentazioni della forma giuridica del GECT in continuità con esperienze preesistenti di integrazione socio-economica delle comunità di confine, rivela profili di particolare interesse nell'economia del lavoro: essa risulta assai utile, in particolare, a valutare, in termini di primo bilancio, gli esiti dei non facili percorsi di avvicinamento e di collaborazione tra soggetti frontalieri, come pure l'impatto della normativa vigente e dei primi correttivi introdotti anche in vista di cooperazioni possibili in settori specifici, come quelli degli appalti transnazionali, della tutela dell'ambiente, della ricerca e lo sviluppo tecnologico.

La *rivincita dei territori* si realizza dunque, mediante il ricorso al GECT, rispondendo con soluzioni adeguate e flessibili alle variegate esigenze degli enti territoriali europei, con particolare riferimento al versante delle politiche europee sensibili allo sviluppo socio-economico regionale e della relativa attuazione alla luce dei principi costituzionali e dei vincoli internazionali rilevanti per i soggetti territoriali sub-statali.

Altro profilo che, come dicevamo, merita attenzione nella sistematica proposta dall'A. è quello relativo all'attività internazionale degli enti territoriali, quali

soggetti sprovvisti di autonoma soggettività internazionale, ed in particolare alla portata e ai limiti del “potere estero” delle Regioni e delle Province autonome, alla luce delle ultime riforme del titolo V della Costituzione e della relativa legge di attuazione (n. 131/2003).

Principi generali (come quelli di sussidiarietà e di leale collaborazione nelle relazioni tra livelli di governo e di amministrazione), procedure di coordinamento e di controllo e poteri di sostituzione governativa per le ipotesi di inadempienze regionali, natura e tipologia delle competenze territoriali nel settore delle relazioni esterne sono tutti elementi che contribuiscono a completare il panorama regolativo degli strumenti d'azione congiunta e orizzontale di tali soggetti, integrando i presupposti stessi della *cooperazione regionale* dei territori (o degli enti territoriali italiani) *oltre lo Stato*.

È il caso, com'è noto, della conclusione, nelle materie di competenza legislativa, di intese con enti omologhi di altro Stato e di accordi con altri Stati, dell'attuazione o dell'esecuzione di accordi internazionali, sino alle attività di mero rilievo internazionale (da parte dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane) nel quadro delineato dalla giurisprudenza costituzionale in argomento, nonché dall'intesa Stato-Regioni del 2008 in materia di rapporti internazionali. È il caso, ancora nel contesto italiano, del rafforzato coinvolgimento delle Regioni e delle autonomie locali nei processi di formazione e attuazione delle politiche dell'UE nel quadro più ampio della *governance* europea multilivello (come recentemente aggiornato dalla legge 24 dicembre 2012 n. 234), ove pure si registrano esigenze bidirezionali di trasparenza, coordinamento e confronto tra livelli di governo, anche attraverso la circolazione tempestiva e la raccolta di informazioni in tema di cooperazione regionale e politiche territoriali.

All'accresciuto ruolo delle Regioni e delle Province autonome – sia rispetto alle funzioni di rilievo internazionale e alle pratiche di cooperazione transfrontaliera, sia con riferimento al contributo, diretto o indiretto, ai processi di elaborazione (“fase ascendente”) e di applicazione (“fase discendente”) del diritto derivato dell'Unione europea – non si è tuttavia accompagnato, come criticamente segnalato dall'A., uno sviluppo giurisprudenziale teso a riconoscere agli enti pubblici territoriali una autonoma ed effettiva legittimazione ad agire davanti alle giurisdizioni sovranazionali nei ricorsi *ex art. 263 TFUE* volti a contestare la validità degli atti dell'Unione europea. Tanto è dato riscontrare con particolare riguardo alla prassi giurisprudenziale del Tribunale e della Corte di giustizia relativa all'illegittimità del diritto derivato dell'Unione in materia di politica di coesione economica e sociale (si pensi alle decisioni della Commissione di assegnazione o di revoca di finanziamenti destinati a determinate aree regionali) come pure in materia di aiuti pubblici erogati a favore di specifici enti territoriali. La questione, nota al dibattito dottrinale anche successivo alla riforma Lisbona, appare tanto più delicata quanto più si consideri l'esigenza di valorizzare, anche sul piano dei rimedi processuali, l'autonomia regionale, la leale cooperazione e la sussidiarietà, quali principi sanciti da norme dei Trattati, senza trascurare, d'altra parte, il diritto fondamentale all'effettività dei ricorsi giurisdizionali onde vagliare la legittimità di atti assunti come lesivi di posizioni tutelate delle persone (fisiche e) giuridiche (art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Una simile prospettiva aprirebbe nuovi percorsi, complementari alla partecipazione degli enti territoriali ai processi di formazione e attuazione del diritto derivato, nel senso della valorizzazione del ruolo, delle responsabilità e delle garanzie dei soggetti territoriali nel quadro strategico della politica di coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione europea: una politica la cui storia e i cui sviluppi normativi incrociano, nel corso degli anni Settanta, i primi sviluppi istituzionali delle Regioni italiane a statuto ordinario e ne accompagnano il progressivo consolidamento nel quadro delle relazioni con l'amministrazione statale. In tale contesto, dunque, emerge con immediatezza – proprio dal sistema e dalle logiche interne della programmazione pluriennale dei finanziamenti europei – la centralità delle competenze regionali e locali nelle fasi dell'utilizzo delle risorse ricavate dai fondi strutturali, ed in particolare dell'assegnazione e amministrazione dei contributi erogati. A tale centralità sono con ogni probabilità ugualmente da imputarsi le (poche) luci e le (tante) ombre di una politica che ha rappresentato troppe volte per l'Italia un'occasione mancata di crescita e sviluppo territoriale autenticamente integrato nel panorama europeo, e ciò con particolare riferimento, nell'arco temporale 2007-2013, alle Regioni ad obiettivo "Convergenza", più bisognose di altre di interventi efficaci di sviluppo e potenziali beneficiarie della maggior parte delle risorse disponibili.

Il volume propone in chiusura un'analisi lucida delle cause e dei rimedi della crisi oggi sistemica della politica europea di coesione e dei relativi modelli di *governance* multilivello, segnalando, con riferimento al ciclo 2007-2013, le maggiori criticità del meccanismo e dei principi regolativi di distribuzione delle risorse (tra questi ultimi, l'addizionalità ovvero il cofinanziamento), come pure le esperienze positive di aggiustamento o correzione dei ritardi e delle carenze gestionali delle amministrazioni pubbliche (tra queste, il ridimensionamento del ruolo delle autorità statali a vantaggio della più ampia partecipazione degli enti regionali).

Sullo sfondo, la denuncia del *deficit* culturale e di formazione delle autorità nazionali e regionali investite di funzioni coordinate nell'ambito della disciplina generale sui fondi strutturali, e troppe volte impreparate o indisponibili ad amministrare modelli d'azione in buona parte estranei ai processi nazionali di elaborazione e gestione delle politiche di sviluppo.

Le prospettive inizialmente prefigurate per la sperimentazione sul campo di modelli di amministrazione congiunta, di co-amministrazione, o semplicemente di formule di condivisione e scambio di buone pratiche di *governance* dei fondi europei hanno prodotto risultati in pratica assai deludenti. Né l'istituzione di un'agenzia governativa *ad hoc* per il miglioramento dell'efficienza e dei risultati nell'utilizzo dei fondi assegnati (l'Agenzia per la coesione territoriale, avviata nel tentativo di rilanciare la programmazione 2014-2020) con funzioni di monitoraggio e sostegno delle azioni di programmazione regionale, sembra rappresentare una soluzione utile a rimediare le disfunzioni del maturato assetto di attribuzione e gestione dei finanziamenti europei.

Ebbene, ci si può domandare se considerazioni di questo tenore siano ancora da condividere alla luce degli sviluppi più recenti e della effettiva messa in opera delle strategie di coordinamento e sostegno che l'Agenzia per la coesione propone oggi alle autorità sub-statali onde promuovere gli obiettivi della politica di coesione a livello territoriale. Pur prendendo atto dell'efficienza organizzativa dell'Agenzia

(e dei relativi tentativi di miglioramento delle *performance* amministrative degli enti territoriali investiti di competenze e responsabilità di assegnazione, gestione e controllo delle risorse), le ben note criticità della politica europea di coesione sembrano persistere a livello di territori e continuare a subire gli effetti congiunturali della crisi economico-finanziaria e della connessa fragilità istituzionale e politica dell'Eurozona.

In tale quadro, le prospettive delineate dall'A. nel contesto specifico della cooperazione regionale transfrontaliera appaiono utili e persuasive, oltre che confermate dall'osservazione delle tendenze in atto.

Ne risulta infatti, specie con riferimento alla prassi in tema di politica e relazioni internazionali delle Regioni, la sostanziale assenza di strategie preventive e concertate fra gli enti regionali, ovvero, di una visione, politica ed economica, delle interazioni esterne su base territoriale per una compiuta attuazione delle politiche europee, nazionali e locali. A fronte della discussa opportunità di strategie messe in opera (si pensi alle attività di cooperazione allo sviluppo promosse dalle Regioni) e della frammentarietà e scarsa sistematicità delle pratiche istituzionali funzionali al rafforzamento del ruolo internazionale degli enti regionali (così, in particolare, l'apertura di uffici all'estero, la nomina del consigliere diplomatico, la presenza di Uffici affari internazionali e di Uffici affari europei), emerge con evidenza l'esigenza di concentrazione degli sforzi nella promozione di forme stabili di cooperazione transfrontaliera in ambiti economici e culturali, tipicamente di pertinenza delle autonomie territoriali, volte al miglioramento della coesione economica, sociale e territoriale delle comunità locali.

Il mutato quadro economico internazionale e la gestione necessariamente concertata di emergenze e contingenze transnazionali (si pensi soltanto al necessario coinvolgimento dei soggetti territoriali nella gestione efficace dei flussi migratori in ingresso dalle frontiere sud-orientali dell'Unione europea) mostrano infatti con evidenza l'utilità di modelli di cooperazione regionale intesi nel senso prefigurato dal volume qui recensito: essi contribuiscono a comporre un panorama giuridicamente complesso e ricco di esperienze suscitate da contaminazioni e percorsi convergenti di cooperazione (permanente o semipermanente, specialmente tra enti territoriali frontaliere) di matrice sia internazionale (accordi e intese multilaterali, quali spontanee formule di aggregazione, anche con enti o Stati terzi, sino al quadro giuridico prefigurato in seno al Consiglio d'Europa) che sovranazionale (Unione europea, con il caso della cooperazione transfrontaliera nel quadro delle politiche di coesione, di vicinato e preadesione) che continua ad alimentare questioni di estremo interesse, delimitando progressivamente spazi autonomi di regolamentazione e analisi scientifica.

Adriana Di Stefano

Libri ricevuti

Stefano Amadeo, Fabio Spitaleri (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. XV-428.

Stefano Bastianon (a cura di), *L'Europa e lo sport. Profili giuridici, economici e sociali*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. VII-97.

Sergio M. Carbone, *Autonomia privata e commercio internazionale. Principi e casi*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. XII-232.

Antonio Ciuffreda (a cura di), *Bari metropolitana. La città delle città*, Bari, Cacucci, 2015, pp. 156.

Carmelo Danisi, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 518.

Biagio De Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. XIV-334.

Patrizia De Pasquale, Celeste Pesce (a cura di), *I cittadini e l'Europa. Principio democratico e libertà economiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. XIX-240.

Caterina Fratea, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, internazionalprivatistici e interni*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 267.

Roberto Mastroianni, Adriano Maffeo, *L'iniziativa dei cittadini europei*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. XII-194.

Maria Rosaria Mauro, *L'Europa tra sfide economiche e garanzie dei diritti dei cittadini*, Quaderni degli Annali, Campobasso, Arti grafiche la Regione srl., 2015.

Massimiliano Montini, *Investimenti internazionali, protezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. XII-335.

Bruno Nascimbene, *Unione europea - Trattati*, III ed., Torino, Giappichelli, 2016, pp. XIV-347.

Piergiuseppe Otranto, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, Cacucci, 2015, pp. 329.

Ornella Porchia, *Governance economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 270.

Natalino Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, V ed., Torino, Giappichelli, 2016, pp. XIX-520.

Carlo Tovo, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. XVIII-473.

Ugo Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, IV ed., Bari, Cacucci, 2016, pp. XVIII-505.

Vita democratica: educazione al pluralismo. 1° dialogo fra due sponde, Vicenza, Edizioni Rezzara, 2015, pp. 154.

Indice degli autori



Eric TREMOLADA ÁLVAREZ

profesor de Derecho Internacional e Integración, Universidad Externado de Colombia

MASSIMO PANEBIANCO

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno

Fabio FERRARO

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli Federico II

Mario CARTA

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Unitelma Sapienza

Giannangelo MARCHEGIANI

Former Director at the European Investment Bank Legal Service

Renzo ROSSOLINI

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Parma

Anna IERMANO

assegnista di ricerca in "Diritto dell'Unione europea applicato" nell'Università degli studi di Salerno

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)

Istituzioni di Diritto dell'Unione europea

Ugo Villani

ISBN 9788866115076 – Pagine 526 – Prezzo € 40,00



La IV edizione di questo volume offre un quadro aggiornato dei profili istituzionali del diritto dell'Unione europea. Dalla precedente edizione vari cambiamenti sono intervenuti in questa organizzazione: è cessata l'efficacia delle disposizioni transitorie concernenti le istituzioni, previste dal Protocollo n. 36, si è rinunciato alla riduzione del numero dei membri della Commissione, è stato eletto il nuovo Parlamento europeo ed è stata costituita la nuova Commissione, la Croazia è entrata nell'Unione, si è arrestato il procedimento di adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha fornito, come sempre, importanti contributi e anche quella della Corte costituzionale italiana ha mostrato rilevanti evoluzioni.

Metafisica del processo

Antonio Incampo

ISBN 9788866115106 – Pagine 398 – Prezzo € 30,00



Il processo ha radici non solo nella ragione, ma anche nelle emozioni e nella volontà. Di qui la divisione del volume in tre parti: Estetica, Retorica e Metafisica. Si tratta di una divisione che non ha bisogno di altre specificazioni (neppure nell'indice), poiché individua sin dal principio tre idee fondamentali del metodo nei movimenti quasi incalzanti di una sinfonia. Il *nómos* non è estraneo al *páthos*. È il contenuto di una Estetica come scienza. Non mancano, cioè, le emozioni; bisogna solo convincersi che possano contare. Le emozioni giuridiche, infatti, hanno in comune con i giudizi estetici nella letteratura e nell'arte in generale la stessa capacità di elevarsi al senso di una regola universale. È ciò che si scopre, ad esempio, nei giudizi equitativi o nella finzione giuridica con cui il giudice tratta il torto legale per quello che è, ossia come l'inevitabile oscurità della legge che non può rimanere in se stessa. Lo testimonia, tra l'altro, in queste pagine la giustizia eterna del Doge nel Mercante di Venezia di Shakespeare.

Aldo Moro e l'Università di Bari

Angelo Massafra; Luciano Monzali;

Federico Imperato (curatori)

ISBN 9788866115175 – Pagine 150 – Prezzo € 25,00



In occasione del centenario della nascita di Aldo Moro, l'Università degli Studi di Bari, ricorda l'insigne statista, già studente e docente di questa Università. Dopo avere frequentato il Liceo Archita di Taranto, scelse proprio l'Università del capoluogo pugliese come sede dei suoi studi in Giurisprudenza, portati a termine brillantemente nel 1938. In quello stesso anno ebbe inizio anche la Sua carriera accademica come assistente volontario presso la cattedra di Diritto e procedura penale; nel 1940 fu nominato professore incaricato in Filosofia del diritto e in Storia e politica coloniale. L'impegno costante e assiduo nell'insegnamento, vissuto come una vera e propria missione, e la ricca produzione scientifica consentirono al futuro leader democristiano di essere nominato prima professore straordinario, poi ordinario in Diritto penale. L'esperienza come docente presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari durò fino al 1963, quando ottenne il trasferimento presso l'Università di Roma «La Sapienza», dove sarebbe stato titolare della cattedra di Istituzioni di diritto e procedura penale presso la Facoltà di Scienze Politiche fino alla tragica morte, avvenuta nel 1978.

The EuroAtlantic

Union Review – Anno III, n. 1

Dario Velo (curatore)

ISBN 9788866115038 – Pagine 140 – Prezzo € 90,00



Editorial. *Knowledge, Innovation and Relaunching the Economy*, SALVATORE ROSSI – **Economy.** *Islamic Finance an Opportunity for Investments in Italy and Europe*, PAOLO PIETRO BIANCONI; *Making Economics Matter Again: A New Framework for European Research*, VERA PALEA – **Social Market Economy.** *The Social Market Economy in Latin America: Reality and Challenges*, EUGENIO YÁÑEZ; *Poverty, Inclusion, Institutions. A Challenge for Latin America and the European Union*, FLAVIO FELICE – **Documents.** *Healthcare and Scientific/Technological Research*, CARLO CASTELLANO; *The Great Territorial Development Project for the Support of the Country's Economic Growth. The Central Role of the Cassa Depositi e Prestiti*, GIAMPIERO CARDILLO

L'organizzazione del 'servizio giustizia' tra rigidità e creatività

Giuseppe Mastropasqua

ISBN 9788866115045 – Pagine 76 – Prezzo € 10,00



Le molteplici criticità, che pervadono il 'servizio giustizia', inducono a concentrare l'attenzione sulla capacità del magistrato di ripensare e riorganizzare lo svolgimento dell'attività giurisdizionale, puntando soprattutto ad intra sul lavoro di squadra e sulle buone relazioni con il personale di cancelleria e con i diversi operatori (anche non professionali) che s'incrociano quotidianamente in ufficio, nonché ad extra sui rapporti con gli enti pubblici e privati secondo criteri di cautela e prudenza nel rispetto del principio di autonomia e terzietà del giudice.

La dimensione promozionale del fisco

Antonio Felice Uricchio; Mario Aulenta;
Gianluca Selicato (curatori)

ISBN 9788866114901 – Pagine 468 – Prezzo € 45,00

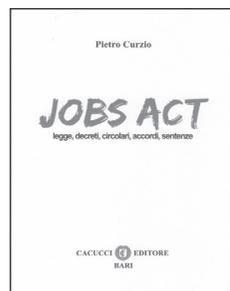


L'apprezzamento degli schemi promozionali nell'analisi delle fattispecie di carattere tributario conduce alla necessità di cogliere, accanto al fine primario del prelievo riguardante il finanziamento delle spese pubbliche secondo i principi di capacità contributiva e di eguaglianza, i c.d. fini accessori e ulteriori anche di carattere extrafiscale, che, ammissibili secondo la trama di valori costituzionali e secondo la logica del bilanciamento tra di essi, esaltano e valorizzano la funzione impositiva. Nonostante i vincoli di carattere comunitario in materia di aiuti, che sembrano ispirarsi ad un modello di neutralità fiscale e che appaiono preordinati alla tutela della concorrenza e del libero mercato, gli strumenti premiali sia di natura fiscale (agevolazioni ed esenzioni) che finanziaria (sussidi e incentivi), non solo non possono essere considerati derogatori dei principi di capacità contributiva e di eguaglianza, ma appaiono sotto certi aspetti doverosi e necessari, concretizzando le garanzie costituzionali e costituendo la manifestazione più avanzata del modello promozionale del prelievo. Il volume analizza e approfondisce i diversi aspetti promozionali assunti dal fisco nelle esperienze più recenti, affrontando le diverse tematiche che interessano trasversalmente l'intero sistema tributario.

Jobs Act. Leggi, decreti, circolari, accordi, sentenze

Pietro Curzio)

ISBN 9788866115021 – Pagine 264 – Prezzo € 25,00



Il Jobs act è composto da una legge delega e da otto decreti delegati emanati nel corso del 2015, ma è stato e sarà ulteriormente integrato da una serie di atti di normazione secondaria: decreti ministeriali e contratti collettivi. Questo libro ricostruisce l'intero sistema. Una prima parte contiene una "guida alla lettura", la seconda raccoglie le fonti primarie: legge e decreti delegati; la terza raccoglie le norme integrative sinora emanate, nonché gli atti di interpretazione: circolari e sentenze. I lettori potranno accedere ad un sito web, loro riservato, nel quale troveranno, con aggiornamento mensile, decreti ministeriali, contratti collettivi, circolari, sentenze, nonché eventuali aggiornamenti legislativi, man mano che verranno emanati.

Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro

Edoardo Ghera; Domenico Garofalo

ISBN 9788866114727 – Pagine 576 – Prezzo € 55,00

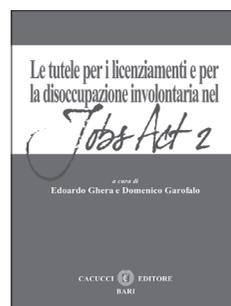


In attuazione della legge delega sul lavoro 13 dicembre 2014, n. 183, c.d. Jobs Act 2, il Governo ha emanato i decreti legislativi 15 giugno 2015, nn. 80 e 81, concernenti, il primo, le misure di conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro, e il secondo, la disciplina organica dei contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni. Il volume si propone di offrire un primo commento dei due provvedimenti, avvalendosi del contributo di esponenti dell'accademia, della magistratura e dell'avvocatura, le cui voci, a volte discordanti, testimoniano la vivacità del dibattito ed offrono al lettore una visione ampia e diversificata delle tematiche affrontate.

Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria

Edoardo Ghera; Domenico Garofalo

ISBN 9788866114383 – Pagine 360 – Prezzo € 35,00



In attuazione della legge delega sul lavoro 13 dicembre 2014 n. 183, c.d. Jobs Act 2, il Governo ha emanato i d.lgs. 4.3.2015, nn. 22 e 23 concernenti, il primo, i nuovi trattamenti di disoccupazione e, il secondo, il nuovo regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi. Il volume si propone di offrire un primo approfondimento dei due provvedimenti, seppur ancora 'a caldo', grazie al contributo di esponenti dell'accademia, della magistratura e dell'avvocatura, a volte in discordanza tra loro, il che testimonia la vivacità del dibattito tra gli stessi e dà modo al lettore di avvalersi di opinioni diversificate.

La riforma della Cassa Integrazione Guadagni

Balletti Emilio; Garofalo Domenico

ISBN 9788866115151 – Pagine 352 – Prezzo € 38,00



In attuazione della legge delega sul lavoro 13 dicembre 2014, n. 183, c.d. Jobs Act 2, il Governo ha emanato il decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148, che riforma la disciplina della Cassa Integrazione Guadagni e dei Fondi bilaterali di sostegno al reddito. Il volume, tenendo conto anche delle novità recate dalla legge n. 208/2015 (legge di stabilità per il 2016), nonché dei chiarimenti provenienti dal Ministero del lavoro e dall'INPS, propone un primo commento della nuova disciplina sul sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro, avvalendosi del contributo di esponenti dell'accademia, della magistratura e dell'avvocatura, con opinioni a volte discordanti, a testimonianza della vivacità del dibattito, che offrono al lettore una visione ampia e diversificata delle tematiche analizzate.

Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro

Edoardo Ghera; Domenico Garofalo

ISBN 9788866115205 – Pagine 334 – Prezzo € 35,00



In attuazione della legge delega sul lavoro 13 dicembre 2014, n. 183, c.d. Jobs Act 2, il Governo ha emanato il decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 150, concernente il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive. Il volume si propone di offrire un primo commento di tale provvedimento, avvalendosi del contributo di studiosi della materia, accademici e non, con un approccio in alcuni casi ancorato ad esperienze sul campo.

Semplificazioni, sanzioni, ispezioni

Edoardo Ghera; Garofalo Domenico

ISBN 9788866115212 – Pagine 326 – Prezzo € 35,00



In attuazione della legge delega sul lavoro 13 dicembre 2014, n. 183, c.d. Jobs Act 2, il Governo ha emanato i decreti legislativi 14 settembre 2015, n. 149 sulla razionalizzazione dell'attività ispettiva in materia di lavoro e legislazione sociale, e n. 151 sulla semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità. Il volume tiene conto dei chiarimenti provenienti dal Ministero del lavoro e dall'INPS e propone un approfondito commento della nuova disciplina avvalendosi del contributo di esponenti dell'accademia, della magistratura e dell'avvocatura, con opinioni, a volte discordanti a testimonianza della vivacità del dibattito, che offrono al lettore una visione ampia e diversificata delle tematiche analizzate.



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



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 <i>(se diverso)</i>	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	abbonamento annuale 2016	abbonamento in formato PDF	abbonamento annuale 2016	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 2016).

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

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

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 978-88-6611-524-3



9 788866 115243

€ 28,00