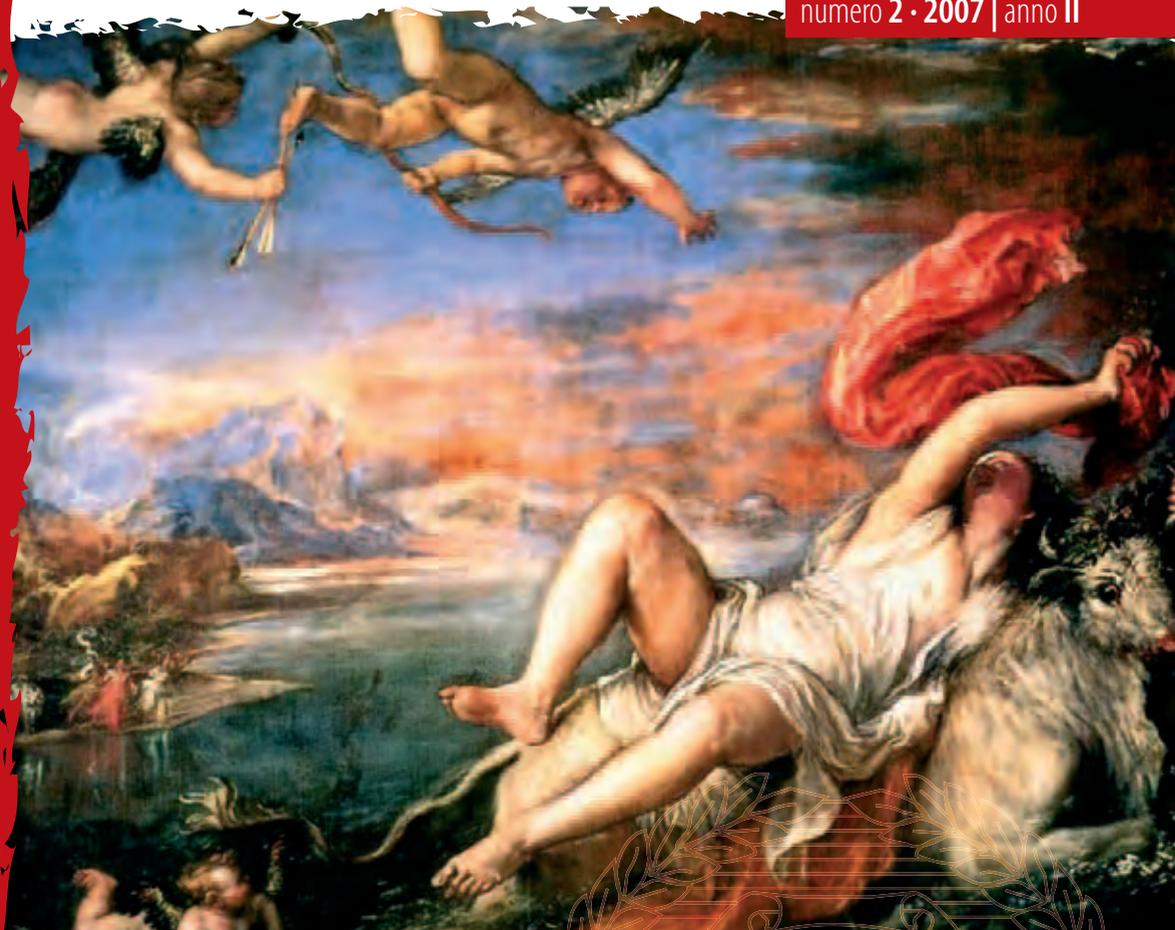


Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2007 | anno II



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2007 | anno II

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato di redazione

Giandonato Caggiano (coordinatore) – **Valeria Di Comite** – **Ivan Ingravallo** –
Angela Maria Romito – **Roberto Virzo**

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

© 2007 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



| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Christian TOMUSCHAT I diritti sociali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo | 231 |
| Gianluigi PALOMBELLA Il <i>rule of law</i> , la democrazia e il diritto internazionale. A partire dall'esperienza degli Stati Uniti | 255 |
| Sergio M. CARBONE Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario | 285 |
| Martin WESTLAKE Managing Inter-institutional Conflict | 305 |
| Nicola COLAIANNI L'influenza della "Costituzione europea" sul diritto (statale) di libertà di religione | 315 |
| Giandonato CAGGIANO L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto | 335 |
| NOTE E COMMENTI | |
| Francesco SEATZU La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari? | 377 |
| Alessandro LATTARULO Unione europea: un'identità plurale nella memoria | 389 |

RECENSIONI

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO (a cura di), <i>L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/ 2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002</i> Milano, Giuffrè, 2007 (G. Caggiano) | 417 |
| B. NASCIMBENE, M. CONDINANZI (a cura di), <i>Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti</i> Milano, Giuffrè, 2007 (U. Villani) | 421 |
| L. F. PACE, <i>Diritto europeo della concorrenza – divieti antitrust, controllo della concentrazioni e procedimenti applicativi</i> Cedam, Padova, 2007 (A. M. Romito) | 423 |
| A. MORSELLI, <i>Storia dell'Unione Monetaria Europea</i> Bari, Cacucci, 2007 (F. Moliterni) | 425 |
| Libri ricevuti | 427 |
| Elenco delle abbreviazioni | 429 |
| Indice degli autori | 431 |



Articoli

Christian Tomuschat

I diritti sociali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – *Parte I: La linea di demarcazione tra diritti civili e politici e diritti economici e sociali.* – 2. Obblighi positivi e negativi. – 3. La pretesa a specifici benefici individuali. – 4. Il caso *Airey*: una pietra miliare. – *Parte II: La giurisprudenza della Corte concernente le misure positive di protezione.* – 5. Persone in stato di detenzione. – 6. Altre persone vulnerabili. – 7. Situazioni di dipendenza *de facto*. – 8. Tutela contro i poteri forti della società. – 9. La tutela contro il degrado ambientale. – 10. La situazione generale, con particolare riferimento all'art. 2. – 11. L'obbligo di fornire un meccanismo di attuazione dei diritti dei privati. – 12. Conclusioni provvisorie. – *Parte III: L'obbligo degli Stati di fornire specifiche prestazioni finanziarie a singoli individui.* – 13. Nessun diritto generale ai sussidi pubblici. – 14. Casi eccezionali: estrema miseria umana. – 15. Eguaglianza e non-discriminazione. – 16. Conclusioni.

1. In un fondamentale contributo sui diritti sociali, pubblicato nel 1972, Luzius Wildhaber sottolineava l'importanza di questo gruppo di diritti quale necessario complemento dei diritti umani tradizionali, così come sono emersi nella tradizione occidentale¹. In detto contributo, egli si soffermava sulla accentuata tendenza a riconoscere nei diritti umani, quale che sia la loro classificazione, un sistema coerente. Il richiamo del Presidente Roosevelt alla "libertà dal bisogno e dalla paura", enunciato nel 1941 in occasione dell'annuale messaggio al Congresso americano, già aveva sintetizzato in poche parole questa idea cruciale. Allo stesso modo, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale della Nazioni Unite, elencava, in un unico documento entrambi i gruppi di diritti, non solo quelli "classici" così come emergevano dalla storia costituzionale, principalmente, dell'Europa occidentale e dell'America del Nord, ma anche i diritti economici e sociali che appartenevano al nucleo essenziale delle costituzioni di tutti i Paesi socialisti².

* Traduzione dall'inglese di Francesco Cherubini.

¹ L. WILDHABER, *Soziale Grundrechte*, in P. SALADIN, L. WILDHABER (Hrsg.), *Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für Max Imboden*, Basel-Stuttgart, 1972, pp. 371-391.

² Non ci soffermiamo sulla questione di quale genere di effettività avessero i diritti economici e sociali nei sistemi socialisti. A tal proposito, D. BEETHAM, *Democracy and Human Rights*:

Tuttavia, quando si decise di tradurre i diritti umani da proclamazioni politiche a contenuti giuridici vincolanti, l'unità venne meno. I redattori ritenevano che vi fossero differenze molto profonde non solo rispetto alla natura delle due categorie di diritti, ma pure riguardo ai metodi per la loro attuazione. Di conseguenza, sembrò opportuno separarli, fissando le rispettive discipline in due differenti strumenti. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950 (di seguito: CEDU) aveva un contenuto limitato essenzialmente ai diritti civili e politici, mentre la Carta sociale europea (di seguito: CSE)³, che ha introdotto un considerevole numero di diritti di "seconda generazione", l'ha seguita a distanza di più di dieci anni (18 ottobre 1961)⁴. Egualmente, a livello delle Nazioni Unite, il progetto di redigere un'unica e onnicomprensiva convenzione per la protezione dei diritti umani fu abbandonato a beneficio di due distinti strumenti, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, da un parte, e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (di seguito: Patto), dall'altra – adottati peraltro lo stesso giorno⁵. In tal modo, una profonda dicotomia è parsa caratterizzare l'effettiva attuazione dei diritti umani. A tal proposito, Luzius Wildhaber, riferendosi alla spinta che i diritti sociali hanno ricevuto dai trattati internazionali, non ha ricordato fra questi la CEDU.

Quest'ultima, infatti, è stata volutamente predisposta come strumento di garanzia di quei soli diritti che avevano avuto un ruolo essenziale nella tradizione occidentale⁶. In un momento in cui l'Europa cominciava lentamente a superare gli effetti devastanti della seconda guerra mondiale, i redattori compresero che sarebbe stato troppo rischioso prevedere degli impegni che gli Stati membri del Consiglio d'Europa avrebbero avuto gravi difficoltà ad adempiere. Perfino quando nel 1961 decisero di procedere a concordare il testo della CSE, essi mostrarono grande cautela. Essi chiarirono che i diritti elencati nella Parte I della CSE venivano accettati solamente come "obiettivi" delle loro politiche, nella Parte II specificarono, in termini piuttosto ristretti, la natura e l'ambito degli obblighi derivanti da tali obiettivi e, infine, nella Parte III dell'Appendice della CSE sottolinearono che gli obblighi giuridici che avevano contratti erano di natura internazionale e la loro applicazione era rimessa unicamente al meccanismo di supervisione previsto nella Parte IV. Difficilmente avrebbero potuto fare di più per palesare l'intenzione di non creare diritti soggettivi a favore dei beneficiari dei singoli diritti. Peraltro, l'esclusione dei diritti sociali dal contenuto vincolante del sistema europeo dei diritti umani non è stata del tutto completa. V'è una disposizione che si distingue dalla restante parte della CEDU in

Economic, Social and Cultural, in J. SYMONIDES (ed.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, Aldershot, 1998, p. 86, parla di "chronic economic stagnation and consumer shortages".

³ Il testo di tale Convenzione è in *ETS*, n. 35.

⁴ Il testo riveduto della CSE del 3 maggio 1966, in *ETS*, n. 163, ha, finora, raccolto 22 ratifiche.

⁵ Risoluzione dell'Assemblea generale 2200 A (XXI) del 16 dicembre 1966.

⁶ Si veda la citazione dei *Travaux Préparatoires* di M. PELLONPÄÄ, *Economic, Social and Cultural Rights*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993, p. 855.

modo piuttosto evidente⁷, cioè l'art. 2 del Protocollo n. 1, che enuncia, sebbene in termini negativi, il diritto all'istruzione ("il diritto all'istruzione non può essere negato a nessuno")⁸. Nonostante questa cauta formulazione, ai fanciulli è riconosciuto il diritto di accedere alle istituzioni scolastiche esistenti in un dato momento; essi, invece, non possono pretendere che nuove istituzioni siano create secondo i loro desideri (o secondo quelli dei loro genitori)⁹.

2. È noto che la tradizionale regola approssimativa sulla linea di demarcazione tra i diritti umani "classici" e quelli "moderni" di seconda generazione non ha mai veramente rispecchiato la reale situazione. L'affermazione secondo cui i diritti civili e politici prevedono obblighi meramente "negativi", nella misura in cui cercano di proteggere gli individui dalle ingerenze dello Stato, mentre i diritti economici e sociali impongono allo Stato l'obbligo di prendere misure "positive" per il benessere degli individui, è stata errata sin dall'inizio. Fin dai primi del Settecento, quando ebbe inizio la codificazione dei diritti umani in carte di larga portata, la richiesta di una protezione giudiziaria ha costituito un pilastro centrale delle istanze dei cittadini, desiderosi di essere protetti dall'arbitrio del monarca. La Costituzione americana (art. 3, sez. 2, par. 3) richiede un processo dinanzi a un tribunale e gli emendamenti dal quarto all'ottavo contengono ulteriori garanzie processuali¹⁰, mentre le costituzioni degli Stati germanici all'epoca della Confederazione germanica proclamavano costantemente il principio secondo cui nessuno può essere privato del proprio giudice naturale, unico ad avere titolo per imporre delle pene¹¹. In altre parole, era pacifico che uno Stato costituzionale dovesse avere un sistema giurisdizionale efficiente a garanzia dei diritti dei cittadini. Ovviamente, la realizzazione di un siffatto sistema richiede uno sforzo notevole, consistente non solo nella emanazione di norme legislative, ma anche nella fornitura di strutture adeguate, nella formazione e nel reclutamento di personale competente ecc. – in breve, una considerevole spesa di denaro pubblico assieme a misure organizzative di vasta portata. Le libertà "negative" possono essere effettive solo in uno Stato che abbia una certa soglia minima di coesione. I molti esempi di Stati in via di fallimento o falliti nella nostra epoca hanno fornito a tutti l'amara lezione che la legge e l'ordine richie-

⁷ Si può fare riferimento anche all'art. 5, par. 5 che prevede il diritto alla riparazione in caso di arresto o detenzione illegali, così come all'art. 6, par. 3, lett. c) che riconosce il diritto di un accusato di chiedere un'assistenza legale gratuita. Su quest'ultima norma si veda la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, reperibile, come tutte le altre sentenze di tale Corte citate nel presente articolo, *on line* sul sito cmiskp.echr.coe.int.

⁸ Per un'analisi dettagliata si veda L. WILDHABER, *Right to Education and Parental Rights*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSHCER, H. PETZOLD (eds.), *op. cit.*, pp. 531-551.

⁹ Si veda la sentenza del 23 luglio 1968; una conferma si trova nella sentenza del 7 dicembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen e Petersen c. Danimarca*, par. 52.

¹⁰ È piuttosto interessante notare che la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) non fa riferimento ad alcuna garanzia processuale.

¹¹ Si vedano, ad esempio, la Costituzione del Granducato del Baden del 22 agosto 1818, par. 15 e quella della Bavaria del 26 maggio 1818, Titolo IV, par. 8.

dono gli sforzi coordinati di una comunità umana e non sorgono in modo spontaneo, semplicemente grazie al desiderio di pace e sicurezza degli esseri umani.

Invero, come riconosce largamente la filosofia costituzionale, gli Stati nascono allo scopo di proteggere gli individui dalla violenza che verosimilmente dovrebbero subire dai propri simili nello stato di natura. La funzione primaria dello Stato consiste nel prevenire tutte le situazioni in cui la libertà personale verrebbe minacciata o perfino annullata dai membri più potenti della società. I governi sono chiamati ad evitare il *bellum omnium contra omnes*¹². Ci si affida a loro quali autorità comuni di tutti i cittadini, eppure non si può escludere che tali fiduciari dimentichino le proprie responsabilità, violando essi stessi quei diritti e quelle libertà che sono chiamati a garantire. Per tale eventualità i diritti umani furono previsti e protetti in documenti costituzionali. Quale logico corollario, gli obblighi positivi e negativi sono legati in maniera inestricabile. Le autorità dello Stato hanno il compito di proteggere la vita e l'integrità fisica dei propri cittadini prendendo le misure richieste a tale scopo. D'altra parte, essi non devono rivolgere i propri poteri contro gli individui la cui salvaguardia è loro affidata. In molti ambiti della vita, una stessa azione può avere un duplice carattere: l'incriminazione dei presunti colpevoli è diretta a scongiurare pericoli per i cittadini che osservano la legge, ma per un presunto colpevole – che ben può essere un cittadino rispettoso della legge! – le misure di incriminazione penale costituiscono, inevitabilmente, una grave ingerenza nella propria libertà¹³.

Nel testo della CEDU, l'art. 1 impone agli Stati di “assicurare” a ciascuno i diritti elencati nelle disposizioni seguenti. Il significato letterale di queste parole implica chiaramente che tali diritti debbono essere effettivi, non solo retoriche proclamazioni; una posizione, questa, che attraversa come un filo rosso la giurisprudenza della Corte¹⁴. Si aggiunga che il diritto alla vita è particolarmente sottolineato. Secondo l'art. 2 “[i]l diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge”, il che, naturalmente, comporta qualcosa di più della semplice emanazione di leggi, e cioè l'effettiva protezione della vita umana da parte di tutte le componenti di governo. La vita è la base stessa dell'esistenza umana. Senza la vita tutti gli altri diritti perdono il loro significato.

L'art. 1 depone in favore di una estensione della filosofia della protezione in maniera simile agli altri diritti della CEDU, in quanto essi definiscono tutti uno standard minimo di autonomia personale di cui ciascuno dovrebbe fruire allo stesso modo senza alcun ostacolo. Tuttavia, è più semplice circoscrivere le interferenze vietate che specificare quali misure di protezione debbano essere assunte

¹² T. HOBBS, *Leviathan*, 1651, parte I, cap. 13: “warre of every man against every man”.

¹³ Si veda pure R. GAVISON, *On the Relationships between Civil and Political Rights, and Social and Economic Rights*, in J.-M. COICAUD, M. W. DOYLE, A.-M. GARDNER (eds.), *The Globalization of Human Rights*, Tokyo, 2003, p. 25 e ss., in specie p. 33.

¹⁴ Si vedano la sentenza *Artico*, cit., par. 33; la sentenza del 2 dicembre 2004, *Farbtuhs c. Lettonia*, par. 53. Adde i commenti di F. SUDRE, *Les Obligations ‘positive’ dans la jurisprudence européenne des droit de l’homme*, in *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Köln, 2000, p. 1361.

dalle autorità statali. La prima questione è quali diritti necessitino similmente di un'azione di sostegno. Nell'assegnare agli Stati ovvero agli stessi individui interessati la responsabilità di preservare e mantenere il contenuto dei singoli diritti, è evidente che le autorità di governo dovrebbero essere investite solo dei compiti più urgenti. I governi non possono fare da balia ai propri cittadini, accompagnandoli ad ogni passo, né essere dei mostri orwelliani. In secondo luogo, alcuni diritti sono meno adatti di altri ad essere protetti, in particolare il principio di eguaglianza, che non può essere inteso in senso meccanico quale eguaglianza di risultati. Inoltre, la natura di tale assistenza può variare notevolmente. Da un parte, si può immaginare che gli Stati siano obbligati ad assumere misure precauzionali su larga scala, cercando di evitare che qualsiasi minaccia possa sorgere o concretizzarsi. Dall'altra parte, si può ipotizzare, in un senso più stretto, che gli Stati debbano intervenire solamente in situazioni critiche specifiche e reali. Dunque, la definizione dei diritti umani e delle libertà fondamentali riguarda il concetto stesso di Stato; il che pone una questione politica, da risolvere in via prioritaria attraverso procedure democratiche e che non può essere risolta in base a principi preesistenti.

3. Anziché fare affidamento sulla fuorviante distinzione tra obblighi positivi e negativi, si potrebbe definire quale denominatore comune dei diritti economici e sociali il fatto che essi consistano in pretese individuali a ricevere specifici benefici aventi un valore patrimoniale. Questa può infatti essere una corretta descrizione dei diritti riconosciuti dalla legislazione nazionale. Peraltro, per quanto riguarda gli strumenti esistenti a livello internazionale, ciò è vero solo per quanto concerne la loro dimensione politica. Come già delineato, i redattori dei rilevanti strumenti convenzionali hanno generalmente chiarito che gli obblighi degli Stati di assicurare i diritti sociali sono limitati a misure generali che creano un contesto favorevole per il godimento di tali diritti. Così, il diritto al lavoro, forse il più importante diritto sociale, fu generosamente riconosciuto dalla Dichiarazione universale (art. 23, par. 1), la quale, però, è priva di valore giuridico vincolante. Per contro, la CSE si riferisce al “diritto al lavoro” nella rubrica dell'art. 1 della parte II, ma chiarisce che questo diritto non comporta alcuna pretesa individuale. Parimenti, il Patto sui diritti economici, sociali e culturali non si astiene dall'enunciare il diritto al lavoro in termini espliciti (art. 6, par. 1), ma specifica che fundamentalmente esso esige che gli Stati adottino misure adeguate per tutelare il diritto al lavoro, misure esposte dettagliatamente nell'art. 6, par. 2¹⁵. In nessuna norma dei pertinenti strumenti internazionali è stabilito un

¹⁵ “Le misure che ciascuno degli Stati parti del presente Patto dovrà prendere per assicurare la piena attuazione di tale diritto comprenderanno programmi di orientamento e formazione tecnica e professionale, nonché l'elaborazione di politiche e di tecniche atte ad assicurare un costante sviluppo economico, sociale e culturale ed un pieno impiego produttivo, in condizioni che salvaguardino le fondamentali libertà politiche ed economiche degli individui”.

diritto ad avere un lavoro. In altre parole, il diritto al lavoro impone agli Stati di attuare politiche che favoriscano un alto livello di occupazione¹⁶.

Il diritto alla sicurezza sociale, per fare un altro esempio, è anch'esso proclamato senza riserve nella Dichiarazione universale (art. 22). A tal riguardo, la CSE specifica nell'art. 12 della parte II cosa gli Stati debbono fare, senza, tuttavia, stabilire un obbligo di risultato¹⁷. Nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali l'art. 9 (“[g]li Stati parti (...) riconoscono il diritto di ogni individuo alla sicurezza sociale, ivi comprese le assicurazioni sociali”) potrebbe a prima vista essere letto come un vero diritto soggettivo, ma emerge dal contesto, in particolare l'art. 2, par. 1, che l'obbligo degli Stati si limita a fissare un quadro che renda possibile fornire la sicurezza sociale.

In modo alquanto interessante, perciò, la natura delle due categorie di diritti non è molto dissimile. La dimensione protettiva dei diritti civili e politici corrisponde essenzialmente agli obblighi assunti dagli Stati parti alla luce degli strumenti che prevedono i diritti economici e sociali. In entrambe le situazioni, una rete protettiva di norme e meccanismi deve essere approntata. Per questa sola ragione, è piuttosto difficile tracciare una linea di demarcazione netta tra le due categorie di diritti.

4. Il celebre caso *Airey* fu il primo nel quale la Corte europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo: la Corte) espresse una concezione ampia della componente protettiva dei diritti della CEDU. La Corte giunse alla conclusione che uno Stato (l'Irlanda) era obbligato ad assicurare ad una privata cittadina il diritto di adire le vie giudiziarie allo scopo di far valere i suoi diritti. La ricorrente, la signora Airey, aveva chiesto un decreto di separazione giudiziale, ottenibile unicamente presso la High Court irlandese. Sebbene non fosse richiesto dalla legge il patrocinio di un legale, *de facto* tale decreto poteva essere ottenuto solo con la rappresentanza di un avvocato. La signora Airey non era nella condizione di potersi permettere la somma di denaro necessaria per le spese legali. D'altra parte, l'Irlanda non aveva, a quel tempo, una normativa sul gratuito patrocinio. Invocando l'art. 6, par. 1, il quale secondo la giurisprudenza della Corte prevede

¹⁶ Si veda anche il Commento generale n. 18 adottato il 24 novembre 2005 dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, UN doc. E/C.12/GC/18.

¹⁷ Art. 12, diritto alla sicurezza sociale: “Per garantire l'effettivo esercizio del diritto alla sicurezza sociale, le Parti s'impegnano: 1. a stabilire o a mantenere un regime di sicurezza sociale; 2. a mantenere il regime di sicurezza sociale ad un livello soddisfacente almeno uguale a quello richiesto per la ratifica del Codice europeo di sicurezza sociale; 3. ad adoperarsi per elevare progressivamente il livello del regime di sicurezza sociale; 4. a prendere provvedimenti, mediante la conclusione di adeguati accordi bilaterali o multilaterali o con altri mezzi, fatte salve le condizioni stabilite in tali accordi, per garantire: a) la parità di trattamento tra i cittadini di ciascuna delle Parti ed i cittadini delle altre Parti per quanto concerne i diritti alla sicurezza sociale, ivi compresa la conservazione dei vantaggi concessi dalle legislazioni di sicurezza sociale, a prescindere dagli spostamenti che le persone tutelate potrebbero effettuare tra i territori delle Parti; b) l'erogazione, il mantenimento ed il ripristino dei diritti alla sicurezza sociale con mezzi quali la totalizzazione dei periodi di contribuzione o di lavoro compiuti secondo la legislazione di ciascuna delle Parti”.

un “diritto al giudice”¹⁸, la ricorrente sosteneva che impedire alle persone indigenti di fruire del sistema giudiziario comportasse una violazione di quel diritto. La Corte accolse siffatti argomenti, ritenendo che, in assenza di un sistema di gratuito patrocinio, l’accesso al giudice da parte della ricorrente non fosse effettivo. Essa, inoltre, riconobbe che l’art. 8 era stato violato dal momento che, in materia di diritto di famiglia, il ricorso al giudice era, in taluni casi, indispensabile. Altre pronunce hanno ripreso questa linea di ragionamento, sebbene sottolineando che non esiste alcun obbligo giuridico nella CEDU di fornire l’assistenza legale gratuita in tutte le cause civili¹⁹. Nella sentenza *Steel e Morris*, la Corte ha aggiunto un importante *caveat* alla propria precedente giurisprudenza, affermando che “it is not incumbent on the State to seek through the use of public funds to ensure total equality of arms between the assisted person and the opposing party, as long as each side is afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a substantial disadvantage vis-à-vis the adversary”²⁰.

Il caso *Airey* mostra in maniera sintetica le conseguenze di vasta portata che la dottrina della protezione può comportare. Non può esservi dubbio che un attacco omicida programmato contro la vita di una persona deve essere scongiurato se le autorità statali vengono a conoscenza di un siffatto tentativo. Ma debbono gli Stati in linea generale prendersi cura del benessere dei propri cittadini istituendo dei sistemi di prevenzione? Si può ricordare che Bernhard Graefrath, ex membro del Comitato per i diritti umani del Patto internazionale sui diritti civili e politici, era solito porre domande rispetto alla rubrica dell’art. 6 di quello strumento (diritto alla vita), riguardo la mortalità infantile, chiedendo quali misure stessero prendendo gli Stati interessati allo scopo di ridurre il tasso²¹. Il ragionamento sotteso a questo tipo di interrogativi può essere allargato e applicato anche a quasi tutti i diritti sociali ed economici enunciati nella Dichiarazione universale, nella CSE e nel Patto. L’art. 2 della CEDU, che prevede il diritto alla vita, è la più importante fra le disposizioni che sono rispecchiate in numerosi diritti sociali ed economici: essa si trova in rapporto diretto con gli articoli 25, par. 1, il “diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia”, e 25, par. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, secondo cui “[l]a maternità e l’infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza”. Secondo Matti Pellonpää, si può sostenere che un sistema di salute pubblica che si collochi al di sotto di un certo standard minimo di qualità equivale ad una omessa adozione di misure adeguate per salvaguardare la vita, come richiesto dall’art. 2²². Allo stesso modo, il rispetto per la vita privata e familiare (art. 8, par. 1) può essere collegato all’art. 22 (diritto alla sicurezza sociale) così come all’art. 24 della Dichiarazione

¹⁸ Sentenza del 21 febbraio 1975, *Golden c. Regno Unito*, par. 36.

¹⁹ Si vedano le recenti sentenze del 13 febbraio 2003, *Bertuzzi c. Francia*, e del 15 febbraio 2005, *Steel e Morris c. Regno Unito*.

²⁰ Sentenza *Steel e Morris*, cit. par. 62.

²¹ Si veda il 132° incontro del 13 aprile 1979, in *YHRC*, 1979-1980, p. 40, par. 3.

²² M. PELLONPÄÄ, *op. cit.*, p. 865.

(“diritto al riposo ed allo svago, comprendendo in ciò una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite”). In ultimo, i diritti sociali ed economici contribuiscono a garantire la dignità umana, il presupposto comune di tutti i diritti umani che è anche alla base della CEDU, benché non sia da essa specificamente menzionato. Qualunque fra le disposizioni più dettagliate può facilmente legarsi alla dignità umana²³. Perfino il diritto al lavoro, il più importante tra i diritti sociali, può essere visto come derivante dalla dignità umana e come sua fonte di ispirazione²⁴.

Dunque, l'abilità interpretativa di un avvocato potrebbe facilmente trasformare la CEDU in uno strumento che prevede diritti economici e sociali quali pretese che richiedono allo Stato di assicurare specifici benefici ai singoli individui²⁵. È necessaria, perciò, una certa dose di cautela. Benché la CEDU sia uno strumento vivente, che necessita di essere interpretato in armonia con le mutevoli circostanze esterne, in particolare con i mutevoli giudizi di valore della società²⁶, se fosse modificata radicalmente per fungere da strumento di protezione dei diritti sociali ed economici nella stessa misura in cui essa funge da baluardo contro le ingerenze dei governi, ciò significherebbe snaturare la sua filosofia di fondo.

5. Nella propria giurisprudenza, che ormai si estende per quasi mezzo secolo²⁷, la Corte ha proceduto ispirata, non da una grande dottrina, bensì sviluppando soluzioni eque per i casi sottoposti alla propria cognizione. Dal caso *Airey*, essa ha tenuto fede con coerenza alla premessa generale secondo cui i diritti della CEDU comprendono una componente di obblighi positivi, ma si è astenuta dallo specificare in termini generali quali limiti esterni demarcano l'ambito di siffatti obblighi. Si tenterà, nel prosieguo, di mostrare quali sono le situazioni di fatto in cui i giudici di Strasburgo hanno richiesto agli Stati di intervenire allo scopo di proteggere i diritti degli individui²⁸.

In una serie costante di sentenze, che vengono rese su una base quasi giornaliera, la Corte ha messo in evidenza che gli Stati sono responsabili dei detenuti che hanno arrestato o delle persone che ad altro titolo sono trattenute in detenzione. Non è il caso di sottolineare che i reclusi non possono essere torturati o altrimenti sottoposti a trattamenti contrari ai precetti dell'art. 3 (trattamenti inu-

²³ R. GAVISON, *op. cit.*, p. 24, parla dello “unifying concept of human dignity”.

²⁴ In tal senso il Commento generale n. 18 adottato il 24 novembre 2005 dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, cit. Secondo A. EIDE, *Economic and Social Rights*, in J. SYMONIDES (ed.), *Human Rights: Concept and Standards*, Aldershot, 2000, p. 120, il diritto al lavoro “functions as a basis of independence”.

²⁵ Un tale concetto è stato sviluppato da F. SUDRE, *op. cit.*, p. 1366.

²⁶ Sentenza del 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, par. 31.

²⁷ La prima sentenza è stata emessa, nel caso *Lawless c. Irlanda*, il 14 novembre 1960.

²⁸ Per un'analisi più dettagliata si veda A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006, pp. 349-420; C. DRÖGE, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, 2003; G. RESS, *The Duty to Protect and to Ensure Human Rights Under the European Convention of Human Rights*, in E. KLEIN (ed.), *The Duty to Protect and to Ensure Human Rights*, Berlin, 2000, pp. 165-205.

mani o degradanti)²⁹. In aggiunta, peraltro, gli Stati hanno la responsabilità di prendersi cura della salute e del benessere dei detenuti, fornendo loro anche la necessaria assistenza sanitaria³⁰. In effetti, chiunque sia privato della propria libertà e assegnato ad un istituto penitenziario è in una situazione estremamente vulnerabile. Egli non può fare quasi nulla per mantenere la propria condizione fisica, e anche le sue facoltà mentali possono essere gravemente pregiudicate dalle condizioni inumane nella cella di una prigionia. Di conseguenza, conformemente ai termini dell'art. 1, le autorità pubbliche debbono agire quali garanti dei diritti protetti delle persone interessate.

Le affermazioni di principio sviluppate dalla Corte non vengono mai applicate in modo formalistico. È impressionante con quale grande e meticolosa attenzione i giudici esaminano invariabilmente le concrete circostanze della detenzione che hanno comportato delle conseguenze lesive per una vittima. In molte occasioni, si è ritenuto vi fossero delle violazioni. Così, nel caso *Salman c. Turchia*, la Grande Camera ha concluso che lo Stato convenuto era responsabile della morte di una persona colpita da arresto cardiaco mentre era detenuto (art. 2)³¹. Una particolare attenzione è stata dedicata ad un caso contro la Francia nel quale la vittima aveva perso la vita ma nel quale, per una questione tecnica, non si poté emettere un giudizio nel merito³². In modo analogo, in molti altri casi l'assistenza sanitaria era stata insufficiente, implicando una violazione dell'art. 3³³. Dunque, è corretto affermare che i trattamenti inumani o degradanti possono consistere in una omissione. Nel caso *McGlinchey c. Regno Unito*, il caso di una tossicodipendente le cui cure erano state del tutto inadeguate mentre lei era nell'ospedale del carcere, la Corte ha infatti ritenuto che la gravità della negligenza costituisse una violazione dell'art. 3³⁴.

Precisamente lungo queste linee, la Corte ha stabilito, in numerose occasioni, che le celle delle prigioni erano sovraffollate a tal punto che l'esistenza giornaliera dei detenuti era resa quasi intollerabile e che un siffatto affollamento determinava una violazione dell'art. 3. Rispetto a ciò, l'Europa dell'Est rivendica, disgraziatamente, il primato³⁵. Com'è ovvio, la circostanza che un detenuto

²⁹ La Corte non dimentica mai di evidenziare che il divieto di tortura deve essere rispettato anche nella lotta al terrorismo. Cfr. sentenza del 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*, par. 62; sentenza del 28 ottobre 1998, *Assenov c. Bulgaria*, par. 93; sentenza del 4 luglio 2006, *Ramírez Sánchez c. Francia*, par. 115; e sentenza dell'11 luglio 2006, *Boicenko c. Moldavia*, par. 102.

³⁰ Per una delle prime affermazioni in questo senso si veda il parere della Commissione nella sentenza dell'8 luglio 1992, *Hurtado c. Svizzera*, par. 79.

³¹ Sentenza del 27 giugno 2000, *Salman c. Turchia*.

³² Sentenza del 27 luglio 2004, *Slimani c. Francia*.

³³ Nella sentenza del 3 aprile 2001, *Keenan c. Regno Unito*, si trattava del suicidio di un malato mentale; vedi pure la sentenza del 29 aprile 2003, *McGlinchey c. Regno Unito*, par. 57 s.; la sentenza del 28 marzo 2006, *Melnik c. Ucraina*; la sentenza del 4 ottobre 2005, *Sarban c. Moldavia* nonché la sentenza *Boicenko*, cit.

³⁴ Sentenza *McGlinchey*, cit., par. 57 s.

³⁵ Vi vedano, ad esempio, le sentenze del 15 luglio 2002, *Kalashnikov c. Russia*; del 29 marzo 2003, *Poltoratskiy c. Ucraina*; del 7 aprile 2004, *Karalevicius c. Lituania*; del 5 aprile 2005, *Nev-*

venga ucciso da un altro detenuto e non da una guardia carceraria è totalmente irrilevante; lo Stato non può esimersi dalle proprie responsabilità sostenendo che in tale situazione si tratta di un atto privato³⁶. Infine giova ricordare che la Corte ha arricchito la propria giurisprudenza formulando principi riguardanti le condizioni alle quali le persone anziane in età avanzata e affette da gravi malattie possano rimanere in uno stato di detenzione o debbano essere rilasciate³⁷. Talvolta persino delle misure severe sono state riconosciute compatibili con le prescrizioni della CEDU, come, ad esempio, i prolungati periodi di isolamento detentivo imposti all'ex famoso terrorista Ilich Ramírez Sánchez ("Carlos"), che è incarcerato in Francia³⁸. Quando la Corte eventualmente nega una violazione dell'art. 3, essa accerta con particolare attenzione se le condizioni minime richieste per un trattamento accettabile sono state soddisfatte³⁹. In definitiva, si può affermare che le autorità pubbliche debbono assumersi pienamente la responsabilità del benessere dei detenuti.

6. La Corte ritiene anche che altre persone vulnerabili richiedano cure particolari.

a) Innanzitutto, i bambini appartengono a tale categoria di persone. Quindi, sono necessarie misure speciali per salvaguardare la loro integrità fisica e mentale. Inoltre, la Corte ritiene che la qualità dell'autore di una lesione non sia il criterio decisivo. In primo luogo, i bambini hanno bisogno di protezione nei confronti dei propri genitori e quindi dei propri insegnanti, a prescindere dal fatto che la scuola in questione sia un istituto pubblico o privato. Tre sentenze rese contro il Regno Unito dimostrano lo speciale livello di attenzione dedicata alla protezione dei bambini. Nel caso *Costello-Roberts*⁴⁰, un giovane ragazzo in una scuola privata era stato sottoposto, contro la volontà dei suoi genitori, ad un regime disciplinare che includeva punizioni corporali ("bastonate sulle natiche"). La Corte ha concluso che giacché il diritto all'istruzione era garantito dalla Convenzione stessa, lo Stato non poteva esimersi da tale responsabilità delegando l'assolvimento del proprio obbligo a enti privati o individui (par. 27). Qui, la Corte esaminava l'operato del preside stesso, senza indicare, tuttavia, come le autorità statali avrebbero dovuto comportarsi, se la legislazione vigente fosse insufficiente o, nel caso specifico, qualche tipo di controllo avrebbe dovuto essere effettuato. Nel caso *Stubbings*⁴¹, invece, la Corte ha eseminato minuziosamente se il sistema normativo del Regno Unito fornisse mezzi adeguati ad un

merzhitsky c. Ucraina; del 20 ottobre 2005, *Romanov c. Russia*; *Melnik*, cit.; del 1° giugno 2006, *Mamedova c. Russia*; del 13 luglio 2006, *Popov c. Russia*.

³⁶ Sentenza del 14 marzo 2002, *Paul and Audrey Edwards c. Regno Unito*.

³⁷ Sentenze del 7 giugno 2001, *Papon c. Francia*; *Farbtuhs*, cit.; del 14 novembre 2002, *Mouïsel c. Francia*.

³⁸ Sentenza *Ramírez Sánchez*, cit.

³⁹ Si vedano le sentenze del 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*; del 24 luglio 2001, *Valasinas c. Lituania*.

⁴⁰ Sentenza del 25 marzo 1993, *Costello-Roberts c. Regno Unito*.

⁴¹ Sentenza del 22 ottobre 1996, *Stubbings c. Regno Unito*.

bambino, vittima di abusi sessuali nella sua famiglia acquisita, concludendo in senso affermativo. Nel caso *A.*⁴², la Corte si trovava di fronte ad un caso nel quale un ragazzo era stato duramente percosso in molte occasioni dal proprio patrigno; ciononostante, una giuria aveva assolto quest'ultimo. La Corte ha riconosciuto in questa mancanza di un'adeguata risposta punitiva una violazione dell'art. 3, senza fare alcuno sforzo significativo per chiarire cosa lo Stato avrebbe potuto fare per evitare che le percosse avessero luogo.

È certamente molto più difficile provvedere in generale al benessere dei bambini all'interno dell'intero territorio di uno Stato che prendersi cura dei detenuti in un numero limitato di istituzioni penitenziarie. Non si pretende che alcun governo disponga di un sistema completo di controllo permanente dei propri cittadini, né esso dovrebbe avere un sistema del genere. Infatti, sia nel caso *Stubbings* che nel caso *A.*, la Corte si è limitata ad affermare che, dopo che una lesione dell'integrità fisica di un bambino ha avuto luogo, la vittima dovrebbe ottenere una riparazione. A tale scopo, la legge deve offrire meccanismi adeguati, che possono essere di natura penale o civile (paragrafi 65-66). Solo in situazioni eccezionali la Corte riconosce la necessità di assumere misure preventive *ex officio*, un requisito che presuppone l'esistenza di un apparato burocratico completo di assistenza ai bambini nel Paese interessato⁴³.

b) I bambini non sono i soli esseri umani che necessitano di una speciale attenzione. Nel caso *X e Y c. Paesi Bassi*⁴⁴, una minore con disturbi mentali era stata aggredita sessualmente, ma nessuna denuncia penale poteva essere presentata contro l'aggressore poiché v'era una lacuna nella legislazione applicabile: il padre non poteva farlo nel caso di una ragazza di età maggiore ai sedici anni, mentre lei stessa non era in grado di presentare una denuncia regolare a causa del proprio handicap mentale. Dunque, la lesione rimase impunita. La Corte ha rilevato che la lacuna legislativa negava alla vittima una tutela essenziale e quindi doveva essere giudicata come una violazione dell'art. 8⁴⁵. La protezione dell'integrità sessuale sia degli uomini che delle donne è una necessità in una società civile. In particolare, lo Stato deve proteggere coloro che, o per la loro età o a causa di malattia mentale, sono particolarmente vulnerabili. Nel caso di specie, la vittima non era in grado di difendersi da sola. In casi siffatti, debbono esistere idonee norme penali di modo che i potenziali aggressori possano essere dissuasi. Le autorità governative però non possono essere tenute ad adottare misure preventive in ogni possibile caso individuale. Di conseguenza, la punizione da parte delle autorità giudiziarie era il rimedio di ultima istanza nei casi appena esaminati.

7. È dubbio se i due casi che seguono, implicanti procedimenti di espulsione, possano essere ricompresi nella stessa categoria di persone affidate alle cure spe-

⁴² Sentenza del 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*.

⁴³ Sentenza del 10 maggio 2002, *Z. e altri c. Regno Unito*.

⁴⁴ Sentenza del 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*.

⁴⁵ *Ibidem*, par. 27.

ciali delle autorità dello Stato. In uno, era convenuto il Regno Unito⁴⁶, nell'altro (il caso *B. B.*), il ricorso era diretto contro la Francia⁴⁷. Entrambi i ricorrenti, spacciatori di droga stranieri che non avevano alcun diritto alla residenza, erano affetti da AIDS e giunti allo stadio terminale della propria malattia. Essi sostenevano che nei propri Paesi d'origine (Saint Kitts, nel primo caso, e la Repubblica democratica del Congo, nel secondo) non avrebbero potuto ottenere lo stesso livello di assistenza di cui essi fruivano nei Paesi in cui al momento risiedevano. Dunque, l'espulsione avrebbe accelerato la loro morte. Il legame tra i due e i rispettivi Paesi di soggiorno era, chiaramente, molto tenue. Non erano stati accolti come immigrati, ma avevano fatto ingresso in violazione delle norme in vigore. Ciononostante, era stata fornita loro assistenza sanitaria. Nel caso britannico, la Corte non ha indugiato in lunghe spiegazioni, fondandosi invece sulle "very exceptional circumstances" del caso e sottolineando "the compelling humanitarian considerations at stake"⁴⁸. Essa non ha affermato che il ricorrente aveva diritto alle cure sanitarie proprio a causa della sua precaria situazione. Per contro, la Commissione nel caso *B. B.* ha considerato che l'ammissione all'assistenza sanitaria comportasse l'assunzione di responsabilità, di modo che l'espulsione progettata avrebbe assunto i caratteri di una ingerenza in uno *status de facto* consolidato⁴⁹. Essenzialmente, il giudizio della Corte e l'opinione della Commissione⁵⁰ paiono motivati da considerazioni umanitarie. Essi non hanno l'efficacia persuasiva di quei casi in cui le autorità governative, *de iure* e *de facto*, avevano posto una persona sotto il proprio controllo detenendola in una istituzione penitenziaria. Peraltro, la Corte aveva ragione nell'affermare che nessuno Stato dovrebbe contribuire ad abbreviare la vita di una persona con una espulsione. Ovviamente, tale ragionamento ha solide basi solo rispetto al diritto alla vita. Nessuno straniero potrebbe sostenere legittimamente che non dovrebbe essere espulso perché le condizioni generali di vita, in particolare le strutture sociali, sono garantite nel proprio Paese in maniera meno elevata che nel Paese europeo di soggiorno. Il caso *Bensaid c. Regno Unito*⁵¹, nel quale una persona schizofrenica sosteneva, senza successo, che l'espulsione verso l'Algeria avrebbe inflitto gravi danni alla sua salute mentale, mostra, fra l'altro, che la Corte ritiene che considerazioni sociali possono valere quale ostacolo ai procedimenti di espulsione solo in circostanze eccezionali.

8. La Corte è inoltre dell'opinione che il godimento dei diritti garantiti dalla CEDU debba essere protetto dalle pressioni esercitate dai poteri forti della società.

a) Una delle più autorevoli pronunce della Corte in questo campo riguarda la libertà di associazione. Nel non recente caso *Young, James e Webster c. Regno*

⁴⁶ Sentenza del 2 maggio 1997, *D. c. Regno Unito*.

⁴⁷ Sentenza del 7 settembre 1998, *B. B. c. Francia*.

⁴⁸ *Ibidem*, par. 54.

⁴⁹ *Ibidem*, par. 56 ss.

⁵⁰ Nel caso *B. B.*, cit., il ricorso fu cancellato dal ruolo poiché, durante lo svolgimento del procedimento, la Francia aveva rinunciato ad espellere il ricorrente.

⁵¹ Sentenza del 6 febbraio 2001, *Bensaid c. Regno Unito*.

*Unito*⁵², doveva essere stabilito se fosse legittimo richiedere ai dipendenti di un'impresa industriale (nel caso di specie, la British Rail) di aderire ad un determinato sindacato, pena la perdita del loro impiego per licenziamento. In tale sentenza, la Corte ritenne che la libertà di associazione includesse un elemento negativo che lo Stato era chiamato a tutelare anche contro parti private. Le sentenze successive hanno confermato, in linea di principio, questa giurisprudenza, prendendo posizione sia contro gli obblighi statali che contro quelli dei datori di lavoro⁵³. Peraltro, la giurisprudenza non pare del tutto coerente. Nel caso *Gustafsson c. Svezia*⁵⁴ l'obbligo positivo dello Stato di tutelare la libertà negativa di associazione è stato più tenue che nelle altre sentenze.

b) Anche la libertà di riunione è stata l'oggetto di una sentenza di principio. Nella sentenza nel caso *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Austria*⁵⁵ la Corte doveva valutare una situazione nella quale ad una manifestazione di un gruppo di medici antiabortisti si era opposta una contro-manifestazione che, in parte con mezzi violenti, aveva tentato di disturbare o addirittura di impedire la prima manifestazione. La polizia era rimasta passiva e non era intervenuta. La Corte si è rifatta alla propria filosofia generale in casi simili, affermando: "A demonstration may annoy or give offence to persons opposed to the ideas or claims that it is seeking to promote. The participants must, however, be able to hold the demonstration without having to fear that they will be subjected to physical violence by their opponents; such a fear would be liable to deter associations or other groups supporting common ideas or interests from openly expressing their opinions on highly controversial issues affecting the community. In a democracy the right to counter-demonstrate cannot extend to inhibiting the exercise of the rights to demonstrate. Genuine, effective freedom of peaceful assembly cannot, therefore, be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere: a purely negative conception would not be compatible with the object and purpose of Article 11. Like Article 8, Article 11 sometimes requires positive measures to be taken, even in the sphere of relations between individuals if need be (...)" (par. 38).

Nonostante tali affermazioni, la Corte non ha dichiarato la violazione dell'art. 11. Le ragioni di questo *self-restraint* poggiano probabilmente sulle concrete circostanze di fatto del caso. Non ci fu alcun danno effettivo. La contro-manifestazione pare abbia avuto un carattere essenzialmente simbolico.

9. La tutela ambientale è un altro settore nel quale obblighi positivi sono stati sviluppati da parte della giurisprudenza della Corte. All'inizio, sarebbe parso difficilmente immaginabile che la CEDU potesse divenire uno strumento cui fare ricorso per il sostegno degli interessi ambientali. Non v'è in essa alcuna menzione di un diritto ad un ambiente "sano" o "salutare". E malgrado ciò,

⁵² Sentenza del 13 agosto 1981, *Young, James e Webster c. Regno Unito*.

⁵³ Si vedano le sentenze del 30 giugno 1993, *Sigurjonsson c. Islanda*; dell'11 gennaio 2006, *Sörensen e Rasmussen c. Danimarca*.

⁵⁴ Sentenza del 25 aprile 1996, *Gustafsson c. Svezia*.

⁵⁵ Sentenza del 21 giugno 1988, *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Austria*.

facendo leva sul rispetto per la vita privata e familiare così come per il domicilio, l'art. 8 ha dimostrato di essere una base giuridica invocabile per combattere le minacce ambientali. In tutti questi importanti casi, è emerso che nessuno più delle autorità pubbliche è in grado di risolvere i conflitti tra interessi ampiamente divergenti.

Il *leading case*, in questo campo, è il caso *Powell e Rayner c. Regno Unito*⁵⁶. Entrambi i ricorrenti, che vivevano nelle vicinanze dell'aeroporto di Londra Heathrow, si erano lamentati del rumore causato dal traffico aereo. Non può dubitarsi che tale rumore non rappresenta solamente uno sgradevole fastidio, ma può causare effetti gravemente dannosi a chiunque si trovi esposto ad esso. In particolare, il traffico aereo notturno può seriamente danneggiare la salute di una persona: l'insonnia è, normalmente, la causa di altri disturbi fisici.

La filosofia che si è ulteriormente sviluppata nelle successive sentenze è ampiamente presente nel caso *Powell e Rayner*. La Corte si astiene dal classificare il rumore come diretta ingerenza statale o come conseguenza dannosa di attività umane contro cui si richiede un rimedio giuridico, affermando che in ogni caso lo Stato è tenuto a prendere "reasonable and appropriate measures to secure the applicants' rights" (par. 41). Secondo il suo giudizio, i principi applicabili sono ampiamente simili. Com'è ovvio, in siffatte situazioni è un grande sfida raggiungere un equo bilanciamento tra gli interessi confliggenti. Concedendo allo Stato un "certo" margine di apprezzamento, la Corte ha esaminato accuratamente le misure adottate per controllare, diminuire o risarcire per il rumore degli aerei, raggiungendo la conclusione che il governo britannico non poteva essere accusato di essere venuto meno al proprio obbligo di proteggere i diritti dei ricorrenti ai sensi dell'art. 8.

L'attività dell'aeroporto di Heathrow è stata oggetto anche di un secondo ricorso presentato nel maggio 1997 che la Grande Camera infine ha giudicato con sentenza dell'8 luglio 2003. La precedente sentenza della Camera del 2 ottobre 2001 non aveva analizzato il disturbo derivante dai rumori in termini di (possibile) ingerenza statale, ma era partita dalla premessa che si trattasse di un caso di obbligo positivo dello Stato di proteggere la popolazione locale dagli effetti pregiudizievoli del traffico aereo. La Grande Camera ha abbandonato questo approccio. Essa ha sottolineato il carattere sussidiario della CEDU e del proprio ruolo quale garante dei rispettivi diritti (paragrafi 97, 119)⁵⁷. Dato il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati, essa si è limitata essenzialmente agli aspetti procedurali, verificando se siano stati preparati degli studi adeguati, se le prove siano state accuratamente esaminate e se alle persone interessate sia stata data la possibilità di presentare le proprie vedute. In definitiva, essa ha affermato che non poteva riscontrare alcun vizio nella normativa applicabile ai voli.

⁵⁶ Sentenza del 21 febbraio 1990, *Powell e Rayner c. Regno Unito*.

⁵⁷ Il principio di sussidiarietà si applica, in generale, sia alla CEDU che alla sua applicazione da parte della Corte. Si veda L. WILDHABER, *Europäischer Grundrechtsschutz aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *EuGRZ*, 2005, p. 689.

Naturalmente, la situazione è diversa se la fonte del rumore, a differenza del caso dell'aeroporto di Heathrow, non ha le caratteristiche di un fattore chiave nell'economia nazionale. Perciò, la Corte fu meno riluttante a rinvenire una violazione nel caso *López Ostra c. Spagna*⁵⁸, nel quale uno stabilimento per il trattamento di rifiuti liquidi e solidi, privo di licenza, produceva odori, rumore e fumi inquinanti ad alcuni metri dall'abitazione del ricorrente, così come nel caso *Guerra c. Italia*⁵⁹, in cui una fabbrica chimica emetteva notevoli quantità di gas infiammabile e altre sostanze tossiche investendo ampie aree dei dintorni e in cui la direzione dello stabilimento aveva mancato di fornire le necessarie informazioni. Analogamente lo Stato convenuto è stato riconosciuto responsabile per non aver fornito una protezione minima nel caso di altre attività industriali dannose che avevano gravemente inquinato le aree circostanti. Nel caso *Taskin e altri c. Turchia*⁶⁰ una miniera d'oro, nella quale veniva usato dell'estratto di cianuro, aveva iniziato l'attività senza alcuna licenza ufficiale dopo lunghe battaglie e alla fine aveva segretamente ottenuto dal Consiglio dei Ministri un permesso di operare in violazione di precedenti decisioni giudiziarie, mentre nel caso *Fadeyeva c. Russia*⁶¹ una fabbrica di acciaio era stata autorizzata ad operare in modo tale che la vicina città restasse ricoperta permanentemente da nuvole di polvere e aria contaminata. In presenza di tali circostanze incerte, nelle quali le autorità dello Stato erano state chiaramente negligenti nell'assolvere i propri compiti quali specificamente previsti dalle leggi interne, si poteva dedurre una violazione dell'art. 8 per non aver usato il margine discrezionale di apprezzamento in una maniera responsabile. La Corte è pienamente consapevole della delicata funzione che essa adempie nell'agire quale organo di riesame delle controversie relative all'ambiente. Giustamente, quindi, essa ha sottolineato il proprio ruolo sussidiario: costaterà una violazione soltanto in circostanze estreme ove le autorità nazionali abbiano mostrato una grave trascuratezza nel difendere l'interesse pubblico di cui i diritti individuali riconosciuti dalla CEDU rappresentano una componente chiave.

In maniera coerente, la Corte ha rilevato che la CEDU non contiene (in quanto tale) un diritto ad un ambiente pulito e sicuro. I ricorrenti non sono autorizzati ad agire in termini generali quali *defensores naturae*. Affermare che l'ambiente si stia deteriorando a causa dall'impatto umano non soddisfa la condizione di essere vittima di una violazione. Una questione rientrante nell'art. 34 viene sollevata solamente da una affermazione secondo la quale l'ingerenza lamentata riguardi direttamente il domicilio, la famiglia o la vita privata del ricorrente⁶².

⁵⁸ Sentenza del 9 dicembre 1994, *López Ostra c. Spagna*.

⁵⁹ Sentenza del 19 febbraio 1998, *Guerra c. Italia*.

⁶⁰ Sentenza del 10 novembre 2004, *Taskin e altri c. Turchia*.

⁶¹ Sentenza del 9 giugno 2006, *Fadeyeva c. Russia*.

⁶² Si vedano le sentenze del 22 maggio 2003, *Kyrtatos c. Grecia*, par. 52; dell'8 luglio 2003, *Hatton c. Regno Unito*, par. 96; *Fadeyeva*, cit., par. 68.

Il fondamento logico sotteso alle sentenze suddette è strettamente connesso al divieto di autotutela in una moderna società in conformità allo Stato di diritto⁶³. Nel condurre la propria vita ordinaria, i privati cittadini tengono il proprio destino nelle proprie mani, facendo uso dei diritti e delle libertà ad essi attribuiti per provvedere ai propri bisogni vitali sotto la propria responsabilità. Ma essi non sono in grado, di propria iniziativa, di contrastare le minacce all'ambiente, che possono comportare un pesante sacrificio alle loro vite. In casi siffatti, solamente lo Stato può bilanciare in modo equo tutti gli interessi in gioco. L'autotutela è ammessa solo in circostanze eccezionali ove non si possa ottenere assistenza giudiziale nei tempi dovuti. Come corollario, i cittadini, i quali hanno rinunciato ai propri "diritti naturali", trasferendoli alle competenti istituzioni governative, debbono essere assistiti ogni qual volta i terzi ledano i diritti loro riconosciuti dalla CEDU. Questa logica si applica a quasi tutti i diritti previsti dalla CEDU, occupando il diritto di cui all'art. 8 la posizione primaria a questo riguardo.

10. a) È evidente che le garanzie fornite in generale ai membri della società non possono essere salvaguardate in modo completo, contrariamente a quanto ci si può aspettare in alcune delle situazioni specifiche sopra delineate. In una società libera lo Stato interviene solamente in caso di bisogno effettivo. La Corte è pienamente consapevole della funzione sussidiaria che grava sullo Stato. Essa ha sviluppato una giurisprudenza che forma un insieme coerente. Anzitutto essa esige dagli Stati parti della CEDU "to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions"⁶⁴.

Questo è un obbligo generale, dovuto non nei confronti di specifici individui, ma della intera cittadinanza. La Corte, essenzialmente, esige che tutti gli Stati parti istituiscano un sistema di governo pienamente operativo che soddisfi le prescrizioni degli articoli 1 e 2. Il buon governo viene così "costituzionalizzato", se ci è consentito utilizzare un tale termine alla moda. Secondo questa aspettativa, la Corte non si inoltra nel terreno dei "tipici" diritti sociali, intesi quali pretese individuali a ricevere specifici benefici. I meccanismi ed attività generali diretti a promuovere gli interessi comuni di una comunità nazionale non sono mai stati intesi quali diritti economici o sociali. In particolare, una sana e oculata politica estera che preservi la pace e perciò protegga la vita umana è nell'interesse di ciascuno ma non può costituire oggetto di ricorsi individuali.

b) La Corte ha stabilito l'obbligo del buon governo non solo rispetto alle attività criminali intenzionali, ma ne ha fatto la guida della politica pubblica sotto gli auspici dell'art. 2 anche con riguardo alla negligenza che può mettere

⁶³ Tale legame è messo in luce anche da G. RESS, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁴ Si vedano le sentenze del 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, par. 115; del 28 marzo 2000, *Mahmut Kaya c. Turchia*, par. 85; del 3 aprile 2001, *Keenan c. Regno Unito*, par. 89.

in pericolo la vita umana. Nel procedimento *Calvelli e Giglio*⁶⁵, avente ad oggetto il caso di un neonato morto due giorni dopo la sua nascita, essa ha reso un'affermazione particolarmente avanzata circa la disciplina negli ospedali. Essa ha notato che gli Stati hanno l'obbligo "to make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives" (par. 49)⁶⁶. La Corte, evidentemente, è partita dal presupposto che nessun difetto strutturale poteva essere ammesso in istituzioni che decidono della vita o della morte di esseri umani. Analogamente, nel caso *Öneryildiz c. Turchia*⁶⁷ la Corte ebbe ad occuparsi di una esplosione avvenuta in un quartiere di Istanbul, dovuta a un'improvvisa accensione del gas metano che si era formato in una discarica di rifiuti urbani, la quale aveva assunto la forma di una collina, uccidendo 39 persone. La Corte ha ritenuto che i pericoli insiti nella discarica erano facilmente prevedibili e che quindi la responsabilità era ascrivibile alle competenti autorità comunali. Essa ha ripetuto in questo contesto che gli Stati hanno l'obbligo di monitorare accuratamente tutte le "dangerous activities"⁶⁸, che possono essere identificate *ex ante*. Particolarmente interessante, nel più recente passato, è il caso *Pereira Henriques c. Lussemburgo*⁶⁹, riguardante un incidente relativo a una costruzione: un muro era crollato, uccidendo uno degli operai edili impiegati sul posto. Benché in questo caso il problema principale verteva sull'obbligo dello Stato convenuto di condurre un'indagine accurata, la Corte ha affermato che l'obbligo di emanare una legislazione adeguata e di realizzare idonei meccanismi esecutivi allo scopo di proteggere la vita umana si applicavano anche nelle circostanze della fattispecie in esame (paragrafi 56-57). In definitiva, gli Stati sono tenuti non solo a prevenire attacchi intenzionali contro la vita umana, ma anche ad assumere iniziative preventive generali rispetto ad ogni genere di tipico pericolo che metta a rischio il pieno godimento del diritto enunciato dall'art. 2. Peraltro, nessuno può ricavare *ex ante* da quel generale obbligo di precauzione un diritto individuale esigibile.

c) La situazione cambia quando una persona è esposta ad un pericolo prevedibile e concreto alla sua vita. Dal momento che nessuno è nella posizione di proteggersi efficacemente da forze criminali, le autorità pubbliche hanno l'obbligo di adottare le misure preventive necessarie per scongiurare la minaccia. In casi siffatti, si applica il principio generale secondo il quale nessun obbligo impossibile o sproporzionato può essere posto a carico delle autorità. In numerosi casi, la Corte ha verificato scrupolosamente se un omicidio intenzionale, attribuibile a tali attività criminali, avrebbe potuto essere evitato. Sia nel caso *Osman c. Regno Unito*⁷⁰ che nel caso *Güngör c. Turchia*⁷¹ essa è giunta alla

⁶⁵ Sentenza del 17 gennaio 2002, *Calvelli e Giglio c. Italia*.

⁶⁶ Un'affermazione ripetuta nella sentenza dell'8 luglio 2004, *Vo c. Francia*, par. 89.

⁶⁷ Sentenza della Grande Camera del 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*.

⁶⁸ *Ibidem*, par. 71.

⁶⁹ Sentenza del 9 maggio 2006, *Pereira Henriques c. Lussemburgo*.

⁷⁰ Sentenza *Osman*, cit.

⁷¹ Sentenza del 22 marzo 2005, *Güngör c. Turchia*.

conclusione che gli indizi che, secondo il ricorrente, avrebbero dovuto mettere in guardia le competenti autorità di polizia erano non sufficientemente evidenti – se non quasi inesistenti – per permettere un accertamento della violazione dell’obbligo di protezione. A questo riguardo, occorre evidentemente tenere in considerazione la semplice verità che, in una società liberale, i presunti potenziali aggressori non possono essere semplicemente posti in custodia cautelare per neutralizzare il pericolo che proviene da loro. Dall’altra parte, nel caso *Mahmut Kaya c. Turchia*⁷² era schiacciante la prova che le competenti autorità turche erano a conoscenza delle minacce alla vita della vittima, sospettata di sostenere il PKK, e nonostante ciò si erano astenute dall’adottare qualsiasi misura idonea di protezione⁷³.

d) Un legame specifico viene altresì stabilito tra lo Stato interessato e la vittima o, più precisamente, i suoi parenti prossimi, se una persona ha perso la propria vita in circostanze che indicano una responsabilità delle autorità dello Stato. In conformità ad un costante orientamento giurisprudenziale⁷⁴, spetta quindi allo Stato condurre un’indagine accurata ed effettiva sotto l’autorità di persone che godano di un sufficiente livello di indipendenza. Ogni omissione nella procedura a questo riguardo viene ritenuta dalla Corte una violazione dell’art. 2. Peraltro, le “conseguenze del crimine” rappresentano un campo speciale, nel quale la violazione deve essere riparata. I tipici diritti economici e sociali entrano in gioco in una fase precedente, quando la sfida consiste nell’aiutare un individuo ad ottenere un adeguato standard di vita.

11. Infine, dovrebbe farsi un cenno a quei casi in cui privati tentino di attuare i propri diritti. Secondo l’art. 6, par. 1, essi hanno un diritto di accesso al giudice, ma la giurisprudenza di Strasburgo è (inoltre) dell’opinione che in casi siffatti sia in gioco anche il diritto sostanziale coinvolto. In questo senso, un’intera serie di casi è legata alle garanzie che l’art. 8 enuncia in quella singolare miscela di vita privata e familiare, domicilio e corrispondenza.

Le controversie tra genitori rispetto ai loro diritti sui figli sono diventate un caso frequente. Invero, a nessun padre o madre è consentito di attuare in via unilaterale i rispettivi diritti contro l’altro genitore. Senza l’aiuto delle autorità giudiziarie e l’attuazione di qualsiasi decisione da esse resa, i genitori potrebbero veder vanificati i propri diritti. Spetta perciò agli Stati rendere la propria macchina giudiziaria e i meccanismi esecutivi di polizia disponibili per le persone che cercano di rivendicare i diritti enunciati dell’art. 8⁷⁵. Altrimenti, metodi di

⁷² Sentenza *Mahmut Kaya*, cit.

⁷³ Nel caso, vi era pure il forte sospetto che Hasan Kaya, la vittima, fosse stato ucciso da forze di sicurezza dello Stato che agivano in segreto.

⁷⁴ Si vedano, ad esempio, le sentenze del 27 settembre 1995, *McCann c. Regno Unito*, par. 161; e del 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*.

⁷⁵ Si vedano le sentenze del 23 settembre 1994, *Hokkanen c. Finlandia*; del 25 gennaio 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*; del 5 aprile 2005, *Monory c. Ungheria*; del 23 giugno 2005, *Zawadzka c. Polonia*; del 15 dicembre 2005, *Karadzic c. Croazia*; del 22 giugno 2006, *Bianchi c. Sviz-*

autotutela da “selvaggio West” sarebbero l’inevitabile conclusione. Inizialmente, spetta ai genitori regolare con un accordo la propria autorità sui figli. Ma le autorità statali debbono intervenire non appena le parti interessate non siano in grado di risolvere le proprie controversie mediante un mutuo consenso.

Com’è ovvio, non può essere agevole per la Corte entrare nel complesso terreno di fatto delle reciproche accuse caratteristiche in tali casi. Gli organi giudiziari nazionali, disponendo delle prove rilevanti, si trovano normalmente in una posizione molto migliore per valutare sia le prove disponibili che i pro e i contro delle richieste presentate dalle parti. Quindi, la Corte dovrebbe trattare tali casi con la massima attenzione, essendo consapevole del proprio ruolo sussidiario nell’edificio organizzativo per la protezione dei diritti della CEDU⁷⁶. Peraltro, ciò non sminuisce la necessità, in principio, di fornire un’assistenza attiva ai genitori i cui diritti sono minacciati dall’inerzia o dagli ostacoli da parte delle competenti autorità nazionali. Non è infrequente che gli organi giudiziari siano ossessionati da inopportuni sentimenti nazionalistici quando hanno a che fare con questioni relative all’autorità dei genitori e con la sottrazione di figli da parte di uno di essi. La Corte è conscia in tutti questi casi che deve impegnarsi in un delicato processo di bilanciamento. In tutte le decisioni rilevanti, essa sottolinea che il diritto di un genitore al ricongiungimento col proprio figlio non è assoluto giacché al di là e al di sopra dei diritti dei genitori debbono essere presi in considerazione gli interessi del bambino; inoltre, l’interesse pubblico a vedere rispettata la legge in vigore è un fattore il cui peso non può essere ignorato⁷⁷.

12. La prima conclusione desumibile dalle precedenti considerazioni, che potrebbero fornire solo un quadro selettivo della ricchezza delle pertinenti decisioni, è che secondo la Corte i diritti previsti dalla CEDU (nella maggior parte) non solo richiedono una protezione contro l’ingerenza dello Stato, ma debbono essere tutelati, in generale, in conformità con l’art. 1, contro qualunque tipo di offesa, chiunque ne sia l’autore. Questo approccio può essere spiegato solo mediante una certa concezione di quei diritti, quali valori che dovrebbero essere la guida incontrastata della vita di una democrazia liberale, nella quale né lo Stato, né qualsivoglia altro potere sociale possono assoggettare altri esseri umani al proprio dominio.

Nel complesso, la giurisprudenza della Corte rimane limitata a garantire un pieno godimento dei classici diritti civili e politici che l’individuo non può garantire con le proprie forze. Le sentenze esaminate sono dirette ad assicurare l’autonomia della persona umana. Solo quando individui in condizioni di com-

zera; del 13 luglio 2006, *Lafargue c. Romania*. In tutti questi casi fu riscontrata una violazione. Si veda pure la sentenza del 28 febbraio 2006, *Plasse-Bauer c. France*, dove il caso è stato valutato alla luce dell’art. 6, par. 1. Per casi in cui non fu riscontrata alcuna violazione si vedano le sentenze del 29 giugno 2004, *Volesky c. Repubblica Ceca*; del 6 settembre 2005, *Siemianowski c. Polonia*; del 12 gennaio 2006, *Mihailova c. Bulgaria*; e del 9 maggio 2006, *C. c. Finlandia*.

⁷⁶ La Corte è conscia di tale esigenza: si veda la sentenza *C.*, cit., par. 52.

⁷⁷ Si veda la sentenza *Volesky*, cit., par. 119.

pleta privazione della libertà sono *de facto* totalmente dipendenti dallo Stato, le autorità pubbliche sono vincolate a prendersi cura del loro benessere fisico fornendo loro un alloggio decente, cibo, e assistenza medica. Al di là di ciò, la Corte non interpreta la CEDU nel senso di affidare allo Stato il compito di proteggere gli esseri umani contro i normali rischi della vita⁷⁸. Il caso *Botta c. Italia*⁷⁹, nel quale un disabile cercava di accedere col proprio veicolo ad una spiaggia di una località di mare italiana, chiedendo che venissero rimosse le barriere esistenti, testimonia tale limitazione⁸⁰. Spetta agli individui stessi ottenere le strutture che rendono una vita soddisfacente.

Come prerequisito per la protezione dei diritti previsti dalla CEDU, la Corte richiede un sistema di buon governo che sia realmente in grado di evitare qualunque minaccia prevedibile ai diritti fondamentali⁸¹. Peraltro, l'individuo non ha titolo per pretendere i benefici di un tale sistema *in abstracto*. Egli può affermare il proprio diritto alla protezione ogni volta che uno dei suoi diritti sia stato leso in termini concreti.

13. In questa sezione verranno esaminati i pochi casi in cui la Corte ha fatto un decisivo passo in avanti esigendo non solo che le autorità pubbliche permettano agli individui di esercitare i diritti riconosciuti a loro favore difendendoli da pressioni esterne e creando i rimedi adeguati che loro stessi siano in grado di attivare, ma stabilendo che debbano essere loro fornite specifiche prestazioni. Lo sfondo di questi casi può essere riassunto come uno sforzo di garantire la dignità umana anche per coloro che vivono ai margini della società e che, a causa della estrema povertà, devono sopportare ogni giorno dure condizioni di vita. Nel complesso, questi casi rimangono eccezionali, ma essi possono avere un enorme potenziale per future applicazioni⁸².

Come linea generale della propria giurisprudenza, la Corte ha notato in numerose occasioni che nessun diritto a prestazioni sociali può, come tale, essere ricavato dalla CEDU. Ciò è stato evidenziato nel caso *Petrovic c. Austria*⁸³ riguardo alla concessione di un congedo parentale, nel caso *Pravednaya c. Russia*⁸⁴ rispetto alle pensioni di anzianità ed è stato confermato nel caso *Yuriy Romanov c. Russia*⁸⁵ come pure nel caso *Stec e altri c. Regno Unito*⁸⁶. In altri casi, la Corte ha ritenuto che gli Stati non possono essere considerati obbligati a fornire ai rifugiati un'assistenza finanziaria che permetta loro di mantenere un

⁷⁸ Concordiamo con G. RESS, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁹ Sentenza del 24 febbraio 1998, *Botta c. Italia*.

⁸⁰ La Corte si è fondata sul fatto che mancava un legame diretto tra le misure che allo Stato era richiesto di adottare e la vita del ricorrente. Cfr. *ibidem*, par. 35.

⁸¹ Alla stessa conclusione, essenzialmente, giunge G. RESS, *op. cit.*, p. 191.

⁸² G. RESS, *op. cit.*, p. 181, ritiene che l'assistenza finanziaria non sia inclusa nell'obbligo generale di tutelare i diritti umani, laddove F. SUDRE, *op. cit.*, p. 1366, è a favore di tale apertura.

⁸³ Sentenza del 27 marzo 1998, *Petrovic c. Austria*.

⁸⁴ Sentenza del 18 dicembre 2004, *Pravednaya c. Russia*, par. 37.

⁸⁵ Sentenza del 25 ottobre 2005, *Yuriy Romanov c. Russia*, par. 45.

⁸⁶ Sentenza del 12 aprile 2004, *Stec e altri c. Regno Unito*, par. 53.

certo tenore di vita⁸⁷, ha chiarito che non vi è alcun diritto a ricevere riparo e alloggio⁸⁸, e ha concluso che non vi è alcun obbligo generale, ai sensi della CEDU, per gli Stati di riparare gli illeciti inflitti nel passato sotto la generale copertura dell'autorità dello Stato, definendo con questa decisione un caso in cui un cittadino polacco, costretto a prestare lavoro forzato per le forze di occupazione naziste durante la seconda guerra mondiale, aveva chiesto che il proprio governo aumentasse le indennità che erano state concordate da Polonia e Germania quale gesto umanitario verso le vittime. Come organizzare il proprio sistema nazionale di assistenza sociale è questione che va risolta da ciascuno Stato, sotto la sua responsabilità.

14. Tutto ciò rispecchia l'approccio tradizionale ai diritti sociali. Ci si aspetta che ogni essere umano, in primo luogo, si prenda cura di sé. Tuttavia nel caso *Z. e altri c. Regno Unito*⁸⁹, la Corte ha ritenuto che possono esserci situazioni di estrema miseria nelle quali le autorità pubbliche devono intervenire per alleviare le sofferenze delle persone interessate. Il caso riguardava una famiglia con quattro bambini i cui genitori non erano palesemente in grado di adempiere efficacemente le proprie responsabilità. I bambini erano del tutto trascurati, rimanevano la maggior parte del tempo chiusi nelle proprie camere da letto, non avevano cibo a sufficienza e l'appartamento era sporco: non venivano osservate le basilari condizioni igieniche. La Corte ha affermato che non adottando rapidi ed efficaci rimedi le pubbliche autorità avevano commesso una violazione dell'art. 3 mediante omissione giacché lo stato di abbandono e gli abusi sofferti dai quattro bambini avevano raggiunto la soglia di un trattamento inumano e degradante (paragrafi 74-75). Il ragionamento sotteso a questa pronuncia è chiaro. Ogni volta che una persona si ritrovi in condizioni miserevoli che minaccino la propria vita, dalle quali non sia in grado di liberarsi, lo Stato ha l'obbligo di fornire la necessaria assistenza in qualunque forma idonea⁹⁰. Ciò ha implicazioni di vasta portata per coloro che appartengono ai gruppi emarginati della società. Ci si può chiedere perché il caso *Z. e altri c. Regno Unito* sia sin qui l'unico caso rilevante che pone inequivocabilmente il principio secondo cui lo Stato deve garantire uno standard minimo di politica sociale a tutti i propri cittadini. La risposta a questo interrogativo è probabilmente piuttosto triste: persone di quell'ambiente non saranno quasi mai in grado di giungere fino alla Corte, data l'ardua barriera del previo esaurimento dei ricorsi interni. Solo ove ricevano aiuto da organizzazioni caritatevoli non-governative esse possono sperare di vedere infine la propria domanda riconosciuta a Strasburgo.

La decisione della Corte, benché estremamente audace, è da salutare con favore. In una libera democrazia, che veramente si prende cura dei diritti umani,

⁸⁷ Sentenza del 26 aprile 2005, *Müslim c. Turchia*, par. 85.

⁸⁸ Sentenza dal 18 gennaio 2001, *Chapman c. Regno Unito*, par. 98 s.

⁸⁹ Sentenza del 10 maggio 2001, *Z. e altri c. Regno Unito*.

⁹⁰ La Corte, così ha rovesciato una precedente non felice decisione della Commissione del 9 maggio 1990, *Van Volssem c. Belgio*, riportata in *RUDH*, 1990, p. 349.

nessuno dovrebbe essere costretto a condurre la propria esistenza in condizioni invivibili o a soffrire la fame. Gli Stati devono far fronte alle proprie responsabilità per queste situazioni-limite. In una Europa che invecchia, dove la percentuale di anziani e di vecchi sta crescendo rapidamente, il caso *Z. e altri c. Regno Unito* può diventare un precedente di vasta portata, qualitativa e quantitativa. Il solo problema è come i governi adempiranno i propri obblighi se essi devono fronteggiare decine di migliaia di casi simili.

15. Un'altra questione dove ci si può attendere qualche sviluppo dinamico riguarda l'applicazione dei principi di eguaglianza e di non-discriminazione alle prestazioni sociali erogate con fondi pubblici. Secondo una consolidata giurisprudenza la concessione di diritti sociali può costituire una proprietà nel senso contemplato dall'art. 1 del Protocollo n. 1, rientrando così nell'ambito dell'art. 14 e anche dell'art. 6, par. 1 come un "diritto civile"⁹¹. In particolare, i ricorrenti sono autorizzati a proseguire la loro azione per il diritto alla pensione di fronte alla Corte. Peraltro, i casi più delicati sono quelli in cui può essere dubbio che una prestazione sociale rientri nell'ambito dell'art. 1 del Protocollo n. 1. Nel caso *Gaygusuz c. Austria*⁹² un cittadino turco che viveva in Austria aveva chiesto un'assistenza di emergenza come speciale forma di sussidio di disoccupazione. Questa assistenza gli era stata negata per la ragione che egli non aveva la cittadinanza austriaca. La Corte ha ritenuto che tale rifiuto violava l'art. 14 in connessione con l'art. 1 del Protocollo n. 1. Essa ha sottolineato che il ricorrente aveva lavorato in Austria e aveva pagato i contributi al fondo nazionale di assicurazione per la disoccupazione. Di conseguenza, non vi era alcun motivo ragionevole che giustificasse la sua esclusione. Infatti, l'assicurazione si basa sulla reciprocità. Una persona che contribuisce al sistema generale di assicurazione acquisisce diritti che devono essere considerati costituenti proprietà nel significato dell'art. 1 del Protocollo n. 1 in quanto essa ha contribuito a finanziare il fondo. Lo stesso fondamento logico è alla base del successivo caso *Willis c. Regno Unito*⁹³, nel quale un vedovo chiedeva un'indennità per vedovanza che a quel tempo non era prevista dalla legislazione britannica. Nella famiglia la defunta moglie aveva rappresentato la principale fonte di reddito. Secondo il ricorrente il rifiuto del sussidio di vedovanza costituiva una illecita discriminazione basata sul sesso. A causa della natura accessoria dell'art. 14, la Corte doveva stabilire che un altro diritto garantito dalla CEDU era stato ostacolato. Essa ha considerato che la circostanza che il ricorrente stesso non aveva pagato alcun contributo fosse irrilevante, poiché i pagamenti erano stati effettuati dalla defunta moglie e che, di conseguenza, era sorta una posizione protetta dall'art. 1 del Protocollo n. 1.

⁹¹ Si vedano le sentenze del 29 maggio 1986, *Feldbrugge c. Paesi Bassi*; del 29 maggio 1986, *Deumeland c. Germania*; del 12 ottobre 1996, *Kjartan Asmundsson c. Islanda*, par. 39; *Yuriy Romanov*, cit., par. 33.

⁹² Sentenza del 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*.

⁹³ Sentenza dell'11 giugno 2002, *Willis c. Regno Unito*.

Questo tipo di ragionamento è stato parzialmente abbandonato dalla Corte nel caso *Koua Poirrez c. Francia*⁹⁴. Il ricorrente, figlio adottivo di un cittadino francese, avente cittadinanza della Costa d'Avorio, aveva chiesto il pagamento di una indennità per adulti portatori di handicap. All'inizio, tale indennità gli era stata negata a causa della sua cittadinanza straniera. Il ricorrente non era in grado, invero, di sostenere che con i propri sforzi aveva contribuito al bilancio sociale francese. L'indennità chiaramente non aveva la natura di una "prestazione contributiva". Allo scopo di giustificare la propria deviazione dalla sentenza *Gaygusuz*, la Corte alquanto succintamente sostiene che quanto affermato in quel caso non significava "by converse implication, that a non-contributory social benefit does not also give rise to a pecuniary right for the purpose of Article 1 of Protocol No. 1" (par. 37). Ma essa non riesce affatto a spiegare in modo convincente che l'indennità contemplata avesse i caratteri di una proprietà protetta nel senso contemplato dall'art. 1 del Protocollo n. 1 (paragrafi 38-42). La Corte avrebbe potuto, invece, sottolineare il fatto che il padre adottivo del ricorrente risiedeva e lavorava in Francia (par. 39), pagando le tasse e i contributi al sistema di assicurazione sociale di modo che le loro differenti nazionalità erano una vera anomalia. Al contrario, l'affermazione secondo la quale, in principio, ogni trattamento basato esclusivamente sulla nazionalità è difficilmente compatibile con la CEDU (par. 46) non coglie affatto nel segno. Rispetto ai diritti civili e politici nel loro classico significato, la discriminazione in base alla nazionalità deve invero essere considerata contraria alla CEDU, non solo riguardo agli obblighi negativi, ma anche rispetto all'obbligo di protezione. La CEDU riconosce i propri diritti a tutti, cittadini e stranieri in egual misura. Ma questa regola non può essere applicata indiscriminatamente alle prestazioni sociali. I quarantasei Stati parti della CEDU non hanno creato un'unione sociale nella quale ogni cittadino di uno di quegli Stati riceverà il trattamento nazionale in qualunque altro luogo al di fuori del proprio Paese di origine⁹⁵. L'eguaglianza dei sussidi pubblici non è stata convenuta neppure nell'Unione europea⁹⁶. Presa alla lettera, la lezione del caso *Koua Poirrez* equivarrebbe ad un invito alle persone indigenti ad ammassarsi nel Paese che fornisce i sussidi pubblici più generosi. Chiaramente, nel formulare l'affermazione contenuta nel par. 46 della sentenza *Poirrez* la Corte non ha preso nella dovuta considerazione le specifiche implicazioni delle prestazioni sociali assistenziali.

Un altro metodo per ricondurre le prestazioni sociali nell'ambito della CEDU consiste nel collegare tali prestazioni con uno dei diritti specificamente garantiti. La Corte ha fatto ricorso per la prima volta a questo metodo nel caso *Petrovic c.*

⁹⁴ Sentenza del 30 settembre 2003, *Koua Poirrez c. Francia*.

⁹⁵ Per una valutazione del contesto politico si veda H. OBINGER, S. LEIBFRIED, F. G. CASTLES, *Beipässe für ein 'soziales Europa': Lehren aus der Geschichte des westlichen Föderalismus*, in *Der Staat*, 2005, p. 520.

⁹⁶ Per un'analisi del ruolo proprio della Corte di giustizia delle Comunità europee in questo contesto si veda, ad esempio, K. HAILBRONNER, *Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen*, in *Juristenzeitung*, 2005, pp. 1138-1144.

*Austria*⁹⁷. In quel caso, che iniziò nel 1989, un giovane padre chiedeva la concessione di un permesso parentale dopo la nascita di un bambino nella famiglia. Egli aveva smesso di lavorare, mentre la madre aveva ripreso la propria attività professionale. Secondo la legislazione austriaca, tale aspettativa retribuita poteva essere chiesta solo dalla madre. La Corte non ha riesaminato la distinzione tra padre e madre alla luce dell'art. 1 del Protocollo n. 1, rendendosi ovviamente conto che i criteri del caso *Gayuguz* non erano soddisfatti. Essa ha invece argomentato nel modo seguente: “By granting parental leave allowance States are able to demonstrate their respect for family life within the meaning of Article 8 of the Convention; the allowance therefore comes within the scope of that provision. It follows that Article 14 – taken together with Article 8 – is applicable” (par. 29).

Lo stesso argomento è stato ripreso più di recente in due casi in cui era in gioco il pagamento dei sussidi per i bambini in Germania (*Kindergeld*). La Corte ha ripetuto che il pagamento rientrava nella CEDU semplicemente alla luce del suo oggetto e del suo scopo, vale a dire la promozione della famiglia. Questa sarebbe la perfetta passerella per condurre qualunque misura assistenziale nell'ambito della CEDU dal momento che tutti i diritti elencati in strumenti che enunciano diritti sociali possono essere collegati a specifici diritti della CEDU o, quantomeno, al concetto chiave di dignità umana. Ciò naturalmente si applicherebbe non solo ai pagamenti come tali, ma anche agli sgravi fiscali e ad altri incentivi indiretti. Nel seguire il corso che ha intrapreso, la Corte potrebbe presto finire per diventare la corte suprema europea in materia fiscale – una prospettiva, questa, non promettente.

16. In un progressivo processo che si è sviluppato lungo vari decenni, la Corte ha gradualmente elaborato soluzioni ben bilanciate per casi in cui individui erano in un disperato bisogno di assistenza dalle autorità governative. Attraverso la sua prassi, essa ha mostrato che obblighi negativi e positivi formano un complesso inestricabile e coerente. Essenzialmente, la Corte richiede agli Stati parti di realizzare e gestire un sistema ben funzionante di buon governo. A volte, ove le persone siano totalmente dipendenti dallo Stato, esse devono essere provviste dei beni e dei servizi basilari necessari per il loro benessere. Siffatte situazioni di emergenza umana possono determinarsi anche nei rapporti tra soggetti privati nei quali lo Stato, come garante ultimo della dignità umana deve intervenire per salvare la vita umana ed evitare trattamenti che si risolvano in violazioni dell'art. 3. Giustamente, la Corte ha, dall'altra parte, escluso qualunque obbligo degli Stati di istituire sistemi generali di assistenza. Rispetto alle prestazioni assistenziali individuali, essa dovrebbe essere prudente nell'applicare il “bastone” dell'art. 14 in connessione con altri diritti sostanziali garantiti dalla CEDU. La CEDU ha quindi una componente sociale definita. Ma non ha (ancora?) attraversato il ponte verso il campo dei diritti sociali veri e propri.

⁹⁷ Sentenza *Petrovic* cit.

Gianluigi Palombella

Il *rule of law*, la democrazia e il diritto internazionale. A partire dall'esperienza degli Stati Uniti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. “The rule of law in this jurisdiction”. – 3. Ragioni e strutture. – 4. La connessione tra il sistema giuridico statale e il sistema giuridico internazionale. – 5. Il *Military Commission Act* (MCA). – 6. L’“altro” diritto internazionale. – 7. Il riconoscimento dell’importanza dello *jus cogens*. – 8. Il problema teorico-giuridico. – 9. Conclusione.

1. La questione generale che fa da sfondo a questo saggio riguarda il rapporto che intercorre tra il “*rule of law*”, inteso dal punto di vista dell’ordinamento nazionale, e il *rule of law*, inteso dal punto di vista del diritto internazionale. Concezioni istituzionali diverse di tale rapporto conducono ad attitudini differenti nei confronti del sistema del diritto internazionale. Ma vi sono problemi che non sembrano poter ricevere più alcuna risposta nel quadro degli assunti centrali e più risalenti di alcuni Paesi occidentali, ispirato alla radicale separabilità tra il *rule of law* all’interno e il *rule of law* a livello internazionale. Eppure proprio dal persistente appello al *rule of law* e dalla fedeltà ad esso, sorge una domanda essenziale: se il nostro atteggiamento verso l’ordine normativo del diritto internazionale possa essere esente da un qualsiasi canone di coerenza con il *rule of law*¹ che invociamo per il nostro ordinamento interno.

È opportuno chiedersi se il rispetto del “*rule of law*” imponga allo stesso tempo anche di adottarne una concezione “unitaria”, oppure ci permetta di abbracciare standard diversi quando si tratti dell’ordine internazionale o sovrana. Una delle argomentazioni che si assume giustifichi la “separazione”

* La versione in lingua inglese di questo articolo sarà pubblicata su *Ratio Juris*, n. 4, 2007. Esso nasce a seguito di un dibattito con Neal Katyal, alla Georgetown University nel marzo 2007.

¹ Ai fini di questo lavoro è sufficiente assumere che il *rule of law* indichi l’insieme dei principi giuridici oggi tipici dell’area istituzionale occidentale, comune anche ai Paesi di *civil law* dopo le loro svolte costituzionali, e la loro garanzia della priorità o dell’irriducibilità del diritto alla volontà sovrana. Nei Paesi euro-continentali, la logica del *rule of law* anglosassone appare – *mutatis mutandis* – protetta compiutamente solo quando, dopo le Costituzioni del ‘900, l’ultimatività della legislazione viene affiancata con pari dignità da un diritto che ne è in linea di principio indipendente, quello “costituzionale” dei diritti fondamentali. Per una trattazione del *rule of law*, devo rimandare a G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and its Core*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER (eds.), *Re-locating the Rule of Law*, Oxford-Portland, in corso di pubblicazione. In generale sia sul *rule of law* sia sullo *Stato di diritto*, P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Stato di diritto*, Milano, 2002.

e il doppio standard è la *democrazia*. Tuttavia, non tutti gli ordinamenti costituzionali occidentali si richiamano alla “naturale” prevalenza della *democrazia* come “*trump card*” di fronte, per esempio, a norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, nonostante la fede che nutrono nella democrazia costituzionale.

Invece di affrontare tale problema in astratto, questo saggio si occupa nella prima parte dall’analisi del diritto positivo, in particolare muovendo da una recente pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti, che ribadisce con nettezza l’importanza del principio democratico, della separazione dei poteri e la necessità per il proprio Paese di conformarsi al diritto internazionale. I problemi teorici, in questo caso, non possono essere identificati adeguatamente se li si separa dal loro concreto manifestarsi nelle strutture, nel linguaggio e nelle scelte giuridiche.

Passerò poi all’esame di due questioni correlate: il significato della deferenza nei confronti della democrazia costituzionale e la sua rilevanza come questione di diritto internazionale. D’altro canto, sarà utile rammentare alcuni standard fondamentali su cui poggia il diritto internazionale contemporaneo e alcuni degli atteggiamenti costituzionali occidentali nei loro confronti. Dopo tale ricostruzione critica, sarà possibile soffermarsi sulla *ratio juris*: benché il modello di *rule of law* che emerge dalla pronuncia della Corte Suprema confermi una visione consolidata, soprattutto nei modelli di derivazione anglosassone, esso appare inadeguato alle trasformazioni che hanno interessato il diritto internazionale nell’ultimo secolo e alla crescita progressiva del ruolo assunto da una parte oggi essenziale del diritto internazionale, ed in particolare di quella sua componente che è raccolta nella nozione di *jus cogens*.

Gli schemi correnti della relazione con gli ordinamenti nazionali si confrontano con domande nuove e senza precedenti, che sollecitano tutte l’impegno degli Stati con riguardo ad alcuni principi fondamentali del *rule of law* e sembrano pretendere sul piano giuridico (del tutto autonomamente rispetto alle connesse questioni morali) la coerenza tra i sistemi, tra l’ambito interno e quello internazionale. A questi problemi è dedicata soprattutto la seconda parte di questo lavoro.

2. La decisione presa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Hamdan v. Rumsfeld*² è stata salutata con favore da tutti coloro che, in questi anni hanno nutrito preoccupazioni per la sorte dei diritti umani, per la garanzia dell’*habeas corpus*, e per il rispetto del diritto internazionale. In una decisione precedente, *Rasul v. Bush*³, la Corte Suprema aveva ritenuto che gli stranieri detenuti a Guantanamo hanno titolo a chiedere l’accertamento della legalità della loro detenzione attraverso la *petition of habeas corpus*. Nel caso *Hamdi v. Rumsfeld*⁴

² *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749, U.S., 2006.

³ 542 U.S. 466 (2004).

⁴ 542 U.S. 507 (2004).

la Corte aveva dichiarato che il Congresso, con l'*Authorization to the Use of Military Force* (AUMF), all'indomani dell'attacco alle torri gemelle dell'11 settembre, non aveva anche reso lecita la "*indefinite detention*"⁵ nemmeno di quei militanti di Al Qaeda e dei combattenti stranieri "irregolari" che l'Esecutivo avesse definito "*unlawful enemy combatants*" (invece che prigionieri di guerra)⁶. La Corte Suprema riconobbe che il potere del Presidente degli Stati Uniti non può essere esteso al punto di cancellare il diritto dei prigionieri di avere accesso ad un giudice, il diritto alla difesa, a un processo davanti a un giudice imparziale, ad essere informati delle accuse levate contro di loro e delle pretese prove a loro carico⁷.

L'importanza e l'estensione della decisione *Hamdan* (2006) sono decisamente superiori. La Corte Suprema assume che le commissioni militari create dall'Esecutivo⁸ per processare i propri prigionieri non possono derivare da alcun potere tra quelli che il Congresso con l'AUMF o il *Detainee Treatment Act* del 2005 (DTA) ha accordato al Presidente: l'Esecutivo non ha peraltro fornito alcuna prova che nel caso di *Hamdan* si versasse in una situazione di emergenza nel mezzo delle ostilità di un campo di battaglia, così da dover far ricorso a procedure militari senza rispetto delle garanzie previste dalla legge di guerra (ossia gli "*Articles of War*", ora *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ)⁹. Le Commissioni militari appaiono tutt'altro che "costituite regolarmente", visto che non si conformano alle norme valide per le corti marziali: e ciò senza che nemmeno sia offerta una spiegazione soddisfacente delle ragioni che giustifichino tale "deviazione"¹⁰. Tutto ciò è ancor più grave, visto che l'imputato potrebbe essere processato in base a prove qualsiasi, non importa con quali mezzi raccolte, purché ritenute "ragionevoli" dal presidente della commissione militare, e senza nemmeno il diritto ad essere presente (sino all'ultima decisione della Corte Suprema).

Sul piano sostanziale, la Corte sostiene che l'accusa contro *Hamdan*, "cospirazione", sebbene configuri in astratto un crimine, non rientra tra quei crimini contro il diritto di guerra riservati alla giurisdizione esclusiva dei tribunali militari¹¹. Questa conclusione è corroborata, secondo il giudice Stevens, dal fatto che tale crimine non appare nelle convenzioni internazionali né di Ginevra né del-

⁵ *Ibidem*, p. 519.

⁶ *Ibidem*, p. 516.

⁷ *Ibidem*, p. 533.

⁸ *Military Commission Order* n. 1, 21 marzo 2002: "Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non United States citizens in the War against Terrorism".

⁹ L'UCMJ autorizza il Presidente a decidere "by regulations which shall, so far as he considers practicable, apply the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts, but which may not be contrary to or inconsistent with this chapter" (art. 36); autorizza le commissioni militari "with respect to offenders or offences that by statute or by the law of war may be tried by military commissions, provost courts, or other military tribunals" (art. 21).

¹⁰ *Hamdan v. Rumsfeld*, cit., p. 2797 s.

¹¹ *Ibidem*, p. 2777 (e UCMJ, art. 21).

l’Aja, e che fosse escluso dalle violazioni del diritto di guerra anche dal Tribunale militare internazionale di Norimberga¹². Ad ogni modo, la maggioranza della Corte ritiene che “la commissione militare manca del potere per procedere” poiché l’*Uniform Code of Military Justice* “condiziona il ricorso alle commissioni militari da parte del Presidente al rispetto non solo del comune diritto di guerra, ma anche delle restanti previsioni dell’UCMJ, in quanto applicabili, e alle ‘regole e i precetti del diritto delle nazioni’ (...) incluse tra l’altro, le quattro Convenzioni di Ginevra siglate nel 1949 (...). Le procedure che il Governo ha deciso debbano valere per il caso *Hamdan*, violano quelle norme”¹³.

In effetti, secondo la Corte, nonostante la precedente opinione contraria della Corte d’Appello, le Convenzioni di Ginevra (CG) sono divenute applicabili in giudizio (“*judicially enforceable*”) perché sono parte del diritto di guerra e l’osservanza del diritto di guerra è prescritta dall’art. 21 dell’*Uniform Code of Military Justice*. Indipendentemente dal fatto che le CG istituiscano diritti reclamabili in giudizio, comunque il Congresso le ha incluse nell’ambito del diritto statunitense. I tribunali militari costituiti per processare detenuti per violazioni del diritto di guerra non rispondono ai requisiti previsti dall’*Uniform Code* o dal diritto di guerra, di cui l’art. 3 comune delle CG fa senz’altro parte. L’art. 3, infatti, si riferisce anche ai conflitti “non internazionali” ed è applicabile nella lotta al terrorismo, al di là dei conflitti tra Stati: pertanto esso assicura anche ai membri di Al Qaeda garanzie fondamentali, comprese quelle contro sentenze emanate da corti irregolari, garanzie “riconosciute come indispensabili dai popoli civili”¹⁴. Nonostante la flessibilità e la vaghezza di alcune delle condizioni richiamate nell’art. 3 comune, le commissioni militari non le soddisfano, anche alla luce dell’art. 75 del I Protocollo addizionale del 1977, che assicura “garanzie fondamentali” per ogni genere di persone nelle mani di un nemico¹⁵.

La decisione della Corte Suprema è pertanto una vittoria del “*rule of law*”. O dovremmo semplicemente dire, come dice la Corte Suprema, del *rule of law* che vale in questo Paese, “*that prevails in this jurisdiction*”¹⁶?

Mi soffermerò a considerare se questa domanda meriti di essere posta.

3. Le conclusioni di una corte sono importanti almeno quanto le ragioni con cui sono motivate. E nel rigettare la tesi secondo cui l’Esecutivo dispone di un “potere unitario” (unificato), quindi di un potere senza controlli e limitazioni (un *blank check*) in caso di sicurezza nazionale, la Corte Suprema muove da una

¹² *Ibidem*, p. 2786. Una nota, tuttavia, fa riferimento anche al Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (ICTY) che “drawing on the Nuremberg precedents, has adopted a ‘joint criminal enterprise’ theory of liability”, but as a “species of liability for the substantive offence (...) not a crime on its own”: and therefore not a liability “for conspiring to commit crimes” (*ivi*, p. 2785).

¹³ *Ibidem*, p. 2786.

¹⁴ Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra, 12 agosto 1949, art. 3, par. 1, lett. d).

¹⁵ *Hamdan v. Rumsfeld*, cit., p. 2797.

¹⁶ *Ibidem*, p. 2798.

motivazione fondamentale: l'obbligo costituzionale per l'Esecutivo di munirsi del consenso del Congresso onde assumere poteri eccezionali anche in tempo di guerra. Secondo la Costituzione statunitense, art. I, par. 8, il Congresso ha il potere di punire le violazioni del "diritto delle nazioni" e di "dettare le regole concernenti la cattura in terra e in mare".

Nella decisione *Rasul v. Bush* (2004), il riconoscimento dell'*habeas corpus* a un detenuto di Guantanamo fu basato sulla ragione, che possiamo definire di struttura, di organizzazione costituzionale, secondo cui i poteri dell'Esecutivo non sono stati attribuiti al Presidente *affinché* egli possa sfuggire al controllo giurisdizionale¹⁷. Anche in quel caso, la detenzione a tempo indeterminato e senza contestazioni non fu considerata direttamente come una violazione di diritti dei detenuti. Il problema costituzionale era costruito principalmente secondo una logica che sembra piuttosto imperniata sul (più europeo) concetto di "abuso" di potere: l'abuso implica l'esercizio di un potere legittimo, che non produce l'aperta violazione di altre norme, ma persegue scopi totalmente estranei al potere stesso e alla *ratio* che questo possiede¹⁸. Nei fatti, data la giurisdizione territoriale delle corti americane e l'extraterritorialità di Guantanamo, il potere esecutivo aveva trovato il modo (come esplicitamente ammise), di detenere persone ed evitare di cadere nell'"orbita" di qualsiasi tribunale. Ma privare i detenuti di qualsiasi garanzia, comportava *nello stesso tempo* un *vulnus* istituzionale, sollevava un problema relativo alla struttura complessiva dei poteri: la Costituzione americana non riconosce alcun potere all'Esecutivo di perseguire lo scopo di rendere gli atti e i comportamenti del Governo *invisibili* al potere giudiziario.

Nella decisione *Hamdan* (2006), come si evince dalle parole del giudice Stevens e dalla prima parte della *concurring opinion* del giudice Kennedy¹⁹, la separazione dei poteri appare il fattore essenziale. Creando commissioni militari il Presidente non ha esercitato legittimamente il suo potere, nonostante che si versasse in tempo di guerra, perché le scelte da lui compiute non rientrano nelle sue prerogative esclusive ma devono essere autorizzate dal Congresso. Se nel caso *Rasul* si trattava di un "abuso" in senso stretto, una minaccia alla separazione dei poteri e a danno del potere giudiziario, in quest'ultimo caso si tratta

¹⁷ Esattamente quanto sostenuto, invece, dal giudice Scalia nella sua *dissenting opinion* in *Rasul v. Bush*, cit., p. 497 s.

¹⁸ Cfr. G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006, (cap. III).

¹⁹ Sostiene il giudice Kennedy, in *Hamdan v. Rumsfeld*, cit., p. 2800: "Trial by military commission raises separation-of-powers concerns of the highest order"; e ha ribadito prima, p. 2799: "Military Commission Order No. 1, which governs the military commission established to try petitioner Salim Hamdan for war crimes, exceeds limits that certain statutes, duly enacted by Congress, have placed on the President's authority to convene military courts. This is not a case, then, where the Executive can assert some unilateral authority to fill a void left by congressional inaction. It is a case where Congress, in the proper exercise of its powers as an independent branch of government, and as part of a long tradition of legislative involvement in matters of military justice, has considered the subject of military tribunals and set limits on the President's authority".

dell'uso di un potere mai attribuito, che semmai appartiene al Parlamento. Ad ogni modo, qui il *vulnus* non tocca il potere giudiziario ma quello legislativo, il Congresso, il pilastro della democrazia rappresentativa.

Questa linea argomentativa mostra la maggiore pervietà ed efficacia di motivazioni *structure-based*, piuttosto che *rights-based*, la prevalente importanza della geometria costituzionale e del “*rule of law*” sull’invocazione (giuridica) dei diritti individuali e dei diritti umani.

Il profilo strutturale e la natura dell’interesse che la Corte intende proteggere, ossia le prerogative delle istituzioni democratiche, sono chiaramente espressi nella breve *concurring opinion* del giudice Breyer: “dove, come in questo caso, non si dia alcuna emergenza che impedisca la consultazione del Congresso, l’insistenza dei giudici su tale consultazione non sminuisce la capacità della nostra Nazione di fronteggiare il pericolo. Al contrario tale insistenza rafforza la capacità della Nazione di decidere – attraverso mezzi democratici – come meglio procedere. La Costituzione ripone la sua fiducia in tali mezzi democratici. La nostra Corte oggi fa semplicemente la stessa cosa”²⁰.

Questa argomentazione appare forse l’unica fondata *de jure condito*.

Tuttavia, è opportuno considerare le cose anche da un punto di vista “esterno”, sebbene egualmente attento alla democrazia e al *rule of law*. E da un punto di vista esterno appare meritevole di maggiore attenzione proprio il nucleo centrale e più celebrato della decisione della Corte: se le menzionate circostanze siano proprio quelle in cui un ordinamento liberal-democratico dovrebbe “riporre la sua fiducia in quei mezzi democratici”.

Nel commentare la sentenza, Neal Katyal, che ha assunto la difesa di Hamdan innanzi alla Corte, riconosce di aver perseguito proprio l’obiettivo che la Corte gli ha assicurato, ponendo in primo piano la necessità che fossero ribadite le “regole di base”: “non abbiamo chiesto alla Corte di impedire al Congresso di autorizzare le commissioni militari”. Pertanto “se il Congresso vorrà esentare le commissioni militari dall’osservanza dell’art. 36 dell’UCMJ, potrà farlo”²¹. Secondo il professor Katyal, questo atteggiamento della difesa non solo era il più adatto al caso, ma riflette un importante credo del costituzionalismo americano e dell’insegnamento di Alexander Bickel, secondo il quale la Corte Suprema dovrebbe forzare il potere legislativo a discutere e decidere piuttosto che indicare una “regola” costituzionale rigida²².

In effetti, tra i risultati positivi della decisione si riconosce soprattutto l’effetto “*democracy forcing*”, la chiamata in causa del Congresso. I “rappresentanti” devono dunque esprimersi sulle commissioni militari. A questo punto, tuttavia, la questione che richiede seria riflessione è appunto quale sia, o dovrebbe essere, il ruolo *delle maggioranze democratiche* quando i loro poteri abbiano ad oggetto questa delicata sfera.

²⁰ *Hamdan v. Rumsfeld*, cit., p. 2799.

²¹ N. KATYAL, *Hamdan v. Rumsfeld: The Legal Academy Goes To Practice*, in *Harvard LR*, 120, 2006, p. 94 s.

²² *Ibidem*, p. 95.

D'altro canto, è vero quel che Katyal²³ sostenne richiamando Thomas Paine: “chi ha cara la propria libertà deve vigilare su quella del proprio nemico”²⁴. Quest'appello tuttavia potenzialmente indica due direzioni opposte: da un lato esso suona da monito circa le conseguenze della violazione delle CG sugli stessi soldati statunitensi impegnati in vari luoghi del mondo. Dall'altro, esso ribadisce la comune umanità, l'idea di giustizia e l'universalità della libertà. A me sembra che l'appello di Paine sia, ad ogni modo, un'invocazione dei *diritti*, non della *democrazia*. Qualcosa il cui senso non è a disposizione della volontà democratica e non può essere sottoposto alle sue preferenze. Non si tratta del tipo di questioni che devono essere decise dalla “volontà democratica”. Se la democrazia fosse istituita per poter decidere circa il diritto (o meno) degli esseri umani in generale alla libertà, se ne perderebbe il senso.

Certo, non dovremmo nemmeno sottovalutare la capacità di *correre il rischio della democrazia*, che si trova espressa nella decisione “*democracy forcing*” della Corte. Tale disponibilità a sottoporsi al giudizio dei rappresentanti del popolo qualifica la civiltà di un governo e lo separa dalla tirannia. Anche in questo caso, il potere presidenziale viene invitato al rispetto del limite. Sennonché, il rischio maggiore è sempre che il Congresso non consideri adeguatamente gli interessi di coloro che non sono rappresentati negli Stati Uniti; il rischio in realtà è corso da coloro che sono esposti all'eventualità di essere definiti come “*unlawful enemy combatants*”. Ancora, il punto è se, teoricamente, le prerogative del Congresso, il pronunciamento democratico, per quanto irrinunciabili, non debbano essere posti in un rapporto bilanciato, più equilibrato, rispetto alla difesa di altri concorrenti principi.

Ciò ci induce a ricordare che in effetti la decisione della Corte non solo riafferma la separazione dei poteri, ma conferma anche la consolidata tradizione degli Stati Uniti di rispetto delle convenzioni di Ginevra e delle altre norme inderogabili del diritto internazionale. In un certo senso, dato che i trattati internazionali fanno parte della “*law of the Land*”, il divario tra il *rule of law* e il *rule of international law* non dovrebbe essere poi così grande.

Ma in concreto la estensione di tale divario dipende da parametri meno formali, in particolare da come venga inteso il rapporto tra il principio della separazione dei poteri e il (rispetto del) diritto internazionale. L'uno può forse determinare il significato e la portata dell'altro? Ciò equivarrebbe a rendere il *rule of law* nel diritto internazionale una sorta di obbligo secondario: è quanto avviene quando un insieme di norme che costituiscono un nucleo fondamentale del

²³ Ripetendo le parole del giudice della Corte Rutledge, *dissenting opinion* nel precedente *In re Yamashita*, 327 US 1, 1946, p. 379.

²⁴ “He that would make his own liberty secure must guard even his enemy from oppression. For if he violates this duty, he establishes a precedent that will reach unto himself”. Così T. PAINE, *Dissertation on First Principles of Government* (1786), in M. D. CONWAY (ed.), *The Writings of Thomas Paine*, III, New York, 1969, p. 277.

diritto internazionale si colloca tra le questioni su cui devono decidere i corpi politici nella loro veste e secondo procedure ordinarie²⁵.

La questione appare visibile anche da un punto di vista “interno” all’ordinamento nazionale, anche se con talune peculiarità. Uno spunto si può trarre da due circostanze: in primo luogo, effettivamente le norme federali (mi soffermerò più avanti su tale aspetto) ribadiscono formalmente una consapevole fedeltà al diritto internazionale; in secondo luogo, la Corte Suprema sostiene l’applicabilità delle CG anche in termini di diritto interno.

Ora, affermando che le disposizioni che discendono dalle CG, art. 3 comune, possono essere fatte valere dinanzi al giudice, la Corte Suprema si è trovata, per così dire, in mezzo al guado. Certamente non avrebbe incoraggiato deroghe per l’Esecutivo agli obblighi previsti dalle CG, né in via formale, né sostanziale, pur riconoscendo nel contempo l’astratto potere del Congresso di decidere in tal senso. È difficile accettare che l’obbligo di fornire agli individui una qualche protezione minima possa essere spazzato via, anche se per mano di un potere “legittimo” (d’altro canto, se questo non avviene, *sic stantibus*, in termini giuridici, si tratta di un fatto puramente contingente).

Certamente vi sono state preoccupazioni analoghe per il destino dell’*habeas corpus*. In questo caso, tuttavia, è possibile quanto meno interpretare la *Habeas Suspension Clause* (art. I, sez. 9, clausola 2) della Costituzione degli Stati Uniti come una tutela effettiva almeno di un nucleo minimo dell’*habeas corpus*, oppure ritenere che quest’ultimo sia protetto comunque quale inderogabile costante della tradizione di *common law*²⁶.

Il caso dell’*habeas corpus* appare quindi come una questione costituzionale, dato che, dopo tutto, l’art. I della Costituzione rappresenta l’unica garanzia delle libertà civili che trovasse una collocazione nella Costituzione originaria, anche prima del *Bill of Rights*. Per il diritto internazionale delle Convenzioni di Ginevra, tuttavia, proprio tale tutela costituzionale manca e viene sostituita dal realismo e dalla buona volontà dell’Esecutivo e dei poteri legislativi. Ed è appunto per questa ragione che la Corte Suprema non è giunta ad assumere né una mentalità né un atteggiamento autenticamente “internazionalisti”.

Il *rule of international law* non è il *rule of law* proclamato solennemente “in questa giurisdizione”: quanto meno nel senso che, a dispetto di qualunque garanzia “universale” nelle norme perentorie di diritto internazionale, l’Esecutivo non è vincolato da esse, secondo la Costituzione, salvo il caso in cui le maggioranze politiche non legiferino in tal senso, senza alcun obbligo di conformità a norme sovraordinate.

²⁵ Utilizzo il termine “politica ordinaria” contrapponendolo a politica “costituzionale”, nel significato del “*dual track*” di B. ACKERMAN, *We the People. Foundations*, Cambridge (Mass.), 1993, III ed., pp. 266-322.

²⁶ In altri termini, l’*habeas corpus* non dipende solo da una norma legislativa (come afferma chi interpreta in tal senso la decisione precedente del giudice Marshall in *ex Parte Bollman*, 1807).

4. Nel quadro generale dei diversi ambiti del diritto, il diritto internazionale costituisce un “sistema” che non interferisce *direttamente* con il sistema del diritto nazionale, a meno che non venga recepito internamente attraverso una regola endogena. La stessa applicabilità del diritto dei trattati dinanzi ai giudizi nazionali si basa unicamente su una norma interna (di ordine costituzionale) che lo consenta²⁷.

Si potrebbe dire, nel linguaggio della “teoria dei sistemi”, che ogni sistema appare normativamente chiuso, benché sia (si spera) cognitivamente aperto²⁸. Questa pluralità di ambiti normativi si può studiare anche alla luce del dato di base che il diritto internazionale è ancora generato dagli *stessi attori* che sono “sovrani” nei propri rispettivi sistemi. E ovviamente il diritto internazionale dipende dagli Stati per la sua applicazione. Ma il modo in cui tale ruolo viene interpretato da ciascuno Stato dipende dalla sua storia, dalle regole che applica, dalla ripartizione interna delle competenze tra esecutivo e legislativo e infine dalla collocazione gerarchica attribuita al diritto internazionale nell’ordinamento giuridico statale.

Per esempio, ai sensi della Costituzione USA, la *supremacy clause* attribuisce, con l’art. VI, al diritto internazionale convenzionale il rango di suprema (in relazione al diritto dei singoli stati federati) *Law of the Land*, cosicché quanto meno i trattati con applicabilità diretta²⁹ si collocano sullo stesso piano gerarchico della legge federale. Come ho già accennato, la Costituzione statunitense non prevede espressamente l’attribuzione del medesimo *status* al diritto internazionale consuetudinario³⁰, né sottrae il diritto internazionale convenzionale agli effetti di un’eventuale norma (*last in time rule*) con la quale il Congresso potrebbe cancellare – manifestando un intento esplicito – l’impegno assunto precedentemente dal proprio Paese³¹.

È vero che il diritto internazionale deve essere convalidato con un “trattamento” interno prima di poter essere applicabile come *Law of the Land*. Tuttavia, ciò vale in generale per i nostri Stati costituzionali, indipendentemente dal fatto che si collochino tra quelli che intendono il mondo giuridico in maniera monista

²⁷ F. G. JACOBS, *Introduction*, in F. G. JACOBS, S. ROBERTS (eds.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, 1987, p. XXIV.

²⁸ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, traduzione di K. A. Ziegert, Oxford, 2004, pp. 76-141.

²⁹ I trattati cui i governi non attribuiscono applicabilità diretta necessitano di una pronuncia federale *ad hoc*. Cfr. C. M. VASQUEZ, *The Four Doctrines of Self Executing Treaties*, in *AJIL*, 89, 1995, p. 695.

³⁰ Cfr. per gli USA, le parole del giudice Gray nella sentenza *Paquette Habana*, 175 U.S. 677, 1900, in cui si stabilisce l’esenzione dalla cattura dei pescherecci per “the general consent of the civilized nations of the world, and independently of any express treaty or other public act”. Cfr. inoltre L. HENKIN, *The Constitution and the United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and its Progeny*, in *Harvard LR*, 100, 1987, p. 873.

³¹ J. G. KU, *Treaties as Laws: A Defence of the Last-in-Time Rule for Treaties and Federal Statutes*, in *Indiana LJ*, 80, 2005, p. 334.

o dualista³². Naturalmente, la separazione tra i sistemi – internazionale e nazionale – ha il suo esempio “dualista” più classico nella supremazia parlamentare del Regno Unito.

La controversia tra monismo e dualismo, con il suo apparato teorico, non può cancellare il fatto che il diritto dei trattati, di norma, fa il suo ingresso nell’ordinamento giuridico nazionale attraverso una procedura prevista dalla Costituzione. Il tipo di procedura non dovrebbe essere inteso soltanto come il segno dell’atteggiamento *esterno*, ma anche come la conseguenza di una struttura costituzionale, *interna*, ossia dell’equilibrio, dell’articolazione tra autorità interne dotate del potere di concludere accordi e la distribuzione dei poteri legislativo ed esecutivo. In altri termini, ogni Stato, per quanto attiene al diritto interno, non ha solo il pieno diritto di definire proprie procedure, ma anche quello di farlo sulla base del proprio equilibrio interno.

Secondo Benedetto Conforti, gli atteggiamenti monistici o dualistici fanno sorgere una questione teorica “di nessuna rilevanza pratica, da lasciare nelle mani dei filosofi”³³. Qual è la questione pratica, quindi? Si tratta “di persuadere” gli Stati “ad usare i mezzi e i meccanismi previsti dal diritto interno, e a perfezionarli al fine di garantire l’osservanza del diritto internazionale”³⁴. Pertanto qualunque meccanismo. Gli Stati sono ciò su cui il diritto internazionale può veramente contare per la sua attuazione nell’ambito degli ordinamenti nazionali e “indipendentemente dal mezzo usato” la questione riguarda la volontà delle istituzioni statali di applicare il diritto internazionale quale parte del diritto nazionale.

Provando a sviluppare tale punto di vista, si potrebbe sostenere che la loro volontà è del tutto indipendente dai diversi meccanismi di integrazione (con riguardo a ratifica, esecutività, incorporazione, applicabilità, ecc.) in vigore e non potrebbe celarsi dietro questi ultimi, come se la difficoltà di conformarsi al diritto internazionale fosse legata all’eterogeneità dei processi con cui il diritto internazionale entra nel diritto nazionale. Nel Regno Unito, il legislatore non partecipa al processo di ratifica, che è di esclusiva pertinenza dell’Esecutivo, ma detiene il potere di rendere applicabile il trattato: ciò riflette, appunto, la tradizionale supremazia e sovranità del Parlamento³⁵. Ma la centralità del Parlamento britannico costituisce realmente l’elemento che produce, e spiega, la differenza (e la difficoltà)? Sotto questo aspetto, anche in Italia i trattati, di regola, entrano a far parte dell’ordinamento nazionale dopo l’assenso del Parlamento, che autorizza anche la ratifica del trattato; nei Paesi Bassi, ad esempio (Costituzione

³² A. CASSESE, *International Law*, Oxford, 2005, II ed., pp. 213-217; E. BENVENISTI, *Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts*, in *EJIL*, n. 4, 1993, p. 160.

³³ B. CONFORTI, *Notes on the Relationship between International Law and National Law*, in *Int. Law Forum*, n. 3, 2001, p. 18.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis (In.), ristampa della VIII ed., 1915, London, 1982, pp. 3-35.

1983, art. 91 ss.) i trattati internazionali devono essere approvati dal Parlamento; per questa ragione, possono però derogare alla legge, o finanche alla Costituzione, qualora ottengano una maggioranza qualificata, e via seguendo.

Certo la diversità dei meccanismi adottati dai vari Paesi si può considerare comunque un elemento rivelatore dell'attitudine nei confronti del diritto internazionale, e in genere anche il riflesso della forma di governo, dei rapporti intercorrenti tra i poteri interni.

Detto questo, il problema reale legato all'armonizzazione tra diritto internazionale e nazionale risiede nella capacità dello Stato di presentarsi come *genuinamente impegnato* dopo la ratifica, senza alcun utilizzo strumentale delle procedure interne per congelare del tutto e separare la conclusione dell'accordo internazionale e la sua ratifica dalle misure di esecuzione e attuazione, o dal consenso parlamentare. Il paradosso è legato al fatto di assumersi integralmente un obbligo internazionale, mantenendo nel contempo la capacità di negarne l'attuazione a livello interno, ossia di procrastinarne *ad libitum* l'ingresso nell'"altro" sistema (nazionale). Certamente è stato questo il modo in cui, invece, gli Stati hanno potuto concludere accordi e precluderne gli effetti interni, l'esecuzione, ecc.; gli USA hanno sottoscritto il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, la *Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti*, la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, ma hanno accompagnato tali atti con dichiarazioni di "non *self-execution*" o riserve analoghe³⁶. Da un punto di vista formale, al Regno Unito è occorso *mezzo secolo* per far "recepire" dal Parlamento, per "incorporare", le norme del trattato ratificato per la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*³⁷.

Il problema dell'"armonia" è pertanto complesso³⁸. L'idea "internazionalista" della natura *self-executing* del diritto internazionale viene spesso criticata e, di fatto, i trattati ratificati sono accompagnati da dichiarazioni di non applicabilità diretta³⁹. Tuttavia, in assenza di tali dichiarazioni, viene in primo piano

³⁶ D. SLOSS, *The Domestication of International Human Rights: Non Self Executing Declarations and Human Rights Treaties*, in *Yale JIL*, 24, 1999, p. 129.

³⁷ B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 19.

³⁸ Anche quando si tratta di diritti umani: cfr. F. FRANCONI, *The Jurisprudence of International Human Rights Enforcement: Reflections on the Italian Experience*, in B. CONFORTI, F. FRANCONI (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, 1997, pp. 15-19; in generale, cfr. B. CONFORTI, *National Courts and the International Law of Human Rights*, *ivi*, pp. 3-14.

³⁹ O forse ciò vale fintanto che gli attori coinvolti sono solo alcuni. La prassi della riserva presenta inoltre un altro aspetto: "The ability to chose one's obligations has gone: the Single Undertaking; the No Reservations Treaty are today increasingly the norm, rather than the exception. It is either all, or nothing, and nothing is not an option, so it has to be all. So even those States where there is a meaningful internal democratic control of foreign policy are obliged, democratically, to click the 'I Agree' button of, say, the WTO or the Law of the Sea". Così J. H. H. WEILER, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, in *ZaöRV*, 64, 2004, p. 558.

l'interpretazione e la questione si estende ben oltre i casi di regole tecnicamente non *self-executing*. Infatti, com'è stato detto, "l'*escamotage* consueto è sempre sostenere che una norma non è *self-executing*. Si tratta solo di un *escamotage*. Basta pensare a quello che accade in qualche Paese in cui la stessa regola è in un primo momento stata considerata una semplice direttiva vincolante per il legislatore, e successivamente, per un semplice mutamento giurisprudenziale senza alcuna modifica legislativa, viene considerata una norma pienamente *self-executing*"⁴⁰.

Da questo punto di vista, si tratta, dunque, di un problema di "volontà" degli Stati, un problema sostanziale di "potere" o di interesse, non dell'inevitabile ostacolo costituito da più esigenti o faticosi criteri procedurali, previsti per trasporre il diritto internazionale nell'ordinamento nazionale. Ma appunto, se tale è la natura del problema, esso non può essere "spiegato" unicamente ricorrendo alle strutture e alle tradizioni, alla grande divisione tra Paesi "dualisti" e "monisti".

Ciononostante, si deve considerare che di norma le *procedure* giuridiche e le scelte *costituzionali* sono lo specchio dell'attitudine generale ("originale") degli Stati nei confronti del diritto internazionale.

Quello che il diritto interno prevede per la piena applicazione del diritto internazionale ha comunque significati e conseguenze importanti. Pertanto, assumendo un diverso punto di vista, i mezzi che gli Stati utilizzano per tradurre le regole esterne sembrano dipendere effettivamente da scelte che evidenziano un distacco – più o meno dualista – dello Stato dal diritto internazionale, riflettono le esigenze interne e infine anche il grado apertura e la capacità di dialogo finanche con il diritto straniero (ossia non solo verso il diritto internazionale ma anche verso i modelli o le tradizioni giuridiche altrui).

Le disposizioni di natura "strutturale" organizzativa e procedurale mostrano ovviamente differenze classificabili⁴¹. Indipendentemente da dove tale classificazione possa condurre, è certo che i meccanismi costituzionali che definiscono i rapporti tra poteri interni e diritto internazionale, sono evidentemente una forma di impegno preventivo, di *pre-commitment*: essi esprimono la scelta circa il tipo di relazione verso il sistema esterno, la definizione delle competenze tra l'Esecutivo e il Legislativo, ecc.

⁴⁰ B. CONFORTI, *Notes*, cit., p. 21.

⁴¹ Non è un caso che queste ultime si siano dimostrate suscettibili di una riclassificazione, con riferimento ai seguenti criteri: "the number of actors and voting rules to enact a treaty; the ease of over-riding or exiting treaties as a matter of domestic law; the symmetry between entry and exit; and the relationship of treaties to domestic statutes, including the relative difficulty of enacting each". Così T. GINSBURG, *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment and International Law*, in *New York UJILP*, 38, 2006, p. 719. Secondo l'autore, si può prevedere "that stronger states and new democracies will write constitutions that will have more actors involved in the treaty making process" al fine di assicurare credibilità. Inoltre, ci dovrebbe essere "more direct applicability of CIL (customary international law) in newer democracies", ma "states will be less inclined to incorporate CIL than they will be to provide for treaty commitments, which can be precisely tailored", p. 753.

Il *pre-commitment* dovrebbe, in altre parole, funzionare come funziona la Costituzione nel suo complesso, vale a dire difenderci dagli ondeggiamenti delle maggioranze, custodire le nostre scelte fondamentali da più contingenti mutamenti di direzione. In un certo senso, quindi, il trattamento costituzionale del diritto internazionale può essere inteso come uno strumento per tenere ferme le scelte, il modo, come s'è detto "*of locking in policies*"⁴². L'espressione è stata utilizzata anche in precedenza per spiegare come le nuove democrazie europee abbiano spesso assunto nuovi obblighi aderendo a convenzioni internazionali con il fine di impegnare la propria politica *interna* tramite norme di diritto internazionale che tutelano (e in alti termini "*lock-in*") i diritti umani⁴³.

Queste considerazioni contribuiscono a formare un quadro generale. Ma qual è, nel caso della democrazia statunitense e del suo bicentenario *Bill of Rights*, il senso acquisito dal *locking-in*? L'esperienza mostra che gli Stati forti e le democrazie forti, come gli USA, fanno affidamento su di sé, piuttosto che sul diritto internazionale, e esercitano un controllo attento sull'effetto interno di norme "esterne", rallentando il processo di implementazione, e interpretando le previsioni costituzionali come aperte a sufficienza, quando è necessario, per affidare l'ultima parola alla democrazia parlamentare.

Ciò è del tutto consonante con l'incerto atteggiamento verso il diritto consuetudinario. Il diritto internazionale consuetudinario dovrebbe avere la stessa forza dei trattati e del diritto federale, visto che esso è, nel diritto internazionale, allo stesso livello del diritto dei trattati⁴⁴. Tuttavia, molto in quest'ambito è controverso e lo è anche maggiormente l'ipotesi che il diritto consuetudinario debba vincolare tutte le nazioni indipendentemente da cosa dispongano le norme interne (costituzionali)⁴⁵. Eppure, il diritto consuetudinario possiede anche alcune virtù che il diritto convenzionale non possiede: nasce dal comportamento comune degli Stati inteso in senso "collettivo" e mentre la sua forza è prodotta dalle stabili regolarità e dall'*opinio juris*, la sua vera natura sembra impegnare gli Stati attraverso forme o pratiche che non possono essere ricondotte a precisamente identificabili "decisioni democratiche". D'altro canto, come sembra essere stato costante orientamento della Corte Suprema statunitense, "in caso di conflitto tra una legge federale e una norma di diritto consuetudinario internazionale, la legge prevale"⁴⁶.

⁴² *Ibidem*, p. 757.

⁴³ Secondo A. MORAVCSIK, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, in *IO*, 54, 2000, p. 243 s., le origini della Convenzione europea sui diritti dell'uomo sono riconducibili ai "self interested efforts by newly established (or re-established) democracies to employ international commitments to consolidate democracy – 'locking in' the domestic political status quo against their nondemocratic opponents".

⁴⁴ L. HENKIN, *International Law as Law in the United States*, in *Michigan LR*, 82, 1984, p. 1564.

⁴⁵ L. HENKIN, *The Constitution and the United States Sovereignty*, cit., p. 869.

⁴⁶ C. A. BRADLEY, *Breard, Our Dualist Constitution, and the Internationalist Conception*, in *Stanford LR*, 51, 1999, p. 549 (e si vedano *ivi* le decisioni richiamate).

Questa debolezza del diritto consuetudinario è alle volte bilanciata da alcune previsioni costituzionali che concedono ai trattati una posizione sovraordinata alla legislazione ordinaria. Si deve tener conto insomma dell'atteggiamento complessivo piuttosto che di regole considerate singolarmente.

Ciò che preoccupa maggiormente, in questo contesto, è come si possano difendere i presupposti principali del diritto internazionale quando per un ordinamento statale tutto si riduce a una decisione “democratica” ordinaria, mentre in gioco è se riconoscere o meno proprio il sistema del diritto internazionale nel suo insieme. Tornerò più avanti sulla coerenza dei nostri atteggiamenti verso quella parte consuetudinaria del diritto internazionale (peraltro oggi anche codificata), così fondamentale per il sistema da essere, come si legge nella Convenzione di Vienna, “accettata” dalla comunità internazionale “nel suo insieme”, “perentoria” e tale che da essa non è permessa alcuna deroga, ossia lo *jus cogens*⁴⁷. La risposta più ovvia, vale a dire che il comportamento di uno Stato sulla scena internazionale dipende dalla volontà maggioritaria del suo popolo, nonostante il suo evidente realismo, non solleva dalle preoccupazioni che sorgono su un piano più elevato, dove il senso del *rule of law* e la sua coerenza sono in gioco.

Ma è il caso di tornare ancora, brevemente, al corso della realtà.

5. Come ho già ricordato, la decisione della Corte Suprema nel caso *Hamdan* è stata accolta positivamente dagli internazionalisti; nel contempo è intesa come una decisione volta a sollecitare opportunamente l'esercizio della democrazia. Questa evidente ambivalenza non va sottovalutata. Anche il diritto internazionale, appunto, deve correre “il rischio della democrazia”. L'esito, tuttavia, è stato il *Military Commission Act* (17 ottobre 2006). Sarebbe miope intendere il MCA come un tentativo di “chiarire” che il comportamento tenuto sino a quel momento dai responsabili dell'Esecutivo non configurasse alcun crimine di guerra. Invece il Congresso ha espresso il proprio punto di vista sulle commissioni militari, ha limitato la possibilità degli imputati di conoscere le prove raccolte contro di loro e ha ritenuto le Convenzioni di Ginevra non applicabili in tribunale, riducendo così drasticamente la protezione che esse offrono contro gravi maltrattamenti e contro la tortura, finendo con l'affermare che i giudici non sono ammessi ad accertare la legalità della detenzione e del trattamento di quei non cittadini che il Governo sceglie unilateralmente di qualificare “*unlawful enemy combatants*”, privandoli da quel momento delle garanzie dell'*habeas corpus* e del “*due process*”. Se ciò costituisca violazione delle Convenzioni di Ginevra o di altre nome, l'Esecutivo è l'unica autorità preposta ad accertarlo.

⁴⁷ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, 23 maggio 1969, art. 53: “A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”.

Infine, il MCA stabilisce che l'interpretazione e l'applicazione dei trattati compete al Presidente. E risolve la controversia sull'applicabilità di norme esterne, negandola quando sono coinvolte commissioni militari.

Ma gli interrogativi sul MCA crescono: esso deroga alla decisione della Corte Suprema che nel caso *Rasul* (2004) aveva accordato l'*habeas corpus* ai detenuti stranieri di Guantanamo; è controverso se il *water-boarding*, l'ipotermia o la costrizione a stare in piedi per lungo tempo configurino "trattamenti crudeli", un crimine anche per il MCA: la norma di riferimento è il *Detainee Treatment Act* del 2005, che proibisce ogni trattamento o punizione "crucele inumana o degradante" definendo i termini sulla base del corrispondente divieto "interno" presente nella Costituzione. Sfortunatamente, il Presidente aveva allegato un *signing statement* al DTA in cui confermava il suo potere – in base alla Costituzione – quale "Comandante in capo" di trattare i detenuti come ritenesse necessario nell'interesse nazionale. La legittimità costituzionale della previsione che elimina l'*habeas corpus* per gli stranieri⁴⁸ è essa stessa molto discussa e probabilmente insostenibile. Anche il doppio standard cittadini-non cittadini può essere considerato illegittimo. In ogni mondo, se nessuno può contestare l'etichetta di *unlawful enemy combatant* (vista la soppressione dell'*habeas corpus*), e di conseguenza la liceità della detenzione stessa, ciò significa, in termini concreti, che il Congresso non ha tenuto conto del fatto che in tali condizioni negare l'*habeas corpus* a qualcuno non è possibile senza negarlo a tutti.

È infine significativo che, subito dopo il MCA, per la Corte d'appello del distretto di Columbia, sia divenuto chiaro che l'*habeas corpus* costituisce un diritto costituzionale, come tale riservato ai cittadini, non agli "alien"; tanto che il giudice Rogers, dissentendo, ha dovuto scrivere: "Lungi dal conferire un diritto individuale che può riguardare solo persone che vivono un legame sostanziale con gli Stati Uniti⁴⁹, la *suspension clause* [della Costituzione americana] costituisce un limite ai poteri del Congresso"⁵⁰. Questo passaggio concettuale dell'*habeas corpus* da "diritto individuale" a mero limite verso il potere parlamentare viene compiuto proprio allo scopo di sostenerne la necessaria (ma negata dalla maggioranza della Corte) estensione a tutti, e non solo ai cittadini⁵¹.

⁴⁸ A seguito del MCA i giudici di appello non hanno più dato corso alle "*habeas corpus petitions*" ancora pendenti, di molti detenuti di Guantanamo.

⁴⁹ "Substantially connected to the United States". Cfr. *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 271 (1990).

⁵⁰ District of Columbia, Court of Appeals, 20 febbraio 2007, n. 05-5062, p. 26.

⁵¹ Ciò rappresenta una prova ulteriore che le ragioni "strutturali" siano state la strategia vincente delle relative pronunce della Corte Suprema, sostenendo indirettamente i diritti umani o le istanze "internazionaliste" o "moralì". D'altro canto, è per noi ironico, da un punto di vista *esterno*, che per garantire o estendere l'*habeas corpus* ai non cittadini, occorra affermare che tale diritto non sia interpretabile come un "diritto" costituzionale. È inoltre degno di nota che se si trattasse di un diritto costituzionale *non* riguarderebbe le persone, ma solo i cittadini (come se i "diritti" delle costituzioni non potessero concettualmente riguardare o proteggere le persone, come accade per esempio, invece, in Italia).

Non è difficile capire come si sia giunti a questo punto, tuttavia è difficile accettarlo. Il nostro interesse verso questa vicenda “interna” statunitense non deve sorprendere, come non sorprende che a pochi giorni di distanza dall’adozione del MCA, una dichiarazione ufficiale dello Special Rapporteur ONU affermi che molte disposizioni del MCA “sono incompatibili con gli obblighi internazionali degli Stati Uniti in materia di diritti umani e di diritto umanitario”. Il MCA contraddice “i principi fondamentali e universali del *‘fair trial’* e del *‘due process’* previsti nel comune articolo 3 delle Convenzioni di Ginevra”. Attribuisce all’Esecutivo il potere di dichiarare chiunque, “compresi i cittadini statunitensi, senza un capo d’accusa, *‘unlawful enemy combatant’* una definizione sconosciuta nel diritto internazionale umanitario, con il risultato di assoggettare tali detenuti alla giurisdizione di una commissione militare composta di funzionari militari *ad hoc*”. Inoltre, persino “l’ambito materiale dei crimini da giudicare con il processo militare è molto più ampio dei crimini di guerra secondo il significato da questi assunto nelle Convenzioni di Ginevra”. E poiché ai detenuti è interdetto di prendere conoscenza di prove a proprio scarico se sono riservate all’Esecutivo come *‘classified information’* ciò preclude gravemente il diritto al *‘fair trial’*”. Infine il diniego, anche retroattivo, dell’*habeas corpus* a non cittadini USA (compresi i “*permanent resident*” che si trovano legalmente nel Paese), appare “in manifesta contraddizione con l’articolo 9, par. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici”⁵².

La strategia del MCA consiste invece nel dichiarare esplicitamente⁵³ la propria stessa conformità agli obblighi delle CG. Il MCA non respinge le CG, ma afferma che “le commissioni militari costituite in questo titolo” soddisfano “i requisiti del comune articolo 3 delle CG”. Dato che gli Stati Uniti non si sono ritirati dalle Convenzioni di Ginevra, queste li vincolano ancora sul piano internazionale; tuttavia il MCA riduce le garanzie inderogabili delle CG e infine le dichiara inapplicabili dai tribunali interni⁵⁴.

È quindi difficile accettare il fatto che il significato reale del “*rule of law*” sia ricompreso in questo risultato: sulla base del *rule of law*, la Corte Suprema, nel caso *Hamdan*, è ricorsa al Congresso per rendere controllabile il potere dell’Esecutivo. Ma il Congresso possiede l’autorità di derogare alle CG, che si collocano sullo stesso piano gerarchico della legge federale. A questo punto, se

⁵² Martin Scheinin, *Special Rapporteur on the Promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, comunicato stampa del 27 ottobre 2006, reperibile *on line* all’indirizzo www.unog.ch (maggio 2007).

⁵³ Nel MCA, sezione 948b(f).

⁵⁴ In altre parole il Congresso re-interpreta le commissioni militari come conformi rispetto alle CG. Questa ambiguità significa che il Congresso ha il potere di interpretare i trattati. Ma su tale punto è possibile che la Corte Suprema sia pronta ad intervenire affermando che nonostante sia possibile legiferare abrogando i trattati, se tale potere non è esercitato (così che essi restino in vigore) allora l’interpretazione di due leggi contrastanti è cosa che compete alla Corte medesima, non al Congresso. Proprio in una decisione del 28 giugno 2006, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, la Corte si è richiamata all’art. III della Costituzione e al precedente *Marbury v. Madison*, per affermare che è sua competenza e obbligo interpretare il diritto federale, dunque anche i trattati.

ci soffermiamo su tale decisione “democratica”, “sospinta” dalla Corte, è inevitabile che essa ci appaia revocare in dubbio una diffusa convinzione, propria del costituzionalismo liberal-democratico contemporaneo: che il *rule of law*, la democrazia e i diritti elementari degli esseri umani siano connessi, come lo sono le facce di una stessa medaglia.

Se assumiamo che il problema consista unicamente in una questione “costituzionale” interna, allora possiamo solo ragionevolmente auspicare che il MCA sia dichiarato incostituzionale. Naturalmente la questione della separazione dei poteri non potrebbe certo essere relegata in secondo piano. Ma altri elementi rivestono un interesse più generale: i rapporti tra diritto internazionale e nazionale, naturalmente, oltre al significato e al contenuto delle CG, nonché il trattamento costituzionale che la democrazia statale riserva loro.

6. La nostra analisi si colloca nel punto d’intersezione tra due ambiti principali del diritto internazionale, i diritti umani e il diritto umanitario. Essa dipende da entrambi: la protezione degli individui contro la violenza in guerra, indipendentemente da limiti territoriali; le responsabilità degli Stati a tutela dei diritti umani, a partire dalla propria sfera sovrana.

Le norme relative ai diritti umani si sviluppano anche come realizzazione della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948. Il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*⁵⁵ stabilisce, all’art. 7, che “nessuno può essere sottoposto a tortura o ad altro trattamento o punizione crudeli inumani o degradanti”. È una norma inderogabile (secondo quanto prevede l’art. 4 persino in tempi di emergenza)⁵⁶. La *Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti*⁵⁷ proibisce sia la tortura e i trattamenti crudeli e inumani (articoli 2 e 16), che l’ammissibilità di prove ottenute con la tortura (art. 15). Ma naturalmente ogni norma sui diritti umani può essere contrastata sulla base di circostanze eccezionali, in tempo di guerra, e qui è relativamente facile giustificare deroghe, per la sopravvivenza di uno Stato. Qui i diritti umani incrociano il diritto umanitario, le Convenzioni dell’Aja (1899 e 1907) e quelle di Ginevra (1949, e i Protocolli addizionali del 1977).

L’art. 3 delle CG tratta lo *ius in bello*, non la protezione dovuta da un qualsiasi Paese in tempi di pace. Nel caso *Nicaragua* del 1986, la Corte internazionale di giustizia sostenne che il comune art. 3 contiene “elementari considerazioni di umanità”⁵⁸. In definitiva, pretende innanzitutto il rispetto della dignità

⁵⁵ Adottato il 16 dicembre 1966.

⁵⁶ Gli Stati Uniti hanno posto la riserva seguente: “[T]he United States considers itself bound by Article 7 to the extent that ‘cruel, inhuman or degrading treatment or punishment’ means the cruel and unusual treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth, and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States”.

⁵⁷ Adottata il 10 dicembre 1984, ratificata dagli Stati Uniti nell’ottobre 1994 ed entrata in vigore nei loro confronti il 20 novembre 1994.

⁵⁸ Sentenza della Corte internazionale di giustizia del 27 giugno 1986, *Nicaragua v. United States of America, Merits*, in *ICJ Reports 1986*, p. 437, par. 218. La Corte richiama la precedente sentenza *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, del 9 aprile 1949) in cui ha già

umana, attraverso il divieto della tortura e un processo corretto sia pure a standards molto ridotti in situazioni di emergenza.

Le norme generali e quelle pattizie che vietano la tortura, secondo il *Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia*, nel caso *Furundzija* (10 dicembre 1998), intendono sopprimere qualsiasi manifestazione di questo crimine, in ogni ambito e giurisdizione, senza lasciare zone franche (par. 146); inoltre, prosegue il Tribunale, “la proibizione della tortura prevista nei trattati sui diritti umani configura un diritto assoluto, senza possibilità di deroga, nemmeno in tempi di emergenza (tenuto conto che deve applicarsi anche in casi di conflitto armato). La qual cosa si deve al fatto, discusso di seguito [par. 153 ss.] che il divieto di tortura è una norma perentoria o *jus cogens*” (par. 144).

Le norme che pongono al bando la schiavitù, il genocidio e la discriminazione razziale e quella che condanna la tortura sono divenute consuetudinarie, impongono obbligazioni alla comunità internazionale (come ritenuto dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Barcelona Traction*) e infine hanno acquisito lo *status* di *jus cogens*⁵⁹.

Il raggio di rilevanza e di influenza delle norme di *jus cogens* può variare: esse possono aver un semplice ruolo dissuasivo o preventivo⁶⁰, ma anche rendere nulle le previsioni pattizie che vi contrastino, o imporre che ci si conformi nell'interpretazione dei trattati e delle risoluzioni delle organizzazioni internazionali, o delegittimare le norme nazionali contrarie, o infine dare adito alla giurisdizione penale internazionale. Nel suo parere su *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapon* la Corte internazionale di giustizia confermò che “numerossime norme di diritto umanitario applicabile nei conflitti armati sono così fondamentali (...) da essere osservate da tutti gli Stati che abbiano o no ratificato le convenzioni in cui sono contenute”⁶¹.

Sorge la questione se veramente si possa ancora guardare a questo insieme normativo come interamente dipendente dalla geometria organizzativa e dalle relazioni esterno/interno di ciascuno ordine giuridico.

Come si può ben comprendere, sarebbe troppo poco affermare che il diritto internazionale, in sé, è altro dal diritto nazionale, o assumere che i “diritti costituzionali” siano riservati ai cittadini. Ciò cui le CG ci impegnano costituisce un'area di *jus cogens*, come tale imperativo e non trasgredibile, “*intransgressible*”⁶².

Come ripetutamente ribadito nella memoria presentata nel predetto caso *Hamdan (Amici Briefs)* per conto dei parlamentari del Regno Unito e del-

adottato la stessa espressione. Si veda anche P.-M. DUPUY, *Les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, in R.-J. DUPUY (dir.), L. A. SICILIANOS (coord.), *Droit et justice: Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, 1999, pp. 117-130.

⁵⁹ A. CASSESE, *op. cit.*, p. 394.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 210.

⁶¹ Parere dell'8 luglio 1996, in *ICJ Reports 1996*, p. 257, par. 79.

⁶² *Ibidem*.

l'Unione europea, le norme non derogabili di diritto internazionale continuano ad operare anche in tempi di guerra e di conflitto armato. A maggior ragione, potremmo aggiungere, se le regole non trasgredibili di cui si tratta sono proprio quelle che disciplinano tempi di guerra.

Ovviamente, non stupisce che si possa sostenere, seguendo qualche immarcescibile tradizione, che anche lo *jus cogens* è tale per – e nel – diritto internazionale, non per il diritto nazionale. Nondimeno, finanche un'ottica “dualista” non può rendere meno grottesco che alcune fondamentali previsioni che proteggono la dignità umana contro la tortura o dall'esecuzione capitale senza prove, o che impongono un processo innanzi a un giudice neutro possano ritenersi norme sottoposte alla legislazione ordinaria interna. Naturalmente, persino lo *jus cogens* dal punto di vista del diritto nazionale finisce pur sempre per essere subordinato alle scelte costituzionali di ciascun Paese. Ma anche ponendo così le cose, il meccanismo e le procedure costituzionali che si scelgono, la loro riforma e le loro interpretazioni possono dar luogo a rilevanti differenze.

7. È noto che la Costituzione svizzera è stata modificata nel 1999 così da dotare “*les règles impératives du droit international*” di rango sovraconstituzionale. La Costituzione greca riconosce al diritto convenzionale e consuetudinario internazionale rango sovraordinato alla legge ordinaria. Nel 1995 la Corte costituzionale russa ha avuto modo di sostenere che sia i trattati sui diritti umani, sia i principi generalmente riconosciuti di diritto internazionale costituiscono ragione di incostituzionalità di norme di diritto interno⁶³.

Ad ogni modo, le CG possono comunque essere considerate per ciò che sono, forma convenzionale, sebbene di portata universale e universalmente condivisa. Come tali sono sovraordinate al diritto legislativo, per esempio nell'art. 55 della Costituzione francese del 1958, sebbene non superiore alle norme costituzionali. Come detto, i Paesi Bassi pongono anch'essi i trattati al di sopra della legge ordinaria. In altri termini, con riferimento all'art. 3 comune delle CG dovremmo tener conto di come esso abbia trovato riconoscimento nelle diverse norme costituzionali e valutare quali soluzioni siano da preferirsi. Ciascun Paese può trovare una sua propria via. Ma alcune soluzioni sono più esemplari di altre. L'art. 25 della Costituzione tedesca introdusse una speciale incorporazione automatica per le norme generali di diritto internazionale. Non assume semplicemente che tali norme fanno parte del diritto federale, ma aggiunge che “hanno precedenza sulle leggi e creeranno direttamente diritti e doveri per gli abitanti del territorio federale”. Come ha scritto Ingolf Pernice, grazie a questa previsione le norme generali del diritto internazionale sono come incorporate nel diritto nazionale e considerate in Germania al di sopra della legislazione e al di sotto della Costituzione. È da sottolineare che questa impostazione non vuol essere affatto una manifestazione di un'ideologia “monista” ma interpreta se stessa come una versione moderata dell'approccio “dualista”. Peraltro, “ci sono

⁶³ A. CASSESE, *op. cit.*, p. 226.

stringenti ragioni (d'ordine storico e dogmatico) comunque, per sostenere che le regole dello *jus cogens* si collochino al di sopra del livello costituzionale⁶⁴. Quel che realmente conta, dunque, non sono tanto le diverse procedure di trasformazione o incorporazione prese in sé come espressione di un'attitudine monista o dualista: si dovrebbe invece affermare il principio che alcune norme internazionali fondamentali non sono una questione di semplice ordinaria democrazia interna, e dovrebbero essere parte di una scelta che le "protegge" a livello costituzionale.

Tale possibilità è ben nota anche in Italia, dove l'art. 10, 1° comma della Costituzione stabilisce: "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute". Sebbene il diritto internazionale non possa alterare altri valori costituzionali, l'articolo può essere assunto a fondamento dell'incostituzionalità di tutte le previsioni di diritto interno che contraddicano le norme generalmente riconosciute di diritto internazionale⁶⁵.

Ad ogni modo, l'attribuzione ai principi o alle norme generali di diritto internazionale di un rango sovralegislativo costituisce una via adeguatamente efficiente per la protezione dello *jus cogens* (codificato o no).

È comprensibile che proprio il concetto di una norma internazionale generalmente riconosciuta abbia costantemente bisogno di uno sforzo interpretativo⁶⁶. Ma le controversie dovrebbero affievolirsi quando si tratti di un nucleo veramente essenziale di quelle norme: in linea di principio, si tratta sempre di giungere ad una sorta di sovrapposizione tra diverse prospettive di valutazione e di interpretazione, sebbene il risultato sia comunque più incerto di quel che dovrebbe (o potrebbe). Ma un ordinamento giuridico e una nazione perderebbero per così dire la propria "autonomia sistemica" se riconoscessero allo *jus cogens* una normatività diretta (automatica) nel diritto interno? Il problema riguarda ben poco le tradizioni giuridiche o le filosofie del diritto, non postula che tutte le nazioni credano nell'esistenza di un solo dio, né di un "unico sistema".

Dove può essere compiuto un richiamo costituzionale alla natura vincolante dello *jus cogens*, allora le Corti possono pronunciarsi in modo diverso, senza

⁶⁴ I. PERNICE, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and "Multilevel Constitutionalism"*, in E. RIEDEL (ed.): *German Reports on Public Law*, Baden-Baden, 1998, pp. 59-60 e nota 91. Cfr. anche ID., *Artikel 25: Voelkerrecht als Bestandteil des Bundesrechts*, in H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar—Bd II*, Tuebingen, 1998.

⁶⁵ La Corte costituzionale italiana nella decisione n. 278 del 1992 afferma che una volta identificata una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, allora una norma interna contraria è incostituzionale, dato il principio di conformazione espresso dall'art. 10, 1° comma, Cost. Si veda tra l'altro anche la decisione n. 48 del 1979.

⁶⁶ È stata recentemente ri-pubblicata, con l'aggiunta di un ampio epilogo, l'imponente analisi che nel 1984 l'autore aveva offerto dell'uso, della logica e della natura dell'argomentazione giuridica nel diritto internazionale. M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument. Reissue with a New Epilogue*, Cambridge, 2005.

dover dipendere esclusivamente dalle contingenti maggioranze democratiche⁶⁷. Se è una questione di *jus cogens*, non è una questione della “volontà democratica” di uno Stato.

Come sosterrò nella sezione che segue, se lo *jus cogens* non può che appartenere al “*rule of law*”, esso dovrebbe manifestare l’esistenza di norme *comuni, trans-sistemiche*. Così, appare una questione di credibilità e di coerenza per ciascun Paese renderle internamente non trasgredibili, cioè criterio di illegittimità costituzionale di altre norme. E ciò a maggior ragione per i Paesi che esprimono la propria cultura giuridica in termini di libertà e di democrazia.

In definitiva, se norme essenziali di diritto internazionale si collocano al di sopra di una deliberazione maggioritaria interna, allora è plausibile supporre anche che il *rule of international law* indichi un terreno comune o trans-sistemico: ciò in quanto offra un luogo giuridico di connessione, la *ratio* della relazione, tra diversi sistemi. Laddove la principale controversia interna negli Stati Uniti ha riguardato recentemente la legittimità costituzionale di un potere “unificato” dell’Esecutivo in tempi di guerra, da una prospettiva “esterna” a tale disputa il punto appare invece altro, ossia in che misura possa semmai essere concepito in modo “unitario” lo stesso concetto di “*rule of law*”.

8. C’è un tipo di universalità che non corrisponde all’estensione sul resto del mondo di una visione unilaterale, ma esprime il suo senso nella direzione esattamente opposta, offrendo un criterio razionale e procedurale volto a esercitare un controllo proprio sul rischio che quel risultato possa prodursi⁶⁸. Come Juergen Habermas ha spesso spiegato, il principio di universalizzazione funziona come criterio di giustificazione delle nostre pretese, assumendo che possano considerarsi giustificate solo quelle norme che possono essere condivise da tutti i potenziali interessati come partecipanti in un discorso razionale⁶⁹. Il controllo razionale sulla parzialità di concezioni definite in base al potere e all’interesse è un obiettivo *ideale* sia per i sistemi giuridici che coniugano diritto libertà democrazia ed eguaglianza, sia per il sistema internazionale, nel quale notoriamente le condizioni per quel controllo sono ben lungi dall’essere reali. Tuttavia anche chi stigmatizza i limiti e la situazione spesso drammatica del sistema internazionale, significativamente non ignora che in alcuni casi la violazione del diritto internazionale sia sentita come una violazione “universale”, che in quanto tale non dipende da “interessi e preferenze”: “Il diritto internazionale può agire precisamente come uno strumento attraverso il quale particolari offese possono essere

⁶⁷ E al capo dell’Esecutivo non sarebbe possibile rivolgersi al Parlamento per ottenere norme legislative che confermino di fatto il suo potere di violare le Convenzioni di Ginevra e affermino l’inapplicabilità dell’*habeas corpus* agli stranieri.

⁶⁸ Naturalmente a partire da I. KANT, per il quale si veda, per esempio, *Critica della ragion pratica*, traduzione di F. Capra, rivista da E. Garin e V. Mathieu, Roma-Bari, 1982, pp. 34-42.

⁶⁹ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, traduzione di L. Ceppa, Milano, 1996, p. 131, p. 153 e *passim*.

articolate come universali e in questo modo, come il mito, esso può costruire un senso di universale umanità attraverso l'atto stesso di invocarla⁷⁰.

La radice di questo senso di umanità non può essere approfondita qui. È però necessario chiedersi cosa il *diritto* possa offrire su questo versante.

Il diritto non è solo volontà o solo ragione⁷¹, secondo quanto rispettivamente preteso da dottrine giuspositiviste e dottrine giusnaturaliste, nella loro secolare contrapposizione. Il punto di vista da cui le dottrine del giusnaturalismo moderno si sono riferite al diritto è stato quello delle verità conoscibili tramite la ragione: Grozio ha mostrato il percorso di distacco del diritto dalle fedi religiose, assumendo che la ragione può indicarci alcuni principi universali, anche indipendentemente dal nostro credo nell'esistenza di Dio⁷². D'altro canto, come ha insegnato Hobbes, il diritto discende dalla volontà sovrana (*auctoritas facit legem, non veritas*). Nella storia medievale, il contrasto, comunque, era concepito in modo "armonico", e riflesso nella complessità delle costituzioni antiche: il diritto è qui solo in parte "*gubernaculum*", sottoposto alla volontà del sovrano. È anche, in parte, "*jurisdictio*", dove le leggi fondamentali della terra paiono al di là della sua disposizione⁷³. Se il diritto medievale, pre-moderno, si riferisce sia alla giustizia (in termini di garanzie e di principi *ab immemorabili*) sia all'*auctoritas* e alla volontà, le costituzioni a noi contemporanee assumono di aver positivizzato, tra l'altro, garanzie elementari, principi di ragione e di umanità e allo stesso tempo di aver prescelto un insieme di valori, che sarà invece compito della deliberazioni democratiche sviluppare⁷⁴. In questo senso, le democrazie costituzionali occidentali comprendono se stesse come fondate sul ruolo congiunto della sovranità democratica e della ragione "positivizzata".

Non è ora necessario risolvere qui la disputa tra positivismo giuridico e giusnaturalismo, né affrontare il problema se la validità del diritto dipenda, in ultima istanza, da ragioni morali, invece che da fonti "sociali" (ossia dalla decisione sovrana, per esempio)⁷⁵. I documenti giuridici nella nostra tradizione espongono ferme convinzioni normative, la cui radice può essere ricondotta ad assunzioni fondamentali, come quella kantiana, secondo la quale il diritto è

⁷⁰ M. KOSKENNIEMI, *Governance and Public International Law*, in *Kritische Justiz*, 37, n. 3, 2004, p. 254.

⁷¹ J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Jus Gentium*, in *Harvard LR*, 119, 2005, p. 146 s., richiama giustamente l'alternativa tra diritto come volontà e diritto come ragione come capace di spiegare le differenti visioni del ruolo del diritto esterno, "straniero", ed anche alcune attitudini verso il diritto internazionale. Tuttavia, a mio modo di vedere, è proprio questa alternativa a non cogliere né il senso del *rule of law* né quello del diritto negli Stati costituzionali contemporanei. In tutti e due i casi, invece, il diritto è sia ragione sia volontà ed entrambe hanno irrinunciabili conseguenze.

⁷² U. GROZIO, *Prolegomeni al De jure belli ac pacis*, Palermo, 1948.

⁷³ Si tratta del motivo fondamentale del costituzionalismo medievale "antico" secondo C. H. Mc ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Bologna, 1990, p. 119.

⁷⁴ Questa tesi generale è sviluppata da J. HABERMAS, *op. cit.*, attraverso la "cooriginarietà" del sistema dei diritti e della sovranità.

⁷⁵ J. RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, p. 47 ss.

diritto in quanto configuri le condizioni razionali per la coesistenza di esseri umani dotati di libertà⁷⁶ (gli esseri umani sono “naturalmente” dotati del diritto alla libertà e questo spiega il diritto come collocato concettualmente all’opposto della violenza, della tirannia, della cruda oppressione, della schiavitù). Dal punto di vista giuridico, la nostra tradizione occidentale ha accordato forza normativa a principi e regole che dalla Magna Carta (1215) al tempo presente, obbligano al rispetto degli esseri umani, che si versi in ambito domestico o internazionale. E, come secondo la antica nozione di “*rule of law*”, a nessun Re è legalmente permesso di violare le leggi fondamentali della terra⁷⁷.

Anche nel diritto internazionale è possibile riconoscere questo versante del diritto, che non è a disposizione del sovrano: specialmente se si prende sul serio la qualificazione giuridica e il ruolo assegnato allo *jus cogens*: una nozione giuridicamente strutturata, positiva, a dispetto delle controversie interpretative sul suo contenuto e sulle sue conseguenze.

In fondo, secondo il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, per il loro carattere “assoluto” alcune norme imperative del diritto umanitario “non impongono obbligazioni sinallagmatiche, cioè obbligazioni di uno Stato verso l’altro. Piuttosto (...) esse pongono in essere obbligazioni nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme, con la conseguenza che tutti e ciascuno dei membri della comunità internazionale abbiano un ‘interesse giuridico’ ad osservarle e conseguentemente un titolo giuridico a pretendere il rispetto di tali obbligazioni”⁷⁸. Secondo l’opinione degli internazionalisti l’art. 1 comune alle CG (“The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances”) è notevolmente rilevante per la comprensione del diritto internazionale nel suo insieme: l’art. 1, infatti, “chiede agli Stati non solo di rispettare ma anche di assicurare il rispetto delle Convenzioni. ‘Rispettare’ significa che lo Stato è obbligato a fare ciò gli è possibile per assicurare che le norme in questione siano rispettate dai suoi organi come da tutti coloro che siano soggetti alla sua giurisdizione. ‘Assicurare il

⁷⁶ I. KANT, *La Metafisica dei costumi* (a cura di G. VIDARI), Roma-Bari, 1983, p. 35.

⁷⁷ Questo concetto di limitazione – tramite i diritti e le libertà definiti dalle Corti e presenti nel *common law of the land* (non nella astratta sfera della morale) – della decisione sovrana (cfr. G. L. HASKINS, *Executive Justice and the Rule of Law: Some Reflections on Thirteenth-Century England*, in *Speculum*, 30, n. 4, 1955, p. 535 s.) configura uno specifico modo d’essere del diritto come il nucleo concettuale tipico del *rule of law*, assente nello Stato di diritto o nel *Rechtsstaat* (pre-costituzionali), come forme di Stato che assorbono interamente il diritto nell’apicalità e onnicomprensività della legge. Ho discusso la nozione del “*rule of law*” più estesamente in G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and Its Core*, cit. Si noti infine che oggetto della discussione sin qui svolta non è il diritto *ut sic* e quindi la questione dei criteri della validità giuridica, o della giuridicità da riconoscere o meno a leggi (moralmente) ingiuste. Ciò di cui si parla è invece il *rule of law*, ossia un ideale normativo specifico, richiamato in documenti vincolanti e in dichiarazioni o convenzioni internazionali e sopranazionali. Il diritto non è il *rule of law*, ma può realizzarlo o meno. Qualora si assuma che tale ideale sia per un certo ordinamento *giuridicamente vincolante*, allora è legittimo valutare cosa questo richieda e se la conformità ad esso sia raggiunta.

⁷⁸ *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others*, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-95-16-T, sentenza del 14 gennaio 2000, par. 519.

rispetto' significa che gli Stati, che siano o no coinvolti in un conflitto, devono fare tutti i passi necessari per assicurare che queste norme siano rispettate da tutti, e in particolare dalle parti in conflitto"⁷⁹.

Il diritto internazionale include insiemi di norme complessi e diversi. Alcune sono il risultato della volontà degli Stati e del loro potere di governo; altre, come l'ultima ora richiamata, non sono solo questo. Il sistema pertanto non può essere ridotto a una singola logica, o alla logica di un unico piano.

È possibile approfondire questa considerazione richiamando il suggerimento di Joseph Weiler, di intendere la complessità del diritto internazionale secondo una prospettiva "geologica", e pertanto composta di molti strati. In effetti, il diritto internazionale può essere visto come un contenitore, può essere dunque "disfatto", o può essere sviluppato secondo "diversi e coesistenti principi direttivi che l'ispezione geologica rivela: il diritto internazionale come transazione (*transaction*), come comunità (*community*), e come regolazione (*regulation*). Ciascuno di queste modalità implica un discorso diverso quanto al rapporto tra democrazia e legittimazione, e infine, richiede anche un diverso insieme di strumenti giuridici"⁸⁰.

Di certo il passaggio principale, nel nostro contesto, è quello che secondo Cassese avviene dal diritto internazionale *inter partes* al diritto internazionale *super partes*⁸¹. Quest'ultimo può anche essere riferito, nella metafora appena richiamata, allo strato "comunità" e non è realmente studiabile attraverso le logiche del diritto "transazione", semplicemente perché consiste in qualcosa di diverso: "I diritti o le norme ambientali rappresentano un patrimonio spirituale comune su cui gli Stati possono affermare la propria esclusiva sovranità, persino entro il proprio territorio, non più di quanto potessero su quanto si estende oltre il proprio spazio aereo"⁸². Certamente, questo livello, questo strato, genera grandi difficoltà politiche e teoriche. Esso sembra condurre all'idea dell'esistenza di un qualche bene comune che è forse dotato di pretese di valore troppo "spesse", è troppo connotato, per poter mantenere la propria legittimazione *universale*⁸³. Pertanto, al di là del suo colore kantiano, esso porta allo scoperto anche il nostro disagio innanzi ai suoi limiti e alle sue contraddizioni: "le finzioni del consenso, l'impossibilità di *exit*, lo svuotarsi dello Stato e infine l'idea di una 'comunità' senza una società politica"⁸⁴.

⁷⁹ L. BOISSON DE CHAZOURNES, L. CONDORELLI, *Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests*, in *RICR*, 82, 2000, pp. 67-87.

⁸⁰ J. H. H. WEILER, *op. cit.*, p. 552.

⁸¹ A. CASSESE, *op. cit.*, p. 217.

⁸² J. H. H. WEILER, *op. cit.*, p. 556.

⁸³ Ad ogni modo, sull'estensione di valori condivisi, che tuttavia espongono un'etica sostanziale, sembra svilupparsi un certo lavoro teorico, che ruota attorno al diverso concetto della costituzionalizzazione dell'ordine internazionale. Cfr. soprattutto con riferimento alle relazioni con la regolazione del mercato e al WTO, da ultimo U. PETERSMANN, *Justice in International Economic Law? From the 'International Law among States' to 'International Integration Law' and 'Constitutional Law'*, in *EUI Working Papers, Law*, 2006, p. 46.

⁸⁴ J. H. H. WEILER, *op. cit.*, p. 557.

Credo che si possa utilmente riflettere sul concetto di *jus cogens*, ripensare a una sua collocazione e alla relazione tra sistema nazionale e internazionale, entro le coordinate offerte da questa ipotesi “geologica”.

Credo che l’aspetto qualificante del sistema a diversi strati del diritto internazionale sia nella sua capacità di evolvere attraverso la produzione di nuovi “livelli”. Da ciò, dovrebbe esser possibile comprendere che l’evoluzione nella “geologia” internazionale non può essere fronteggiata dal punto di vista degli ordinamenti nazionali attraverso regole di connessione concepite nella loro struttura qualche centinaia di anni fa. Mentre gli Stati “producono” lo strato della “comunità”, ponendo al centro del diritto internazionale un insieme di interessi “comuni”, sviluppando nuove aree normative di protezione diretta nei confronti di attori e soggetti – come gli individui – sconosciuti negli strati precedenti dell’evoluzione internazionalistica, la questione che deve essere affrontata è se questo mutamento sia stato accompagnato da trasformazioni corrispondenti nelle regole di connessione adottate dagli Stati.

Come appena rilevato, non appare ragionevole che sistemi nazionali debbano affrontare il diritto internazionale sulla base di regole costituzionali definite quando quest’ultimo era totalmente diverso da ciò che è ora. Problemi di coordinazione tra i sistemi nascono in realtà innanzitutto da norme costituzionali che appartengono a un’era geologica diversa, nella quale il diritto internazionale era basato esclusivamente sulla sovrana eguaglianza, quanto al profilo dell’autorità esterna, e sul principio “*pacta sunt servanda*” quanto al suo imperativo di “*rule of law*”. Dal punto di vista dei livelli, il diritto internazionale mentre non esclude niente di tutto questo, tuttavia include molto di più.

Sul piano della “transazione” ciò che appariva percepibile come “*rule of international law*” era confinato entro la prospettiva allora percepibile ed interamente esaurito nel riconoscimento della personalità esterna e dell’eguaglianza degli stati territoriali⁸⁵. Forse, si potrebbe aggiungere un ordine di diritto naturale che la ragione o Dio stesso hanno reso disponibile a noi: ma l’ordine dell’universo⁸⁶ per quanto concerne il diritto internazionale doveva rispondere al principio *pacta sunt servanda*: la premessa logicamente necessaria del diritto internazionale convenzionale. Per la verità, il principio dovrebbe essere visto, al di fuori di ogni considerazione morale, come l’unica possibile logica in base alla quale il diritto internazionale è concepibile come diritto della “transazione” tra Stati, l’unica logica coerente con lo sviluppo concreto, “esistenziale”, di questo strato del diritto internazionale. Al di fuori di tale principio, nessun attore potrebbe divenire parte in una qualsiasi relazione, non potrebbe “entrare” in una relazione giuridica. Non vi sarebbe alcun diritto “pattizio”. Il senso del “*rule of law*” in questo caso dipende dal fatto che non ci sarebbe alcun diritto se non vi fosse premessa questa meta-regola.

⁸⁵ B. KINGSBURY, *Sovereignty and Inequality*, in *EJIL*, 9, 1998, p. 599.

⁸⁶ U. GROZIO, *De Jure Belli ac Pacis*, lib. I (si veda l’edizione *Diritto della guerra e della pace*, con introduzione di F. Russo e premessa di S. Mastellone, Firenze, 2002).

Quando si pensi ai diritti umani, al diritto umanitario, al diritto ambientale, alla “comunità”, ad altre norme internazionali oggi fondamentali, il diritto non sta tuttavia semplicemente disciplinando gli Stati ma ha come scopo e oggetto il trattamento di problemi comuni attraverso la partecipazione degli Stati e spesso sta prendendo in considerazione gli individui come proprio oggetto. Certo, il merito delle centinaia di disposizioni e previsioni normative solleva problemi di legittimazione e di democrazia. Tuttavia, il fatto che questa nuova area sia disciplinata dal diritto internazionale produce una trasformazione nella corrispondente ampiezza della nozione di *rule of law*. In un certo senso, certo, il fatto che gli individui siano “trattati” dal diritto internazionale sembra significare solo la loro comparsa tra gli “oggetti” da proteggere (forse, “il diritto internazionale ha a che fare con gli umani allo stesso modo con cui ha a che fare con le balene o con gli alberi”)⁸⁷. Ma in questo nuovo “strato” comunque, il *rule of law* segue un principio che riconosce gli individui come esseri umani, e poggia sulla pur sottile premessa che l’umanità è meritevole di rispetto non semplicemente dal punto di vista morale ma da quello giuridico. Arbitrio, violenza, procedure inique potrebbero appartenere solo al regno di ciò che non è diritto. E pretese circa la loro legalità, per così dire, sarebbero solo tentativi di sottoporre a tortura... il diritto stesso (di “torturare il diritto”, com’è stato scritto)⁸⁸.

In un certo senso, ciò che vale per il *rule of law* come nozione storico-istituzionale, il suo riferimento alle condizioni di coesistenza all’interno di quella legge fondamentale della terra che non può essere modificata da alcun sovrano, ha finito per influenzare e contaminare il diritto internazionale. Dal punto di vista di questo diverso “strato” diviene visibile un aspetto di coerenza interna cui qualsiasi appello al *rule of law* dovrebbe essere, sul piano logico, tenuto: la *questione della coerenza* riguarda la relazione tra l’ambito domestico e quello internazionale, ed essa emerge per il fatto che una corte, uno Stato, si richiamino all’inderogabilità del “proprio” *rule of law*, e ritengono che sia il caso di farvi riferimento. La questione ricade, come un onere, sulle loro spalle. Essa consiste nel significato assegnato al *rule of law*, ossia nella coerenza o nella congruenza tra quel che l’appello al *rule of law* deve significare sul piano interno e quel che deve significare sul piano esterno.

Naturalmente, la questione in sè non era nemmeno percepibile come tale quando il diritto internazionale era concepito dalla prospettiva dello “strato” precedente, quello della “transazione”, il dominio delle volontà sovrane.

Quanto all’aspetto sostanziale, comunque, principi e regole comunemente ritenuti parte dello *jus cogens*, anche quando sono oggetto di controversia sul piano semantico, dell’applicazione o dell’implementazione, sono richiamati come contenuto di un’area di diritto positivo, non soggetta al principio di disponibilità dei sovrani. E ciò che costituisce la grammatica stessa di quei contenuti posti al di là di ogni “transazione” contiene l’essenziale per stabilire la differenza

⁸⁷ J. H. H. WEILER, *op. cit.*, p. 558.

⁸⁸ J. E. ALVAREZ, *Torturing the Law*, in *Case Western Reserve JIL*, 37, 2006, p. 175.

tra vivere nel diritto o fuori da esso. Crimini quali il genocidio, la schiavitù o la tortura⁸⁹, nonché ulteriori previsioni normative di protezione umanitaria, o di difesa del principio di un processo corretto non possono seriamente (coerentemente) essere considerate parte *mutevole* del diritto internazionale e rappresentano semmai proiezione sul piano internazionale di meta-norme dotate dello stesso tipo di razionalità già positivizzata nel nostro diritto nazionale. E proprio questa circostanza insegna che quando si fa appello a una qualche nozione (occidentale) di *rule of law*, intesa come la “propria”, specifica, tradizione istituzionale, non di meno i suoi significati, le sue pretese di principio poste a protezione degli individui in quanto esseri umani esprimono una denotazione universale incompatibile con l'imposizione di limiti spaziali. Per questa ragione l'invocazione del *rule of law* ci impedisce di chiudere gli occhi innanzi alla sua sessa estensione sopranazionale.

Riassumendo, dunque, la “geologia” mostra un nuovo livello, il diritto *super partes*. Questo nuovo ambito entro il più ampio sistema del diritto internazionale non può essere spiegato con la meta-norma *pacta sunt servanda*, né è più possibile far riferimento solo ad essa. Il rispetto per il *rule of law*, una questione normalmente controllata come interna agli ordinamenti nazionali, non può più essere semplicemente contenuto entro quegli stessi limiti.

Tornando al modello “geologico”, esso può essere usato per affrontare una seconda questione di non minore importanza. Nella prospettiva che propongo, lo *jus cogens* contiene gli elementi essenziali grazie ai quali l'idea stessa di *rule of law* può essere concepita al di là dei confini nazionali, nel diritto internazionale. Lo *jus cogens* mostra, di fatto, una parte del diritto positivo che pretende obbedienza anche negli atti e nei patti “sovrani”: una caratteristica che connota la struttura e la semantica originaria del *rule of law*, come tale, indipendentemente dal fatto che vi si riferisca come *rule of law* entro un ordinamento statale o nell'ordine internazionale.

Per questa ragione, lo *jus cogens* può offrire un motivo per rivedere la connessione tra i sistemi (gli ordini giuridici nazionali e quello internazionale). In esso, si esprimono imperativi di principio che nascono direttamente nella civiltà giuridica che è già patrimonio degli ordinamenti occidentali. Del resto, quegli stessi imperativi appartenenti allo *jus cogens* non posseggono un diretto contenuto politico e non esprimono scelte di tale natura, sebbene possano interferire con alcune di esse che vi appaiano incompatibili: piuttosto, progressivamente disegnano i contorni di un'area di protezione dagli Stati e da altri attori dello scenario comune o dalle stesse “politiche” della comunità internazionale: e non chiedono per questo l'annullamento dei confini né della distinzione tra il mondo dei singoli Stati e quello internazionale.

⁸⁹ J. WALDRON, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, in *Columbia LR*, 105, 2005, p. 1681, difende la proibizione della tortura in termini di “ripugnanza al diritto” (p. 1718 ss.) e come un “archetipo” sia nel diritto americano sia in quello internazionale.

Effettivamente, il *rule of international law* è privo di una reale connessione con principi e criteri di una democrazia⁹⁰. Ed è poco comprensibile che si possa celebrare il mito del *rule of law* da un lato, nascondendo dall'altro che i nostri stessi impegni verso la democrazia imporrebbero oggi una stretta relazione tra essa (l'elemento mancante sul piano internazionale) e il *rule of law*. Democrazia e *rule of law* appaiono disgiunti quando si passi dalle nostre democrazie costituzionali al mondo internazionale.

È degno di nota che questo argomento critico è spesso sostenuto per diversi e "conservatori" fini: la mancanza di democrazia nello scenario comune internazionale è assunta come ragione per screditare la stessa normatività giuridica dell'ambito sopranazionale e per subordinare dunque alle priorità e alle preferenze delle democrazie nazionali l'intero complesso del diritto internazionale (in tutti i suoi diversi "livelli"), come un sistema chiuso: sia lo *jus cogens* dunque, sia il libero diritto dei trattati, sia la giustizia sia le "politiche" pattizie. Qui si cela uno dei fraintendimenti più determinanti.

Il riconoscimento del *deficit* di democrazia internazionale è certo giustamente richiamato quando il sistema internazionale impone contenuti politici che dovrebbero risultare solo dalla scelta, più o meno contingente delle parti in causa. Ma si dovrebbe essere molto più cauti nell'avanzare gli stessi dubbi e le stesse incertezze quando in gioco siano le precondizioni del rispetto di esseri umani e la coesistenza sotto il *rule of law*, tutti elementi contenuti nello *jus cogens*, e di fatto resi indipendenti essenzialmente dalla partecipazione democratica. La legalità di tali regole positive può invece rivelarsi un non disprezzabile punto di partenza, anche nel percorso che dovrebbe condurre a un qualche genere di democrazia internazionale. Il punto è che sia il *rule of law* che la democrazia sono ideali occidentali, che (forse) tutti tranne (certamente) i Paesi occidentali hanno titolo ad usare, a rivolgere, l'uno contro l'altra. Inoltre, la stessa democrazia come tale non è stata per molti secoli una realtà praticabile e compiuta, pur quando, non di meno, l'ideale normativo del *rule of law* era già operante nel contrastare l'assolutismo, l'arbitrarietà e nel proteggere, per esempio, alcuni diritti primari degli "Inglese".

L'area dello *jus cogens*, con riferimento al diritto umanitario e al rispetto della dignità, è legalmente collocata al di qua della linea dopo la quale le questioni vengono ad assumere un profilo politico ed etico (ossia correlato a scelte di valore specifiche e variabili, non a parametri universalizzabili di giustizia). Dopo quella linea, la lotta per i diritti umani, la protezione dell'ambiente sono capitoli che implicano certamente una forte tensione tra differenti scelte politiche, poteri economici e un'impossibile neutralità delle decisioni giuridicamente rilevanti. Al contrario, l'ambito delle norme inderogabili è molto più limitato e sottile, e la sua necessità, la necessità della sua esistenza, dotata della forza giuridica del diritto positivo, non è negoziabile (a maggior ragione quando il suo contenuto è controverso) e non dovrebbe essere esposta a queste obiezioni. I

⁹⁰ J. H. H. WEILER, *op. cit.*, p. 547.

buoni argomenti basati sulla democrazia, per quanto importanti, hanno in questo caso un posto non centrale.

La connessione tra il *rule of law* e la democrazia, alla quale siamo così abituati, pone in relazione in realtà due concetti ben distinti e, giova ripeterlo, l'appello al primo è stato per lungo tempo apprezzabile prima che la democrazia potesse emergere. Se è vero che non possiamo ora concepire il *rule of law* riducendolo a una serie di requisiti compatibili anche con una società *non* democratica, è anche vero che poste di fronte a una scelta, le società liberal-democratiche garantirebbero una priorità *concettuale* al *rule of law* come premessa per radicare legittimamente l'esercizio di una qualsiasi autorità. L'idea ereditata dall'originario *rule of law* nella sua secolare continuità è proprio l'irriducibilità del diritto al solo esercizio della sovranità e della volontà: a nessuno (nemmeno alla volontà democratica) è permesso cancellare quell'insieme di garanzie giuridiche, di diritti e di libertà, che formano un'area di *giustizia* autonoma rispetto alle decisioni sovrane e che peraltro oggi anche gli Stati costituzionali continentali proteggono attribuendo ad essa un rango costituzionale, indisponibile dal potere legislativo. Pertanto essi non potrebbero permettere che nemmeno la "democrazia" cancelli il *rule of law*⁹¹. Infatti, riconosciamo pacificamente che una democrazia non possa disporre del *rule of law* e consideriamo quest'ultimo come una precondizione di ogni decisione sovrana entro un sistema giuridico basato sulla divisione dei poteri.

Pertanto, tutto ciò appare in aperto contrasto con l'assunzione che il *rule of international law* debba essere comunque "deciso" nel momento in cui un sistema nazionale deve applicarlo o conformarvisi. L'affidamento sulla democrazia è certamente necessario quando si tratti di valutare la rilevanza o di determinare le forme di implementazione per una grande varietà di impegni internazionali: ma è del tutto incoerente, ed insostenibile, quando non sono in gioco questo tipo di problemi, ma l'esistenza stessa e le meta-norme che la nozione di *rule of law* comporta sul piano internazionale. La consapevolezza di tale incoerenza dovrebbe condurre a promuovere più conseguenti interpretazioni delle norme interne, o eventualmente le necessarie modifiche costituzionali.

9. Poiché qualsiasi norma può essere violata, il punto in questione qui non è che il diritto internazionale non possa esserlo. Del resto, non c'è ragionamento giuridico che possa sostituirsi alla deliberazione politica. Ma per quel che compete al ragionamento giuridico, non si può negare che vi siano aree in cui non è possibile appellarsi, più o meno solennemente, al "proprio Paese", nello spirito del "*right or wrong, our law*".

⁹¹ Le virtù del "*rule of law*" (J. RAZ, *op. cit.*, pp. 212-229) sono discusse in una letteratura molto ampia. Per uno sguardo generale, B. Z. TAMANAH, *On the Rule of Law*, Cambridge, 2004. Cfr. anche la mia elaborazione in G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and Its Core*, cit. Per l'assunto della priorità della giustizia sull'etica, tra gli altri (la priorità del giusto e le idee del bene), soprattutto J. RAWLS, *Liberalismo Politico*, traduzione di G. Rigamonti, Milano, 1994, pp. 155-182.

Nel caso dello *jus cogens*, non è logicamente permesso affermare che la sua violazione concerna il diritto internazionale, ma non tocchi il sistema del diritto nazionale, se non eventualmente e solo nel caso che siano violate disposizioni interne (ove sussistano). La violazione delle condizioni minime del *rule of law* implica la negazione del sistema del diritto internazionale nel suo complesso, come autonomo sistema di diritto: non solo di qualche specifica norma. Pertanto, non è possibile concepire il *rule of international law* come non rilevante per il “*rule of law in this jurisdiction*”.

La tesi che ho sostenuto è infatti che lo *jus cogens* appartiene al *rule of international law* e implica giuridicamente, indipendentemente dal piano morale, che il suo contenuto normativo costituisca un terreno comune di riferimento: sin tanto che il suo contenuto normativo è implicitamente presente negli imperativi *interni* di ogni ideale istituzionale del *rule of law*, nei Paesi occidentali, esso offre un piano condiviso tra il sistema nazionale e quello internazionale. Le garanzie minime incluse nello *jus cogens* sono di fatto connessioni trans-sistemiche, che sarebbe contraddittorio disattivare proprio nel momento in cui si fa appello al *rule of law* (questa volta, “*in this jurisdiction*”).

Data la separazione formale e materiale tra i sistemi, questo legame strutturale dovrebbe essere riconosciuto e reso operativo per mezzo di previsioni costituzionali adeguate, o attraverso un equilibrato lavoro interpretativo, e non vi sono ragioni contrarie sufficienti che discendano da argomenti “*democracy-based*”. Sebbene i sistemi siano separati, il *rule of law* offre un argomento decisivo contro la tesi di una radicale mancanza di relazione tra loro. Esso non è compatibile con quelle negazioni dello *jus cogens* che si mostrerebbero giuridicamente insostenibili e contraddittorie, dal momento che costituirebbero una negazione del *rule of law* in entrambi i sistemi allo stesso tempo.

Sergio M. Carbone

Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario*

SOMMARIO: 1. La caratteristica del diritto internazionale privato comunitario: la non neutralità. – 2. L'evoluzione della disciplina dello spazio giudiziario europeo: da "Bruxelles I" al pacchetto di regolamenti CE. – 3. I criteri di distribuzione della competenza giurisdizionale nello spazio giudiziario europeo: foro generale, fori speciali, fori esclusivi. – 4. Il ruolo dell'autonomia delle parti in materia di deroga alla giurisdizione: la proroga di competenza. – 5. La circolazione degli atti autentici come strumento di attuazione del mercato interno. – 6. La tutela, in ambito processuale, di alcuni soggetti deboli: assicurato, consumatore, lavoratore. – 7. La tutela, in ambito sostanziale, di alcuni soggetti deboli: agente di commercio, consumatore, lavoratore. – 8. Il ruolo dell'autonomia delle parti in materia contrattuale: Convenzione di Roma del 1980 e regolamento "Roma I". – 9. La materia societaria: autonomia privata e principio dello Stato d'origine.

1. È noto che la Comunità europea persegue gli obiettivi materiali posti dal Trattato CE e tra essi, in particolare, la realizzazione di un c.d. mercato interno tra gli Stati comunitari. Non stupisce, quindi, se al perseguimento di queste finalità sono state indirizzate anche le norme che concorrono a formare il diritto internazionale privato e processuale. Si tratta allora di verificare se, a causa di tale circostanza, si sia progressivamente affermato, in ambito comunitario, lo specifico metodo di coordinamento degli ordinamenti giuridici denominato "metodo materiale" dei conflitti di legge, che si va ad affiancare al metodo classico della "localizzazione" delle fattispecie dotate di caratteristiche di internazionalità, proprio delle tradizionali norme di conflitto indifferenti al contenuto delle leggi da esse richiamate. E, sotto questo profilo, pertanto, si tratta di verificare se, almeno in parte, in ambito comunitario, sia stata contraddetta la tradizionale "neutralità" dei sistemi di diritto internazionale privato e processuale.

* Relazione presentata in occasione del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato, in collaborazione con l'Università degli studi di Bari, Dipartimento di Diritto internazionale e dell'Unione europea ed il Consiglio Notarile di Bari, nei giorni 23-24 marzo 2007, su "Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento 'Roma I'". Si ringrazia la Fondazione Italiana per il Notariato per aver consentito la pubblicazione su questa *Rivista* del presente lavoro, la particolare circostanza della cui redazione giustifica la mancanza di specifici riferimenti bibliografici.

Quanto ora indicato sembra trovare un immediato riscontro positivo sul versante del diritto processuale civile comunitario; in questo senso, il trasferimento del titolo IV dal terzo pilastro al primo ha, infatti, anzitutto confermato la necessità che le regole di diritto processuale civile internazionale di stampo comunitario siano funzionali ad esigenze materiali. Tra esse, in primo luogo, la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, così come indicato dall'art. 61 del Trattato CE. Parimenti, anche nell'ambito del diritto internazionale privato, negli ultimi decenni si è progressivamente maturata una compiuta consapevolezza circa la necessità e l'urgenza del superamento delle differenze delle norme di conflitto dei singoli Stati membri, proprio al fine di perseguire compiutamente ed in modo uniforme obiettivi di diritto materiale. Al riguardo, in tal senso, particolarmente significative sono le norme della Convenzione di Roma del 1980 (attualmente in corso di trasformazione in regolamento comunitario c.d. "Roma I", con modifiche ed integrazioni anche significative), relative alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Essa, infatti, pur adottata attraverso uno strumento di diritto internazionale, ha in realtà avviato il processo di comunitarizzazione del diritto internazionale privato, funzionale a politiche comunitarie di settore, attualmente proseguito, grazie al nuovo ambito di applicazione del titolo IV del Trattato CE, attraverso l'elaborazione di un progetto preliminare di regolamento relativo ai rapporti obbligatori extracontrattuali (c.d. "Roma II"), nonché di una normativa di diritto internazionale privato in materia di regimi matrimoniali, di diritti patrimoniali tra coniugi e di successioni.

2. Come già accennato, da tempo la progressiva integrazione economica tra i Paesi membri ha evidenziato che la compiuta realizzazione del mercato interno europeo richiede il superamento delle diversità delle normative nazionali relative al c.d. diritto processuale civile internazionale, da un lato, al fine di determinare, secondo parametri uniformi, i criteri di individuazione dei giudici competenti in ambito comunitario per la risoluzione delle controversie civili e commerciali, e, dall'altro, al fine di garantire identici effetti, all'interno dei territori dei singoli Paesi membri, delle decisioni pronunciate dai loro giudici oltreché degli atti pubblici adottati nel loro ambito.

D'altronde, l'importanza, per l'instaurazione del mercato unico europeo, di soddisfare l'esigenza di garantire a tali decisioni una circolazione facilitata all'interno delle frontiere comunitarie era già stata avvertita in sede di conclusione del Trattato di Roma, dal momento che l'art. 220 (ora art. 293 TCE) aveva già previsto l'obbligo, in capo agli Stati membri, di procedere a "*semplificare le formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie*". È proprio sulla base di questa disposizione che, nel settembre del 1968, è stata conclusa a Bruxelles una convenzione internazionale di diritto uniforme, che, peraltro, come è noto, non si è limitata a perseguire l'obiettivo sancito dall'art. 220 del Trattato di Roma (garantendo che le decisioni dei giudici comunitari esplicino i medesimi effetti nell'ambito del mercato interno), ma ha previsto, sulla base di criteri uniformi, norme in tema di competenza giurisdizionale in relazione a ogni controversia che presenti carat-

tere di transnazionalità e ricada nell'ambito di applicazione, *ratione materiae e personarum*, della Convenzione stessa.

È proprio in ragione di queste considerazioni che la Convenzione di Bruxelles è dotata di carattere "doppio", in quanto non soltanto ha mirato ad agevolare l'estensione degli effetti che le decisioni producono nell'ordinamento di origine all'intera area comunitaria, ma ha previsto anche meccanismi atti a scongiurare la pendenza di più procedimenti relativi alla medesima controversia innanzi a giudici di Stati membri diversi, riducendo in tal modo possibili contrasti di giudicati. E, d'altro canto, la disciplina in esame, nonostante la sua caratteristica di normativa di diritto uniforme, ha svolto anche una funzione propulsiva per quanto attiene gli sviluppi di una disciplina diretta, all'interno della Comunità, di quegli aspetti del diritto processuale civile e commerciale che presentano implicazioni transfrontaliere. Si spiega così il consolidamento nel tempo di una volontà sempre più ferma di comunitarizzare definitivamente e completamente la disciplina contenuta nella Convenzione, affermando parallelamente la competenza della Comunità in materia, nella convinzione che lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è essenziale alla formazione di un compiuto funzionamento ed al rafforzamento del mercato interno.

Il passaggio dall'unificazione avente carattere interstatale alla disciplina comunitaria ha avuto luogo, come già accennato, in virtù dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, che ha comportato la trasposizione del settore della cooperazione giudiziaria e giuridica in materia civile dal terzo pilastro al primo. Le nuove competenze comunitarie nell'ambito del diritto internazionale privato e processuale trovano, infatti, il loro fondamento nell'art. 61, lett. c) del Trattato, che attribuisce alla Comunità europea, assegnando, al riguardo, un ruolo particolarmente significativo al Consiglio, il potere di adottare "misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto all'art. 65". Pertanto, i settori oggetto dell'azione comunitaria sono: "a) il miglioramento e la semplificazione: del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali; della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali; b) la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale; c) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri".

La progressiva creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", dunque, riservata tradizionalmente all'azione intergovernativa ed attuata mediante il ricorso allo strumento delle convenzioni internazionali, deve essere ora realizzata in maniera diretta, per mezzo dell'adozione di tutti gli atti normativi di cui la Comunità è solita avvalersi nell'esercizio delle proprie competenze e, segnatamente, di direttive e regolamenti. È su queste basi che la Comunità europea ha provveduto a sviluppare, nello spazio giuridico del mercato interno, un'intensa attività normativa volta a garantire, per quanto concerne i procedi-

menti aventi implicazioni transnazionali, un vero e proprio spazio privo di frontiere interne per l'amministrazione della giustizia in materia civile.

In questo quadro normativo si collocano il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000 (c.d. "*Bruxelles I*"), recante una disciplina generale in materia civile e commerciale, che, dal 1° marzo 2002, sostituisce la Convenzione di Bruxelles del 1968, collocandosi in una posizione di assoluta continuità rispetto al passato, nonché il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure transfrontaliere di insolvenza; il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, che abroga il precedente regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (rispettivamente noti anche come disciplina "*Bruxelles II-bis*" e "*Bruxelles II*"); il regolamento (CE) n. 1348/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, in tema di notificazione e comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale e ancora il regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale. Nondimeno, è da ricondurre all'ambito degli strumenti la cui base giuridica è da individuarsi nell'art. 65 TCE anche il regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che consente la libera circolazione dei titoli esecutivi all'interno dello spazio giudiziario europeo.

Tali strumenti hanno operato sul duplice fronte dell'armonizzazione in senso verticale, attraverso il coordinamento dei differenti sistemi giudiziari nazionali, ed in senso orizzontale, tramite l'adozione di norme atte a rendere uniformi o, quanto meno, compatibili, le ulteriori disposizioni nazionali sui conflitti di legge rilevanti; i due livelli di armonizzazione, dunque, hanno interagito tra loro, favorendo *standards* normativi comuni ed incrementando le condizioni di uniformità ed equivalenza degli atti degli ordinamenti degli Stati membri della Comunità europea, oltre che il grado di reciproca fiducia degli ordinamenti nazionali interessati, con impiego progressivamente sempre più accentuato dell'autonomia privata, purché non a pregiudizio della parte più debole del rapporto controverso.

Al riguardo, nel perseguire tale obiettivo e nell'operare delle scelte di politica materiale relative alle possibili interpretazioni delle disposizioni applicabili alle diverse tipologie di controversie, secondo le indicazioni che risultavano dai principi e dalle norme sostanziali di diritto comunitario, si è, volta a volta, privilegiata la soluzione più coerente con essi e, soprattutto, con l'"effetto utile" della norma di cui si forniva l'interpretazione, nell'ottica di favorire gli obiettivi dell'intero ordinamento comunitario, nonché di garantire una maggiore certezza del diritto. A questi fini, dunque, sebbene ogni disposizione di diritto processuale civile comunitario sia stata valutata nell'insieme delle altre norme dello stesso tipo con le quali fa sistema, nondimeno è stata sempre interpretata alla luce del

più ampio contesto del diritto comunitario. In tale prospettiva, pertanto, in particolare, la protezione dei valori di uguaglianza e di uniformità di trattamento della dimensione interindividuale ha contraddistinto l'interpretazione della normativa di diritto processuale civile comunitario. Si spiega così l'impegno profuso in questa direzione dalla Corte alla ricerca di un significato autonomo dei termini utilizzati dal diritto processuale civile comunitario, trattandosi della soluzione tendenzialmente ideale per qualsiasi questione interpretativa, al fine di garantire che i diritti e gli obblighi rispettivi degli Stati membri siano equamente bilanciati, che non si verifichino discriminazioni tra situazioni analoghe e che spettino alle parti i medesimi diritti e obblighi, a prescindere dal giudice concretamente adito.

Si è ritenuto tuttavia che tali specifiche nozioni autonome possano essere dedotte solamente se altrimenti legittimate da altre disposizioni comunitarie, oppure in quanto la relativa definizione sia chiaramente desumibile dalla stessa disciplina, o dai principi che sono a fondamento del diritto processuale civile comunitario. Al di là di tali limiti rigorosi e restrittivi, infatti, un'interpretazione creativa ad opera della Corte comporterebbe una modificazione sostanziale del diritto degli Stati membri, senza alcuna loro partecipazione alla relativa attività normativa, venendosi così a creare, unicamente in virtù dell'apporto della giurisprudenza processuale, un diritto sostanziale europeo in materia civile e commerciale, in violazione dei limiti imposti, con riguardo a tale materia, alla produzione normativa in ambito comunitario. Questo, quindi, il limite invalicabile che ci viene indicato dall'interpretazione delle norme di diritto processuale civile comunitario, pur nella ricerca che la giurisprudenza ha perseguito, nella massima misura possibile, di realizzare i valori di eguaglianza ed uniformità in coerenza con gli obiettivi materiali posti a fondamento del sistema comunitario. Peraltro, qualora non sia stato possibile procedere ad un'interpretazione autonoma delle nozioni impiegate dalle norme di diritto processuale civile comunitario per le ragioni ora indicate, sono comunque stati adottati, proprio nel rispetto degli accennati obiettivi materiali, parametri la cui applicazione, pur appartenendo all'ordinamento interno del giudice adito o ad altra legge applicabile al rapporto controverso, quanto meno non pregiudicano l'*effet utile* della disposizione volta a volta rilevante, nel rispetto del principio innanzi indicato.

3. Sulla scorta di questi criteri non stupisce che la giurisprudenza abbia anzitutto precisato che il regolamento 44/2001 attribuisce giurisdizione agli Stati membri nei confronti dei soggetti domiciliati all'interno del territorio comunitario, sulla base del loro foro generale, identificato, per tutte le controversie (e salvo alcune limitate eccezioni di cui in appresso), ai sensi dell'art. 2 del regolamento, nel luogo del domicilio del convenuto.

Si sono presentate, peraltro, delle difficoltà in rapporto alla determinazione del domicilio, proprio perché manca una nozione autonoma di domicilio in sede comunitaria: pertanto, nell'applicazione del regolamento 44/2001, per quanto concerne le persone fisiche, si è fatto rinvio alla legge interna dei singoli Stati membri; spetta dunque al giudice investito della controversia verificare che il

convenuto, secondo le norme della *lex fori*, sia effettivamente “domiciliato” all’interno dello Stato in cui esso esercita la propria giurisdizione, al fine di accertare la sua competenza a conoscere della controversia. Analoga situazione si verifica per le persone giuridiche, anche se, al riguardo di queste ultime, l’art. 60 del regolamento individua soltanto tre criteri, posti sullo stesso piano e operanti in via alternativa, che possono rilevare al fine di localizzare il domicilio delle società e, più in generale, delle persone giuridiche, sulla scorta di quanto dispone l’ordinamento volta a volta applicabile. Si tratta della sede legale, dell’amministrazione centrale o del centro dell’attività principale della società o della persona giuridica convenuta in giudizio. Conseguenza di queste disposizioni è che, sia in relazione alle persone fisiche, sia alle persone giuridiche, è possibile che si verifichi una situazione tale per cui un soggetto risulti domiciliato in più Stati membri e, pertanto, più giudici siano competenti a conoscere della medesima controversia. In tal caso, la soluzione di questo inconveniente, pur in mancanza di una sola e comune nozione di “domicilio”, al fine di garantire che non si producano giudicati confliggenti, è comunque offerta dagli articoli 27 e 28 del regolamento 44/2001, allorché si afferma la prevalenza della competenza del giudice che è stato adito per primo, in applicazione del criterio di carattere temporale della prevenzione.

Come innanzi accennato, comunque, il principio di cui all’art. 2 ha portata tendenzialmente generale e, di conseguenza, le deroghe ad esso devono essere interpretate restrittivamente, come del resto più volte ribadito dalla stessa Corte di giustizia, allorché ha precisato la portata dell’impiego del criterio generale del domicilio del convenuto, rispetto ai vari fori definiti alternativi, ovvero facoltativi, ovvero speciali, innanzi ai quali il soggetto domiciliato all’interno di uno Stato membro può essere convenuto in giudizio, in ragione delle caratteristiche della controversia sulla quale verte la lite e della sua localizzazione all’interno dello spazio giudiziario europeo. Ed al riguardo nessun dubbio che, in relazione a queste ipotesi, tassativamente previste all’interno dell’art. 5 del regolamento, spetti all’attore la possibilità di scegliere se instaurare la controversia presso il foro generale oppure presso quello speciale.

Il sistema normativo in esame, per converso, in alcuni casi eccezionali, si preoccupa di individuare, sempre sulla base di criteri omogenei e vincolanti per tutti gli Stati membri, la competenza di un unico e solo giudice, in deroga al criterio generale ed ai criteri speciali innanzi indicati, in funzione della particolarità delle situazioni e dei rapporti oggetto della lite. Per alcune controversie, dunque, valgono solo ed esclusivamente i criteri di competenza giurisdizionale tassativamente previsti dall’art. 22 del regolamento 44/2001, senza alcun potere dispositivo o determinativo in capo ai soggetti parte della controversia. Da ciò discende che, in merito a tali controversie, per un verso, i giudici localizzati nel territorio di un qualsiasi Stato diverso da quello indicato nelle disposizioni in esame dovranno considerarsi privi di potere giurisdizionale e, per altro verso, che il tribunale individuato in virtù di uno dei titoli da esse previsti deve considerarsi dotato di giurisdizione esclusiva “indipendentemente dal domicilio” del

soggetto convenuto. Pertanto, la ricorrenza di uno dei criteri esclusivi di giurisdizione deve essere rilevata anche d'ufficio, sulla base dell'art. 25 del regolamento 44/2001, da parte di qualsiasi giudice investito della controversia.

La ragione alla base della previsione dei suddetti fori esclusivi è duplice: da un lato, soddisfa l'esigenza di garantire che sia investito della decisione della lite unicamente il giudice collegato mediante il vincolo maggiormente intenso alla fattispecie dedotta in giudizio, essendo costui in grado di conoscere in modo approfondito tanto le circostanze di fatto, quanto le norme giuridiche rilevanti ai fini della decisione della controversia e, dall'altro lato, la collocazione territoriale del giudice competente a pronunciare la decisione consente di garantire ad essa la massima effettività ed immediatezza per quanto riguarda i suoi contenuti, nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia. Ovviamente, come confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, l'art. 22 del regolamento 44/2001, dal momento che priva le parti sia della facoltà di scegliere il giudice, sia della possibilità di adire il foro del domicilio del convenuto, in evidente deroga dei due principi fondamentali su cui si basa l'intero sistema "*Bruxelles I*", non deve essere interpretato in senso più esteso di quanto strettamente necessario al perseguimento delle sue finalità. Pertanto, l'elenco delle controversie di cui all'art. 22 del regolamento 44/2001 non solo deve considerarsi tassativo, ma l'ambito materiale dei rapporti indicati in tale disposizione deve essere interpretato restrittivamente.

4. In considerazione di quanto affermato nel paragrafo precedente, dunque, e come ribadito anche nel "considerando" n. 11 del regolamento, il principio della competenza generale del giudice del luogo in cui è domiciliato il convenuto "deve valere in ogni ipotesi salvo i casi rigorosamente determinati nei quali la materia del contendere o l'autonomia delle parti giustifichi un diverso criterio di collegamento". Da quest'ultima considerazione consegue che, comunque, all'interno del regolamento 44/2001, ampio spazio è riservato anche a favore dell'autonomia privata. In particolare, l'art. 23 del regolamento attribuisce alle parti la possibilità di designare il giudice competente per la risoluzione delle controversie. In tal modo, si riconosce, per un verso, la "disponibilità" della scelta del giudice da parte dei soggetti interessati dalla controversia e, per altro verso, "l'esclusività" della giurisdizione individuata in base a tale scelta; questo tuttavia può avere luogo a condizione che: a) l'oggetto della controversia non rientri in una delle categorie previste dall'art. 22 del regolamento, relativamente alle quali, come evidenziato, la designazione del giudice competente è inderogabilmente stabilita dalle disposizioni in questione, in virtù di criteri esclusivi sottratti alla disponibilità delle parti e b) per quanto riguarda le controversie concernenti rapporti di assicurazione, rapporti con i consumatori e rapporti di lavoro, siano soddisfatti ulteriori e specifici requisiti, e siano anche rispettati i limiti posti all'operatività degli accordi di proroga della giurisdizione, in funzione della tutela del contraente più debole (vedi *infra*).

La scelta di politica del diritto a favore di un ampio riconoscimento del ruolo dell'autonomia privata nel senso ora indicato ha, comunque, consentito alla giu-

risprudenza ed alla dottrina di precisare che le clausole di proroga della giurisdizione sono destinate a produrre i loro effetti anche nelle ipotesi in cui esse provvedano ad indicare: a) due o più giudici alternativamente competenti; b) giudici diversi, ognuno dei quali competente in via esclusiva per gruppi di controversie differenti; c) un giudice designato dalle parti a prescindere “da qualsiasi legame oggettivo o soggettivo tra il rapporto giuridico controverso ed il giudice designato”; d) un giudice convenzionalmente indicato in via non esclusiva, bensì alternativa rispetto ai tribunali competenti ai sensi dei criteri previsti dal regolamento. Peraltro, secondo il dettato dell’art. 23, a meno che le parti non stabiliscano diversamente in via espressa, la competenza stabilita da una clausola di proroga è da considerarsi esclusiva.

In ogni caso, l’accordo di deroga, al fine di essere valido ed efficace, deve soddisfare alcuni requisiti di carattere soggettivo, oggettivo e formale. Si richiede, infatti, da un lato, che le parti contraenti siano fornite di adeguata capacità e che almeno una sia domiciliata all’interno di uno Stato membro, che l’oggetto della clausola riguardi una sfera determinata di rapporti giuridici e che la competenza sia attribuita anche a più giudici, purché siano determinati con certezza e, ovviamente, operino in uno Stato comunitario. D’altro lato, i requisiti formali sono improntati al minor formalismo possibile: è infatti ammessa anche la conferma per iscritto di una clausola stipulata verbalmente e tale requisito si considera soddisfatto pur in presenza della sola conferma scritta della clausola di proroga inviata da uno dei contraenti all’altra parte, la quale, avendola ricevuta, non formuli alcuna obiezione al riguardo. Ma non soltanto. È altresì considerata sufficiente, secondo il dettato dell’art. 23, par. 1, lett. b), la stipulazione dell’accordo di proroga in “una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro” oppure (secondo il disposto attualmente codificato nella lett. c) dell’art. 23, sulla scorta degli esiti della giurisprudenza comunitaria) in “una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente riconosciuto e rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato”. Infine, il requisito della forma deve ritenersi rispettato anche nel caso in cui la clausola di deroga sia espressa per telegrafo, telescrivente o fax, in quanto questi metodi consentono una registrazione durevole delle dichiarazioni delle parti. Si tratta, quindi, di scelte di politica del diritto rivolte tutte a garantire l’attenuazione delle esigenze formali sottese all’operatività degli accordi di proroga della giurisdizione. Tali scelte, peraltro, non escludono la necessità che il consenso delle parti risulti in maniera chiara e precisa, nella forma idonea ad essere notato da una parte che agisce in buona fede ed usa la normale diligenza; in virtù di questa impostazione, pertanto, qualora, ad esempio, la clausola di proroga sia inserita in altro documento, il rinvio a questo operato dal contratto dovrà essere specifico (c.d. *relatio perfecta*).

Emerge da queste considerazioni, dunque, che l’art. 23 del regolamento deve essere considerato una norma particolarmente significativa, in quanto ha accolto soluzioni che riconoscono l’importanza e l’utilità del ricorso all’autonomia pri-

vata ai fini dell'individuazione del giudice più adeguato a risolvere le controversie in materia civile e commerciale, assegnando ad essa un ruolo decisivo nel realizzare il coordinamento dell'esercizio delle giurisdizioni statali nello spazio giudiziario europeo. È in tale prospettiva, pertanto, che deve essere valutato, ad esempio, il rapporto intercorrente tra l'art. 23 in esame e l'art. 6 del medesimo regolamento 44/2001. E cioè se il foro indicato dalle parti, per un verso, sia in grado di esercitare anche una *vis attractiva* sulle cause connesse di cui all'art. 6 e, per un altro verso, abbia capacità di resistenza nei confronti dell'attrazione esercitata da altro foro che sia competente sulla base delle disposizioni previste da quest'ultimo articolo. Al riguardo sembrano infatti scontrarsi due esigenze contrapposte, parimenti tutelate all'interno dello spazio giudiziario europeo, costituite dal rispetto della volontà delle parti e dal principio di economia dei giudizi, tra le quali è difficile determinare in termini assoluti quale debba prevalere.

Un esempio. Con riferimento alla situazione processuale descritta nell'art. 6, n. 2, a favore della possibilità di consentire al giudice indicato dalle parti di pronunciarsi anche sulle chiamate di garanzia e sulle chiamate in causa di terzo ad essa relative, sembra deporre la considerazione, confermata dalla giurisprudenza della Corte, secondo la quale l'art. 6, n. 2, è destinato ad operare nel maggior numero possibile di situazioni, a prescindere dal criterio che fonda la competenza del giudice della causa principale. Peraltro, in senso contrario si può affermare che, se è ragionevole consentire la concentrazione delle liti di fronte al giudice munito di una competenza speciale, giustificata in virtù di un collegamento oggettivo con la controversia principale, non altrettanto si può affermare per far valere la concentrazione dinanzi ad un giudice individuato convenzionalmente dalle parti: aderendo alla soluzione opposta, infatti, si costringerebbe un soggetto, terzo rispetto alla clausola di proroga, a comparire di fronte ad un giudice che, in ipotesi, può anche essere privo di qualsiasi collegamento oggettivo con la lite principale, in quanto individuato esclusivamente sulla base di un accordo da altri concluso.

5. Ugualmente preordinata all'instaurazione del mercato unico europeo, e di particolare interesse alla luce dei temi oggetto di studio nel presente convegno, è la disciplina speciale per il riconoscimento degli effetti esecutivi degli atti autentici pubblici relativi ai rapporti civili e commerciali formati in uno Stato comunitario, dettata dal capo IV del regolamento 44/2001 (corrispondente al titolo IV della Convenzione di Bruxelles). Come per gli atti di natura giurisdizionale ed il titolo esecutivo europeo (istituito dal regolamento 805/2004, sopra citato), infatti, in base ad essa gli atti pubblici godono dello stesso regime agevolato per la circolazione dei loro effetti esecutivi nello spazio giudiziario europeo.

Per potersi giovare del regime indicato, gli atti in questione devono (i) essere perfezionati con l'intervento di una pubblica autorità che ne attesti l'autenticità; inoltre (ii) essere considerati autentici non soltanto nei loro aspetti formali, ma anche nei loro contenuti e infine, (iii) essere esecutivi nello Stato d'origine. Il

requisito da ultimo menzionato rappresenta peraltro, a ben vedere, non già un vero e proprio elemento costitutivo di un determinato atto al fine di essere qualificato “atto pubblico”, ma solo un “presupposto” o una “condizione” per la sua esecuzione in Stati differenti rispetto a quello di formazione.

Determinante per la qualificazione di “atto pubblico” ai fini in esame risulta, invece, il secondo requisito indicato, consistente nella c.d. “autenticità dell’atto”, da intendersi come relativa all’attestato di “pubblica autorità” non solo dell’autenticità della firma, ma anche della effettiva consapevolezza delle parti in merito al contenuto dell’atto, ossia in merito al contenuto delle loro dichiarazioni nonché alle circostanze al riguardo rilevanti. Il processo formativo dell’“atto pubblico” comporta, quindi, la partecipazione ad esso non solo delle parti interessate, ma anche di un altro soggetto chiamato a riceverlo nell’esercizio della funzione di pubblica documentazione ad esso assegnata dalla legge, in analogia con quanto disposto, all’interno dell’ordinamento italiano, dagli articoli 2699 e 2700 c.c.

Il primo requisito, infine, pur non espressamente previsto dalla normativa in esame, è stato precisato in via interpretativa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Unibank*², che ha affermato che un titolo di credito, esecutivo sulla base del diritto dello Stato d’origine, non costituisce atto autentico ai sensi della Convenzione di Bruxelles se la sua autenticità “non è stata attestata da un’autorità pubblica o da qualsiasi altra autorità a ciò autorizzata da tale Stato”. La Corte ha raggiunto tale conclusione in base alla motivazione per cui sono solo gli effetti direttamente riconducibili agli atti autentici che possono essere equiparati alle sentenze ai fini del riconoscimento dei loro effetti. Si tratta, quindi, di una nozione tendenzialmente restrittiva, che non consente di ricomprendervi un atto autonomamente negoziato tra privati di cui la pubblica autorità si è limitata ad autenticare la sottoscrizione senza verificare l’effettiva consapevolezza delle parti in merito ai contenuti, in quanto in tal caso esso non possiede alcun valore di autenticità su cui possa fare affidamento il giudice della delibazione per l’attribuzione degli effetti esecutivi. In breve, il carattere autentico dell’atto, per poterlo qualificare pubblico ai fini in esame, deve essere dimostrato in modo incontestabile sia relativamente al suo contenuto, sia relativamente alle sue forme con adeguato intervento di un’autorità pubblica.

Con riguardo poi al regime di circolazione degli “atti pubblici autentici” caratterizzati dai requisiti ora indicati, esso, come anticipato, è analogo a quello relativo ai provvedimenti giurisdizionali. Tali atti, pertanto, allorché siano impiegati quale espressione di una pubblicità legale ai fini del loro accesso nei pubblici registri, non richiedono alcuna procedura di riconoscimento. L’art. 57 del regolamento 44/2001, infatti, stabilisce che la procedura di cui agli articoli 38 ss., in tema di esecuzione, opera, su istanza di parte, al solo fine di dichiarare,

² Sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 1999, causa C-260/97, *Unibank c. Flemming*, *Raccolta*, p. I-3715 ss.

appunto, esecutivi in uno Stato membro gli “atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in un [altro] Stato membro”.

Così, con riferimento particolare all’ordinamento italiano, l’automaticità del riconoscimento comporta che, in occasione del deposito presso l’archivio notarile di atti pubblici stranieri autenticati, la procedura a tal fine rilevante, contenuta nella legge notarile del 16 febbraio 1913, n. 89, in particolare al suo art. 106, n. 4, non potrà essere utilizzata per operarne un controllo di legalità prodromico rispetto alla stessa iscrizione nei registri. Purché si tratti di un atto dotato dei requisiti menzionati, il pubblico ufficiale preposto alla tenuta dei registri dovrà provvedere al riguardo, senza la necessità di un preventivo intervento dell’autorità giurisdizionale.

Può tuttavia accadere che (anche) gli atti pubblici autenticati o i loro effetti siano oggetto di contestazione: in tal caso (come nell’ipotesi suddetta in cui si voglia procedere all’esecuzione di un atto pubblico straniero e non al suo mero riconoscimento, mediante, ad esempio, la sua iscrizione/trascrizione in un registro dello Stato richiesto), la parte interessata, per impedirne il riconoscimento automatico nell’ordinamento dello Stato richiesto, dovrà avviare il procedimento di cui agli articoli 43 ss. del regolamento 44/2001 che, con riguardo al nostro ordinamento, dovrà essere proposto innanzi alla Corte d’Appello del luogo in cui l’atto deve essere eseguito o deve essere iscritto nei pubblici registri, oppure, in alternativa, del luogo in cui si trova il domicilio della parte contro la quale viene chiesta l’esecuzione o l’iscrizione. Occorre però notare che il solo motivo ostativo all’esecuzione degli atti in questione è costituito dalla loro contrarietà all’ordine pubblico dello Stato richiesto, non rilevando, in virtù delle stesse caratteristiche dell’atto pubblico, gli altri controlli previsti per le decisioni straniere. Anche per tale motivo è, quindi, necessario che il controllo dell’autenticità della formazione e del contenuto degli atti pubblici sia particolarmente rigoroso ed esteso come sopra esposto.

6. Nell’evidenziare il ruolo essenziale che, per precisa scelta di politica del diritto, è svolto dall’autonomia privata nel coordinamento delle giurisdizioni nazionali, non si può tralasciare di soffermarsi sui precisi limiti che essa pur incontra in relazione a determinate categorie di controversie contrattuali, vale a dire quelle riguardanti assicurati, consumatori e lavoratori dipendenti, disciplinate secondo regole volte a garantire un’adeguata tutela a favore del contraente debole (sezioni 3, 4 e 5 del regolamento, articoli 8-21). Si riconosce così, in ragione di tale finalità di protezione, all’attore che rientri nelle suddette categorie, la possibilità di adire, comunque, il giudice dello Stato in cui ha il proprio domicilio o la propria residenza, ovvero del luogo in cui svolge la propria prestazione abituale e, allo stesso tempo, si esclude che i soggetti appartenenti alle categorie in esame possano essere convenuti in uno Stato diverso da quello del loro domicilio abituale (art. 12 del regolamento 44/2001). Pertanto, onde evitare che la tutela accordata dal punto di vista normativo dalle disposizioni suddette venga elusa tramite clausole rivolte a determinare convenzionalmente il giudice dotato di una competenza giurisdizionale esclusiva, si prevede che esse possano

essere invocate in deroga alle disposizioni poste a tutela del contraente debole, soltanto se la scelta del giudice avvenga dopo il sorgere della controversia, oppure se utilizzata *in favorem* (e da parte) del soggetto debole.

Per quanto riguarda, in particolare, i contratti con il consumatore, la protezione è stata ulteriormente potenziata nel senso ora indicato. Infatti, affinché il consumatore possa usufruire di tale tutela è sufficiente che gli atti necessari alla conclusione del contratto siano stati compiuti nello Stato del suo domicilio ed il prodotto o il servizio oggetto del rapporto contrattuale vi sia stato specificamente pubblicizzato. Naturalmente, a tal fine, il soggetto controparte del consumatore dovrà essere in ogni caso un “professionista”, secondo la nozione abitualmente usata in sede comunitaria, vale a dire un soggetto che, in occasione della conclusione del contratto, agisce nell’esercizio di un’attività economica con caratteristiche professionali. In assenza di questo requisito, infatti, viene conseguentemente a mancare, in capo al consumatore, la condizione di inegualianza o inferiorità che giustifica il trattamento privilegiato ed i limiti alla naturale espansione ed operatività dell’autonomia privata.

Parimenti, con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato, al lavoratore viene sempre consentito convenire il proprio datore di lavoro, non solo nello Stato del domicilio di quest’ultimo, ma anche nello Stato nel quale si è svolta abitualmente l’attività lavorativa, oppure ancora in quello nel quale si trova la “sede d’attività presso la quale il lavoratore è stato assunto”, allorché l’attività lavorativa sia svolta in più luoghi, ma in nessuno con carattere di abitudine (con la precisazione che, se i luoghi in cui il lavoratore ha svolto la propria attività con carattere di continuità sono plurimi, rileva, tra questi, l’ultimo).

7. Una corrispondente scelta di politica del diritto a tutela dei soggetti socialmente deboli si riscontra egualmente nelle norme comunitarie di diritto internazionale privato altrettanto orientate nella loro formulazione verso la soddisfazione di esigenze di diritto materiale e non già di semplice localizzazione del rapporto. In questa direzione si è già da tempo orientata la giurisprudenza comunitaria nell’interpretazione di alcune norme sostanziali previste in specifici atti comunitari, alle quali è stata assegnata la qualificazione di norme di applicazione necessaria, al fine di garantirne l’operatività nei riguardi di rapporti ai quali, a vario titolo, si è ritenuto opportuno estendere la protezione sostanziale prevista in ambito comunitario, a prescindere dalla loro legge regolatrice. Si pensi, ad esempio, alla direttiva 86/653/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1986, che stabilisce norme materiali per la protezione degli agenti commerciali indipendenti nei rapporti contrattuali con le imprese per le quali operano. Tale direttiva, in realtà, nulla dice in merito all’ambito della sua applicazione, con specifico riguardo a rapporti con elementi di estraneità rispetto alla Comunità; tuttavia, la Corte di giustizia, nella nota sentenza *Ingmar*³, ha adottato al riguardo un’inter-

³ Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, Raccolta, p. I-9305 ss.

pretazione teleologica della norma, proprio al fine di giustificare l'estensione del diritto all'indennità o alla riparazione a seguito della fine del contratto, così come prevista dagli articoli 17 e 18 della suddetta direttiva, anche ad agente commerciale pur vincolato ad un contratto che, per comune volontà delle parti, era soggetto alla legge dello Stato della California, nel quale era anche domiciliato il preponente. Nel caso di specie, quindi, con una chiara scelta di politica del diritto orientata da specifiche esigenze di diritto materiale, la Corte ha affermato la natura di norme di applicazione necessaria delle disposizioni citate, prevedendone l'applicazione anche a fronte della diversa legge regolatrice del contratto scelta dalle parti, proprio in quanto la sua disciplina avrebbe negato all'agente stabilito all'interno dei confini comunitari la tutela prevista dalla direttiva.

In tal modo, al fine di perseguire una politica di diritto materiale, si è previsto l'ampliamento del campo di applicazione della norma a situazioni pur dotate di significativi criteri di collegamento con Stati terzi, operando in tal modo una sorta di autocollegamento all'ordinamento comunitario, che ben potrà essere utilizzato anche con riguardo ad altri analoghi rapporti, in funzione del ruolo che la Comunità svolge in ambito internazionale e dell'interesse di quest'ultima all'affermazione, anche in territorio extracomunitario, di determinati valori che le sono propri.

D'altronde, è nota l'esigenza politica di riconoscere la competenza della Comunità europea per quanto concerne la "materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere", "per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno". Pertanto, sembra logico che si estenda fino a ricomprendere settori che, pur non essendo oggetto di competenza diretta del mercato unico, tuttavia siano strettamente collegati al corretto funzionamento di quest'ultimo. Infatti, diversamente da quanto dispone l'art. 95 del Trattato CE, gli articoli 61 e 65 del Trattato CE non si limitano a ricomprendere unicamente le misure che hanno "per oggetto" l'instaurazione ed il funzionamento del mercato unico.

In questo modo, i principi ed i criteri relativi alla disciplina dei c.d. conflitti di legge adottati in sede comunitaria tendono ad estendere la loro applicazione anche nei confronti di fattispecie extracomunitarie. Come è stato di recente osservato, infatti, la globalizzazione dell'economia e l'internazionalizzazione dei mercati hanno provocato un rapporto di reciproca comunicazione e ripartizione di competenze tra ordinamenti, sulla scorta di principi che devono necessariamente trascendere i soli rapporti e le sole fattispecie che gravitano all'interno del territorio degli Stati aderenti all'Unione europea e che, pertanto, lasciano esigui margini alla possibilità di adottare al riguardo soluzioni che coinvolgano esclusivamente questi ultimi.

Le medesime finalità si riscontrano, quindi, anche nella formulazione e nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato in materia di tutela dei consumatori, le quali prevedono, spesso espressamente, che, in presenza di un qualsiasi collegamento con lo spazio comunitario, la tutela da esse assicurata non venga meno anche in relazione a situazioni con riferimento alle quali la

legge regolatrice del contratto sia la legge di uno Stato terzo, che si riveli essere meno vantaggiosa per la categoria dei consumatori. Le specifiche direttive adottate al riguardo, invero, contengono spesso norme speciali aventi carattere unilaterale che estendono espressamente l'ambito di applicazione della loro normativa non solo alle fattispecie interne alla CE, ma anche a rapporti che sono regolati da ordinamenti appartenenti a Stati terzi. Un esempio è rappresentato dall'art. 6, par. 2 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, il quale, infatti, prevede che: “[g]li Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione accordata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un Paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro”.

Si introduce, dunque, un criterio di collegamento di natura imperativa avente carattere sussidiario, secondo gli stessi principi contenuti nell'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980, nel senso che la sua operatività non può essere derogata dalle parti del contratto se non al fine di prevedere un risultato più favorevole per la parte debole.

Sulla medesima linea di *favor* nei confronti del contraente debole si colloca anche la disciplina in materia di contratti individuali di lavoro. In particolare, l'art. 6 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali prevede, è ben vero, come criterio principale quello generale della volontà delle parti, ma è altrettanto vero che esso è temperato dall'impossibilità che la conseguente tutela per il lavoratore risulti inferiore a quella assicurata dalle norme imperative della legge che, se non fosse intervenuta la scelta dei contraenti, regolerebbe il contratto. Pertanto, anche in presenza di specifiche clausole di scelta della legge applicabile, si applicherà, se più favorevole all'interessato, la legge del luogo in cui il lavoratore presta abitualmente il proprio lavoro (o, se non individuabile con certezza, la legge del luogo in cui è localizzata la sede del datore di lavoro), oppure, in alternativa, la legge dello Stato che presenta il collegamento più stretto con il contratto di lavoro.

Emerge dunque dalle considerazioni ora svolte la ferma scelta del diritto comunitario di proteggere, anche attraverso le tecniche di diritto internazionale privato o di diritto processuale civile internazionale, le categorie sociali ritenute deboli che, in assenza di una disciplina specifica in loro favore, derogatoria dei principi generali, tanto in ambito processuale, quanto in ambito sostanziale, rischierebbero di non potersi giovare delle tutele previste dal diritto comunitario a causa del maggior potere contrattuale della loro controparte. Tanto che, al fine di perseguire questo obiettivo, talvolta la Comunità si spinge addirittura ad estendere la propria disciplina a situazioni pur collegate molto intensamente a Stati extracomunitari: è questo, appunto, quanto accade, come si è visto, in relazione ai contratti con i lavoratori e con i consumatori, secondo quanto espressamente stabilito dalle citate direttive, secondo principi estensibili anche ad analoghi rapporti contrattuali.

8. Come risulta da quanto innanzi indicato a proposito della legge regolatrice dei contratti stipulati da soggetti socialmente deboli, il diritto comunitario, nell'ottica del raggiungimento delle finalità di diritto materiale nell'interesse di una parte rispetto all'altra, adotta tecniche internazionalprivatistiche destinate ad operare anche in relazione a rapporti che si situano al di fuori dei confini territoriali comunitari, con portata riduttiva di eventuali clausole di esercizio dell'autonomia privata in senso internazionalprivatistico. Con riferimento, invece, ai rapporti contrattuali in cui le parti in causa si collocano su una posizione di tendenziale parità, la scelta di politica del diritto relativa ai conflitti di legge è quella di assegnare il massimo riconoscimento possibile all'autonomia privata per quanto concerne la scelta del diritto applicabile. D'altronde, è ormai universalmente riconosciuto sia dai legislatori, sia dalla prassi, che tale principio rappresenta una sorta di "soluzione spontaneamente uniforme" che, da un lato, trova il suo fondamento su basi storico-filosofiche, risalenti a Savigny e Mancini, e, dall'altro, valorizza massimamente l'intento pratico perseguito dalle parti in occasione della conclusione del contratto.

In questo senso, pertanto, affidando alla volontà delle parti la scelta della legge applicabile, si è inteso favorire il loro interesse materiale, non essendovi motivi per considerare la scelta di legge attribuita all'autonomia privata "*incompatibile con qualsiasi criterio materiale*", oppure inidonea nel "*perseguire una politica materiale*". Infatti, l'impiego dell'autonomia internazionalprivatistica non si riduce a mera tecnica rivolta ad esprimere il legame più stretto con la sede di esecuzione delle prestazioni oggetto della fattispecie negoziale e/o la sua migliore localizzazione, bensì soprattutto consente di garantire, nella massima misura possibile nell'ottica delle parti, la produzione degli effetti di carattere materiale secondo le ragioni economiche alla base dell'operazione di cui il contratto costituisce la formalizzazione in termini giuridici. Da ciò consegue che il fine principale dell'impiego internazionalprivatistico dell'autonomia privata è da individuarsi in una specifica scelta politica di tutela degli interessi materiali dei contraenti, che si identificano anche nella tutela del perseguimento del loro identico scopo. Solo in tal modo, infatti, si riconosce compiutamente il valore positivo degli scambi, dell'iniziativa economica e del contratto, assicurando ad esso la funzione di offrire alle parti di ottenere vantaggi in misura maggiore delle perdite e di garantire razionalità ai risultati conseguiti, di modo che, non solo le parti, ma anche l'intero ordinamento possa giovarsene. In altre parole, lasciando alle parti la libertà di individuare la legge regolatrice del contratto, si è inteso consentire loro di scegliere non tanto la legge dotata del legame più stretto con la sede di esecuzione o comunque della localizzazione più adeguata rispetto alle prestazioni oggetto della fattispecie negoziale, bensì la legge che garantisce nella massima misura possibile la produzione degli effetti di carattere materiale che esse hanno perseguito mediante la stipulazione del contratto.

Naturalmente, affinché tali finalità ed effetti, propri dell'ordinamento giuridico individuato in virtù dell'inquadramento operato delle parti, possano essere riconosciuti nella prospettiva della tutela degli interessi materiali innanzi indi-

cati, sarà necessario che questi siano espressione di un interesse meritevole di tutela e che quindi non celino un intento fraudolento, che non siano contrari ai principi dell'ordine pubblico internazionale propri dell'ordinamento del foro e/o che non risultino incompatibili rispetto a norme di applicazione necessaria della *lex fori* o di altri ordinamenti con i quali "la situazione presenti uno stretto legame", tenuto conto della loro natura e del loro oggetto, alla luce di quanto chiaramente indicato nell'art. 7 della Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali.

Si tratta perciò di qualificare l'impiego del criterio di collegamento costituito dalla scelta della legge applicabile al contratto non già attraverso il tradizionale metodo della localizzazione spaziale della fattispecie, bensì in virtù del rinvio all'ordinamento giuridico che si legittima ad inquadrare e a disciplinare gli effetti del contratto, sulla scorta della preferenza espressa dalle parti in ragione del loro intento negoziale, nonché delle caratteristiche e degli obiettivi dell'operazione economica da esse conclusa. Considerazioni, queste ultime, che, del resto, giustificano anche le motivazioni in base alle quali si privilegia l'applicazione della legge di tale ordinamento, a discapito di altre pur applicabili in ragione di altri criteri di collegamento che localizzano il contratto all'interno del loro ambito di applicazione. Ed al tempo stesso si pone l'accento sul fatto che l'autonomia delle parti in senso internazionalprivatistico non possa avere giustificazioni, caratteri e finalità differenti da quelli propri dell'autonomia privata in senso sostanziale.

Sulla base di quanto detto, dunque, risulta anche che l'autonomia privata può produrre gli effetti ora indicati soltanto se è inquadrata all'interno di un sistema ordinamentale giuridico che permetta di verificarne con completezza normativa la validità e di integrarne i contenuti, anche allorché ciò si riveli necessario nell'ottica dell'intento perseguito dalle parti. Il "*contrat sans lois*" risulta allora essere solamente il frutto di una teoria volta ad esasperare sino all'eccesso le potenzialità normative dell'esercizio dell'autonomia privata in senso internazionalprivatistico.

D'altra parte, l'esigenza dell'inquadramento e della legittimazione giuridica del rapporto contrattuale nell'ambito di un sistema ordinamentale dotato di completezza normativa, scelto dalle parti, consente di rilevare che il contratto internazionale e l'operazione economica ad esso sottesa, alla stregua del contratto che esaurisce i suoi elementi e i suoi effetti all'interno dei confini di un singolo ordinamento giuridico, hanno una valenza giuridica che non si esaurisce nelle sole clausole e nella disciplina espresse nelle regole contrattuali. In questo senso si può affermare che tale inquadramento dell'operazione economica all'interno di un dato ordinamento giuridico costituisce, oltre che presupposto di legittimazione, anche fonte di regolamentazione dei contratti internazionali, essendo idonea, secondo quanto innanzi indicato, ad integrare (e produrre regole ulteriori rispetto a) quanto espresso dalle clausole contrattuali.

La scelta ad opera dei soggetti contraenti della legge applicabile al rapporto contrattuale e/o a parte di esso non comporta, quindi, in alcun modo la prevalenza

della volontà delle parti rispetto all'ordinamento richiamato ed a quello nel cui ambito, in ragione delle norme internazionalprivatistiche, sono riconosciuti gli effetti di tale scelta. Gli effetti risultanti dalle determinazioni delle parti rilevanti al riguardo subiscono, infatti, l'operatività delle norme imperative dell'ordinamento designato e si avvalgono delle proprietà normative di quest'ultimo, al fine di integrare la medesima disciplina del contratto. Pertanto, l'operatività della scelta del regime applicabile al contratto e degli effetti di tale scelta, sempre attraverso il meccanismo delle tecniche proprie del diritto internazionale privato, potrà essere preclusa allorché si riveli contraria all'ordine pubblico internazionale e/o alle norme di applicazione necessaria dell'ordinamento del foro o di ogni altro ordinamento con cui la fattispecie concreta presenti uno stretto collegamento, in ragione della sua natura e del suo oggetto. Quindi, affinché un'operazione contrattuale possa avere successo, non è possibile prescindere da quanto previsto dagli Stati ai quali le parti del contratto appartengono o nei quali queste ultime si trovano ad operare; in tal modo, anche le esigenze fondamentali poste alla base delle norme imperative dei vari ordinamenti, connessi a vario titolo con la fattispecie concreta di volta in volta in rilievo, vengono tutelate, in applicazione di quel principio di solidarietà che permea le relazioni tra i singoli Stati e che ha visto accentuare la propria intensità proprio nel momento storico della massima espansione dell'autonomia privata, giungendo in tal modo a bilanciare la tutela delle suddette esigenze pubblicistiche con l'esercizio dell'autonomia privata.

9. Alla stessa logica di cui al precedente paragrafo si ispira l'evoluzione del diritto internazionale privato comunitario in materia societaria, rivolta a garantire ampio riconoscimento alla libertà di iniziativa economica ed all'autonomia privata, temperato tuttavia dall'esigenza di assicurare un'adeguata protezione degli interessi degli investitori e degli *stakeholders*, sulla scorta della disciplina dell'ordinamento giuridico del mercato in cui la società opera. Come è noto, in merito a tale evoluzione, un ruolo determinante è stato svolto dall'indirizzo giurisprudenziale in virtù del quale l'esigenza di garantire la continuità della personalità giuridica, nonché il reciproco riconoscimento dello statuto personale delle società comunitarie, così come individuate ai sensi dell'art. 48 del Trattato CE, comporta la prevalenza della disciplina dell'ordinamento dello Stato comunitario nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione, rispetto a quello della sua sede reale e/o della sua attività. Questo principio è stato di recente affermato in termini espliciti nelle sentenze *Centros*, *Überseering* ed *Inspire Art*⁴, in occasione delle quali la Corte, a tutela della libera iniziativa economica e dell'esercizio dell'autonomia privata, ha chiaramente confermato il "diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato mem-

⁴ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd. c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Raccolta, p. I-1459 ss.; del 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Raccolta, p. I-9919 ss.; del 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, Raccolta, p. I-10155 ss.

bro e di creare succursali in un altro Stato membro”, nonché il diritto di vedere riconosciuto tale *status* della società in ogni ordinamento giuridico comunitario, in quanto entrambi “inerenti all’esercizio, nell’ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento, così come garantita dal Trattato”.

Nessun dubbio, quindi, in merito all’incompatibilità con la libertà di stabilimento di eventuali disposizioni degli Stati membri che, in occasione del trasferimento della sede effettiva o della sede dell’attività principale di una società, oltre che dell’apertura di una sua succursale in un altro Stato membro, impongano in maniera diretta ovvero indiretta procedimenti che di fatto impongono una sua ricostituzione nell’ordinamento in cui la nuova sede viene ad essere localizzata. Lo Stato, diverso da quello di costituzione, in cui la società si trova ad operare o in cui ha collocato la propria sede effettiva, qualora quest’ultima sia già stata oggetto di un regolare procedimento costitutivo nell’ordinamento di un altro Stato, non potrà pertanto pretendere che la società in questione proceda a (ri)costituirsi al suo interno; né potrà imporre ad essa nuove regole o formalità estranee al suo statuto, sostanzialmente equivalenti a quelle relative alla costituzione di una nuova società.

L’accennato principio dello Stato d’origine, come innanzi indicato, evidenzia pure il riconoscimento dell’autonomia privata (*optio legis*) di coloro che hanno provveduto alla costituzione della società. Infatti, secondo quanto già avvenuto nell’ordinamento statunitense, si permette alle parti interessate di individuare ed utilizzare la legge regolatrice della società da esse ritenuta più confacente ai loro interessi, optando per il modello organizzativo ritenuto più idoneo a realizzare il progetto imprenditoriale sotteso alla costituzione della società. È anche per queste ragioni, in conclusione, che tale legge merita di essere preferita quale *lex societatis* rispetto alle altre leggi con essa eventualmente concorrenti, che potrebbero ritenersi legittimate ad essere applicate secondo altri titoli.

Pertanto la legge del luogo di incorporazione della società, anche in ragione della sua coincidenza con l’*optio legis* operata dai soci, è stata considerata, sulla base dei principi di diritto internazionale privato comunitario, la più idonea ad essere applicata alla disciplina dello *status* giuridico delle società, al fine di garantire efficienza al sistema ed opportunità agli operatori economici. Tanto che la *lex loci incorporationis* trova applicazione anche nell’ipotesi in cui la società svolge tutte le sue attività in Stati diversi da quello in cui è incorporata ed ha dunque con tale Stato il solo legame rappresentato dalla *optio legis* operata dalle parti al momento della costituzione della società.

Discende da quanto ora affermato che lo statuto personale della società, così come disciplinato dall’ordinamento che ha presieduto alla sua costituzione, è immediatamente e direttamente applicabile, oltreché azionabile, in qualsiasi altro ordinamento, nonostante la presenza di eventuali disposizioni nazionali aventi contenuto difforme, che rivendicano la loro applicazione in qualità di norme appartenenti all’ordinamento in cui è localizzata la sede ovvero in quanto *lex fori*. Queste ultime, peraltro, potranno trovare applicazione nei casi in cui la *lex loci incorporationis* confligga con norme o principi imperativi propri della

lex fori e/o della *lex loci*, allorché si tratti di attività che la società svolge all'interno di tali ordinamenti e di disposizioni adottate a tutela degli interessi dei soggetti che operano in essi.

Quindi, allorché si assista al concorso tra più *leges*, che pretendono di applicarsi, in particolare con riferimento a determinati profili che attengono alla *corporate governance*, in virtù del fatto che nel loro ambito si è verificata la costituzione della società stessa (*lex loci incorporationis*), ovvero in quanto le società di cui si discute gravitano all'interno del loro ambito territoriale di applicazione (*lex mercatus*), si pongono, assai di frequente, delicate difficoltà interpretative. La competenza della *lex loci incorporationis*, pertanto, non può dirsi assoluta ed esclusiva per qualsiasi atto relativo alla società o per i comportamenti degli organi sociali sia rispetto ai terzi, sia rispetto ai soci, sia rispetto ai c.d. *stakeholders*: essa infatti potrà concorrere con altra normativa, ritenuta più adeguata e sufficientemente giustificata da esigenze imperative, con riguardo ad ogni attività della società che in qualche misura possa interferire, o presentare collegamenti rilevanti, con gli interessi di altri ordinamenti statali.

Tale concorso, tuttavia, dovrà limitarsi ai soli casi in cui ci si trovi di fronte a disposizioni rivolte alla protezione di interessi generali ed alla specifica soddisfazione di "esigenze imperative" non adeguatamente tutelate dalla *lex societatis*, con estensione al diritto societario dei medesimi principi enunciati nella nota pronuncia *Cassis de Dijon* della Corte di giustizia⁵. In altri termini, si assiste ad un concorso di più *leges* allorché l'applicazione della *lex mercatus*: a) risulta proporzionata allo scopo effettivamente perseguito; b) è volta a realizzare interessi meritevoli di tutela; c) non prevede trattamenti anche indirettamente discriminatori sulla base della nazionalità; d) è adeguata ad evitare, nella massima misura possibile, la lesione dell'uniformità di trattamento comunitario delle persone giuridiche. Un ulteriore limite all'applicazione della *lex societatis*, in favore della *lex fori* o di altra legge ritenuta applicabile, può aversi nell'ipotesi in cui si accerti la presenza di un intento fraudolento ovvero di un ricorso abusivo al diritto societario di un determinato Stato, motivato dalla volontà di sottrarsi all'applicazione delle norme imperative in materia di tutela di legittime esigenze dell'ordinamento giuridico in cui si intende svolgere la propria attività imprenditoriale. Tale intento fraudolento, tuttavia, dovrà essere verificato sulla base delle circostanze specifiche dei singoli casi e con un rigoroso impiego dell'onere della prova: in un "mercato delle regole", quale quello proprio del diritto societario, infatti, la libertà di scelta concessa alle parti allo scopo di sfruttare i vantaggi dei vari modelli organizzativi e dei diversi criteri di funzionamento al riguardo vigenti nei singoli Stati comunitari non sembra poter essere limitata in virtù di astratte presunzioni *ex lege*.

Ne risulta dunque uno scenario in cui la legge che regola lo statuto personale della società garantisce sempre certezza di continuità della sua personalità giuri-

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe Central AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Raccolta, p. 649 ss.

dica, mentre, per quanto riguarda la sua disciplina, altre *leges societatis* diverse da quella dello Stato di costituzione possono comportare possibili effetti anche sulla sua *corporate governance*. Ed anche in questo la scelta tra tali leggi è spesso giustificata in funzione di tutela di esigenze espresse da corrispondenti norme di diritto materiale. Un esempio. Sembra doversi propendere per l'applicabilità della *lex mercatus* per quanto concerne le responsabilità del tipo di cui agli articoli 2497 e seguenti c.c., con particolare riguardo alla tutela che deve essere accordata ai soci di minoranza e ai terzi, nelle ipotesi di comportamenti abusivi della capogruppo per esercizio dell'unitaria attività di direzione e coordinamento "in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società medesime". In tal caso, infatti, quanto meno qualora gli interessi dei terzi o dei soci di minoranza non siano sufficientemente tutelati secondo criteri efficienti nell'ordinamento dello Stato in cui la società capogruppo è incorporata, si ritiene che possa essere applicata la legge dello Stato in cui ha luogo lo svolgimento delle attività sociali o in cui è localizzata la sede della società o della sua succursale, allorché ad essa si possano ricondurre le suddette attività (ad esempio la *lex loci actus*).

La rilevanza della *lex mercatus* si estende inoltre, per la tutela delle stesse esigenze di diritto materiale innanzi indicate, ad altri profili particolarmente significativi della valutazione della disciplina applicabile alle società, quale, ad esempio, il diritto o al nome o alla denominazione sociale della società. Anche in questa ipotesi, infatti, sebbene in linea di principio la questione debba essere sottoposta alle disposizioni della *lex societatis*, si ritiene che, laddove la società operi in un altro Stato, l'utilizzo di tale nome o denominazione sarà possibile solamente qualora questo risulti compatibile con la disciplina relativa alla tutela del nome adottata da tale Stato. Addirittura, nell'ipotesi in cui si debba procedere a verificare la legittimità dell'utilizzo di una determinata denominazione (ad esempio allo scopo di verificarne gli effetti di possibile confusione), sarà necessario analizzare la questione non solamente sulla base della *lex societatis*, ma anche della *lex mercatus* dell'ordinamento dello Stato in cui la società svolge la sua attività.

Anche per quanto riguarda la rappresentanza negoziale degli organi societari e, in ogni caso, la rappresentanza volontaria conferita mediante mandato ad alcuni dei componenti degli organi sociali, ovvero a dipendenti della società, si ritiene che essa non sia soggetta alla competenza esclusiva della *lex societatis*; di conseguenza, essa dovrà essere valutata secondo i principi ed i criteri propri della legge regolatrice della rappresentanza volontaria, rilevando a tal fine la *lex mercatus*, in qualità di ordinamento in cui sono esercitati i relativi poteri rappresentativi. Nello stesso senso, d'altronde, si è espresso anche il legislatore belga che, all'art. 111 della recente legge di riforma del diritto internazionale privato, non ha esitato a indicare espressamente che gli eventuali poteri rappresentativi dei componenti degli organi sociali e dei dipendenti della società devono essere valutati avuto riguardo della legge dello Stato in cui tali poteri rappresentativi sono esercitati.

Martin Westlake

Managing Inter-institutional Conflict*

SUMMARY: 1. Executive summary. – 2. Major conflicts are rare and becoming rarer. – 3. The institutionalisation of conflicts. – 4. Institutionalised management of conflict will continue. – 5. The inter-institutional triangle seen from the outside. – 6. Future prospects. – 7. Conclusions.

1. In its strongest sense, the word “conflict” implies a fight or a struggle. In its weaker sense, the word means simply a disagreement. This article will argue that inter-institutional conflicts – in the stronger sense of the word – are rare, and becoming rarer. It will argue, secondly, that most inter-institutional conflict has been institutionalised, or stylised, that various mechanisms and process have evolved, or been developed, to achieve this end, and that such cooperation is likely to continue. The article will further argue that, whilst such structured consensualism is, and has been, a “good thing” for the integration process and for the institutions within it, it has nevertheless come at a price.

2. It has elsewhere been argued that inter-institutional relations can be likened a little to tectonic plate theory¹. Prior to 1979, inter-institutional relations were classically described as being essentially bi-polar; “the Commission proposes, the Council disposes”, as it was sometimes put. But after June 1979, a new Continent came into being – the directly-elected European Parliament, and one that was growing. All along the edges of this new Continent there was seismological activity: an earthquake here, a budget rejected there²; a volcano here,

* A first version of this paper was delivered at the Conference on *Institutional Cooperation and Conflict in the European Union* organised by the Robert Schuman Centre at the European University Institute, Florence, 1-3 April 2007. The views expressed in this article are those of the author only.

¹ See M. WESTLAKE, *The European Union's Evolving Inter-Institutional Triangle*, in ADEK (*Association of Former Trainees from the European Institutions*) Newsletter, Brussels, December 2005; ID., *From Pangaea to inter-institutional triangle*, in D. SPENCE (ed.), *The European Commission*, London, 2006, III ed.

² Probably the best account of the reasoning and process which led the newly-elected European Parliament immediately to reject the 1980 budget is to be found in D. BUTLER, D. MARQUAND, *European Elections and British Politics*, London, 1981. An account of the reasoning which led

an *Isoglucose* Court ruling and a consultation procedure there³, and so on. In some places, the tectonic plates rubbed endlessly together so that there were constant tremors and some occasional volcanic activity – the seemingly never-ending debate about the Parliament’s role with regard to implementing powers (“comitology”, in the jargon) is a good example of this phenomenon.

However, as the European Parliament’s constitutional “shopping list” grew shorter, so the seismological and volcanic activity diminished in frequency and in intensity. For example:

- the consultation procedure gave rise to the cooperation procedure which gave rise to the co-decision procedure⁴;
- what had formerly been quests for fundamental principles gave way increasingly to arguments about degree and scope (for example, there is a difference between establishing the principle of an assent power for the European Parliament and establishing where and on which issues the Parliament should be able to exercise such a power and, once Jacques Delors became complicit with the Parliament’s call for a say in the appointment of the Commission and its President, the carpet of exclusive government power was slowly but surely rolled back).

3. Today, most conflicts are institutionalised or, at the least, stylised, and various mechanisms and processes have evolved or been developed to this end. Indeed, inter-institutional cooperation – legislative and budgetary – is a distinguishing aspect in all of the European Union’s major policy areas, frequently consolidated by an inter-institutional agreement of some sort⁵. Only the Union’s foreign policy could be described as being a source of “major” conflict, and even here the conflict is stylised.

The question arises: *why* has conflict become institutionalised in this way? A first explanation is that the institutions learnt collectively and individually that such institutionalisation was in their interest. This was perhaps most evident in the case of the European Parliament. In the budgetary field, for example, the Parliament quite rapidly abandoned the bludgeon of rejecting the budget in favour of the rapiers of inter-institutional agreements, reserves, amendments to

the Parliament gradually to abandon the rejection option can be found in M. WESTLAKE, *A Modern Guide to the European Parliament*, London, 1994, especially pp. 130-131.

³ See M. WESTLAKE, *A Modern Guide*, cit., pp. 134-137, for a description of how the European Parliament exploited the now famous but then completely unexpected *Isoglucose* Court ruling in combination with its own rule-making autonomy to create a *de facto*, if weak, legislative procedure – the consultation procedure.

⁴ See M. WESTLAKE, *The Style and the Machinery: The Role of the European Parliament in the European Union’s Legislative Processes*, in P. CRAIG, C. HARLOW (eds.), *Lawmaking in the European Union*, London, 1998, for an account of how the current co-decision procedure was effectively built on and grown out of the consultation procedure.

⁵ The Schuman Centre’s conference considered such apparently esoteric areas of cooperation as, for example, relations between the institutions’ legal services, which are not only structured but very close.

the comments on the line, and so on. But the other institutions saw the interest of this more peaceful approach as well. For a start, conflicts create a bad impression; it is never a good idea to wash dirty laundry in public. Also, through cooperation and negotiated settlements litigation can be avoided; as the European Parliament learnt to its cost, courts do not decide in your favour simply because you are convinced of your case⁶.

Arguably, though, the Parliament had most to gain from institutionalised conflict. It very rapidly recognised a sort of ineluctable law which could be described as follows: “In any institutionalised agreement, the European Parliament will gain less than it wanted but more than its interlocuteurs wanted to give”. It is, in great part, the workings of this law that have led to such a proliferation of mechanisms designed to ensure inter-institutional cooperation: inter-institutional agreements; framework agreements; trilogues; codes of conduct; exchanges of letters; memoranda of understanding.

To these should be added a host of informal mechanisms and processes. In the legislative sphere, for example, first-reading agreements in the co-decision procedure are increasingly frequent, and these are mostly brokered between the presidency-in-office of the Council and the Parliament’s rapporteur. It is only when a potential deal has been identified that the formal process becomes visible. A vast web of inter-personal contacts and relationships has spread over and between the Union’s institutions and these contacts frequently encourage and nurture inter-institutional consensus.

There are also mechanisms and processes midway between the formal and the informal. For example, the Secretaries-General of the Union’s institutions meet on a fairly regular and formal basis to discuss matters of common concern, but they also meet at an informal level⁷. Sometimes they are charged with specific tasks. For example, in the context of the current Framework Agreement between the European Parliament and the European Commission: “The negotiations between the European Parliament and the Commission of the final text of the Framework Agreement were carried out by Julian Priestley, Secretary-General of the European Parliament and David O’Sullivan, Secretary-General of the European Commission. Priestley was in close contact with the Secretaries-General of the political groups in Parliament and reported back on what he did to the Conference of Presidents. Negotiations on the final text were thus carried out in the first place by technocrats, with those politically responsible, such as the Commissioner for institutional relations and communication strategy, Margot Wallström, on the Commission’s side and the Conference of Presidents on the Parliament’s side, in the background”⁸.

⁶ A chronology of significant Court cases involving the Parliament – including those where rulings did not go in its favour – is set out in M. WESTLAKE, *A Modern Guide*, cit., pp. 252-257.

⁷ As one Secretary General put it to the author: “We visit each other’s cottages, you know!”.

⁸ Taken from T. BEUKERS, *The Barroso Drama: Enhancing Parliamentary Control Over the European Commission and the Member States – Constitutional Development Through Practice*, in *EuConst*, 2006, pp. 21-53.

This article has tended to concentrate on the European Parliament because it is the Parliament, as the new Continent in formation, which is most frequently identified as the source of change and friction, of being the militant, the revolutionary, the encroacher. But precisely because of those perceptions, the other institutions have seen the advantage of tying themselves into agreements and procedures. It could be described as the “Lilliputian approach”. The Lilliputians, it should be recalled, were a race of six-inch tall people who, in Jonathan Swift’s famous satirical novel, *Gulliver’s Travels*, tie a giant Gulliver down with hundreds of tiny threads. In Gulliver’s case, he was tied down whilst he was asleep. In the case of the European Union’s institutions, though, the bonds are entirely self-imposed. By voluntarily tying themselves into self-denying ordinances, the institutions willingly forego potential conflicts in return for stability. In the Parliament’s case, through the workings of the law described above, there is additionally always a redistributive element to complement the stability and compensate for the self-denial. Indeed, one can imagine parliamentary negotiators looking forward to “conflicts” precisely because they know that a negotiated settlement will ensue... One commentator, for example, sees linkage, if not automaticity, between the approval procedure for the Commission and revisions to the Framework Agreement: “The approval procedure of the Commission has developed into a central moment for Union institutional development. Demands are expressed by the European Parliament to the President-designate of the Commission to include new items into the Framework Agreement. That is not to say that the President-designate has to agree to all of Parliament’s wishes in full. But he or she does have to address them seriously upon approval and make concessions”⁹.

All of the European Union’s institutional actors have got so used to the concept of the general good and the negotiated, structured settlement that they now automatically, instinctively think in those terms (so, to take one example, since 2001 the European Commission has had structured protocols of cooperation with the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Comitology provides another example; though the Treaty provides only for a Council decision, and though the EP was largely excluded in the 1986/7 and 1998/9 provisions, the 2006 amendment produced a settlement bringing Parliament into the negotiation process for the first time).

4. This article does not deny the existence of conflict; on the contrary, conflicts between the institutions, in the weaker sense of the word, are ever-present. But they are increasingly controlled explosions – more like the small explosions in an internal combustion engine than the hand grenades that the first directly-elected European Parliament started to lob into the system, particularly in the budgetary sphere. This institutionalised form of conflict is set to continue for a number of reasons. A non-exhaustive list would include:

⁹ T. BEUKERS, *op. cit.*

- the principle of loyal cooperation, which implicitly obliges the institutions to behave in a reasonable and collegial fashion;
- at a political level, where broad majorities in all of the institutions favour continued integration, the fact that few want a “big bang” and that, at the administrative level, nobody wants one;
- in any case, the administrations are staffed by European civil servants who are governed by the same basic statute and who, since 26 July 2002, have been recruited through the same European Communities Personnel Selection Office (EPSO), and are collectively working for a common cause¹⁰;
- the issue of complicity – above all, budgetary complicity. Nowhere is this better illustrated than the “gentlemen’s agreement” between the Council and the European Parliament whereby “neither institution interferes (by amendment or hearing) with the administrative budget of the other”¹¹. To this agreement should be added the convention whereby the European Parliament’s administrative budget each year should amount to 20 per cent of the institutions’ overall administrative budget¹². Parliament clearly has a vested interest in budgetary peace, but so does the Council. When conflict does break out, therefore, it is stylised and takes place in a controlled environment, between the high priests of the EU’s arcane budget procedures¹³;
- the “do-good factor”, whereby the European Parliament consciously limits its “bad” behaviour in order to avoid accusations of immaturity or irresponsibility and demonstrate, in a constitutionally evolving context, that it can and will exercise its prerogatives with responsibility¹⁴;

¹⁰ Indeed, where there are conflicts at a political level, administrators of the different institutions expend a great deal of energy in seeking to explain the actions of their masters and in seeking ways of bringing the conflict back “under control”.

¹¹ W. NICOLL, M. BRYAN-KINNS, *The Budget Procedure*, in M. WESTLAKE, D. GALLOWAY (eds.), *The Council of the European Union*, London, 2006, III ed., p. 110 ss.: “It needs the tenacity of an archaeologist to unearth this agreement: it takes the form of a unilateral (!) Council resolution passed at the time of the long-since defunct Luxembourg Treaty of 1970; the agreement is presumably kept alive by being referred to frequently by both institutions, a fact of life which would tend to give it an element of legal durability”.

¹² The only reference this author has been able to find to the agreement is an extract from the summary record of a 14 November 1988 meeting of the political group presidents.

¹³ “L’appellation n’est pas contrôlée. Existe cependant dans la Communauté une race d’hommes et de femmes seuls à posséder le secret et qui se reconnaissent, comme dans *Les Pléiades* de Gobineau, sans avoir à s’annoncer: du côté de la Commission, le Commissaire compétent, quelques membres de son cabinet et de la Direction générale, une ou deux personnes de chez Delors; du côté du Conseil, quelques hauts fonctionnaires nationaux, un ou deux ministres en place depuis suffisamment longtemps (ce qui est rare), quelques bureaucrates accusés de tous les maux, mais qui ont au moins une mémoire; du côté du Parlement, quelques coordinateurs, officiels ou non, certains fonctionnaires des groupes, le secrétariat de la Commission des budgets”, J.-P. COT, a former President of the European Parliament’s Committee on Budgets, in *L’événement européen*, n. 1317, 1988, p. 207.

¹⁴ See M. WESTLAKE, *A Modern Guide*, cit., pp. 207-208 for a more detailed definition and some examples of this phenomenon.

- within increasingly complex and technocratic procedures, the development of a strong sense of community and a spirit of collegiality. It existed for a long time in the budgetary sphere¹⁵, but it exists now also in such areas as co-decision and conciliation and comitology, as well as in vertical policy areas. A hybrid version of what American political scientists would call “closed policy making communities”, they are characterised by strong mutual understanding, the role of key personalities and the development of coded languages (sprinkled with acronyms and nicknames). Indeed, they have evolved to such an extent that they now generate cleavages *across* institutions; for example, the Environment Council, the Environment Commissioner and the European Parliament’s Environment Committee might enjoy more solidarity among themselves than with, say, the Competitiveness Council, the Commissioner for the Internal Market and the European Parliament’s Committee on the Internal Market and Consumer Protection respectively. Under these circumstances, differences tend to be settled among friends.

5. So close has the European-Parliament relationship seemed to become that there has been excited talk about the end of the inter-institutional triangle and the return to a bipolar world, with a neutered Commission gently fading out of the picture. To paraphrase Mark Twain, reports of the European Commission’s death have been greatly exaggerated¹⁶. It is a moot point as to whether the triangle is an isosceles or a scalene triangle (it is certainly not an equilateral triangle!) but, viewed “from the outside” by the other institutional actors, it is clear that the triangle still exists.

A highlight of the recent film *Pirates of the Caribbean II* consisted of a highly improbable but brilliantly choreographed three-way fight between three swordsmen, with each intent on beating the other two, and the inter-institutional triangle can sometimes seem like that: from the European Parliament’s point of view, the European Commission seems to side too much with the Council, because that’s where the real power is to be found; from the Council’s point of view, the European Commission seems to side too much with the European Parliament, because it is too ready to give in; and from the European Commission’s point of view, the European Parliament tends to side too much with the Council, with each increasingly recognising the other as twin arms of the legislative and budgetary authorities. However, like the three swordsmen, the institutions – perhaps particularly the Commission and the Council – can sometimes be so intent on each other that it seems, despite all of their no doubt sincere language, that they forget the bigger picture.

Indeed, for the sake of provoking reflection, the following three related observations could be argued:

¹⁵ See footnote 13.

¹⁶ The words of a telegram Twain sent from London to New York after the *New York Journal* mistakenly reported that he had died.

- the Council's preparatory mechanisms work brilliantly at forging consensus among the member States but much less well at forging linkage with stakeholders' concerns within the member States;
- the European Parliament has done a brilliant job at winning a strong role for itself in the budget and legislative spheres and at holding the executive to account, but much less well at forging links with the electorate;
- the Commission has done a brilliant job at maintaining "legislative momentum" and at promoting the general interest but, despite considerable effort, much less well at pre-legislative consultation (where, indeed, it remains torn between the use of different, though not necessarily mutually exclusive, mechanisms; direct consultations, targeted consultations, online consultations, White Papers, Green Papers, Communications, etc.¹⁷).

Put another way, seen from "the outside", the three main institutions sometimes seem closer to each other than they do to their natural constituencies; their inter-linkage is more evident than their linkage to the broader public space that they all seek to serve. Could it be, then, as has recently been argued¹⁸, that the odd spot of non-institutionalised crisis might clarify matters and help re-assert what should be the primary linkages and loyalties of each institution – a case of "come back, crisis, all is forgiven"?

This particular author would additionally argue that the institutions could certainly further exploit the role and the potential of the two advisory bodies, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, provided under TEC Article 7 (though, to be fair to the European Commission, the 2001 Protocols of Cooperation between it and the two Committees – renewed in 2005 – are designed precisely to enable it better to exploit their potential). In any case, the draft Constitutional Treaty's provisions on the democratic life of the Union (Title VI) and on the principle of participatory democracy (Article I-47) – particularly its intended obligation on *all* of the Union institutions to "maintain an open, transparent and regular dialogue with representative associations and civil society" – seemed to reflect an acknowledgement by the Treaty's draftsmen that representative democracy, both direct and indirect, was a necessary but insufficient condition for true democracy in such a complex organism as the Union.

6. This article set out to address the topic of inter-institutional conflict and its management. It has observed how the trend towards institutionalised and/or stylised conflict has evolved and seems set to continue. However, it has also

¹⁷ Though to its credit the European Commission has set out general principles and minimum standards for consultation (Commission communication of 11 December 2002, *Towards a reinforced culture of consultation and dialogue – General principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission*, COM(2002)704 final), and these internal provisions have been accompanied by a series of transparency initiatives.

¹⁸ M. CREMONA, *Interinstitutional cooperation in the foreign policy area*, paper delivered at the Schuman Centre Conference cited above.

noted the increasing existence of cross-cutting cleavages within institutions. At a rhetorical level, therefore, the question might be asked; will inter-institutional conflict give way to *intra*-institutional conflict? The potential is certainly already there:

- the Commission's difficulties in maintaining the collegiality principle have been increasingly widely considered in the literature, with some arguing that it has come to be a sort of "Coreper III" (or, more accurately, a "Coreper I"). This is not a phenomenon purely related to the size of the College nor to the number of member States, though both phenomena pose big challenges¹⁹;
- the European Parliament is facing similar challenges of coordination and consistency across a body that is currently composed of no less than 785 members split up into eight political groups and twenty parliamentary committees. The resulting cleavages have led one distinguished observer to describe the "refragmentation" of the European Parliament²⁰;
- despite the Cassandras, the Council has seemingly fared better than the other institutions in meeting the logistical and coordination challenges of successive waves of enlargement, but if speculation about the likely nature of the constitutional settlement ahead proves correct (with the institutional provisions surviving more-or-less intact), it will have to face up to a major task of intra-institutional cooperation, particularly with regard to the various sorts of presidencies. How, for example, will efficient and smooth cooperation be ensured between: the President of the European Council (a former Head of State or Government); the "traditional" President of the Council (a serving Head of State or Government); the President of the Euro Group (currently a serving Head of State); the President of the European Commission (a former Head of Government); and the Foreign Minister (presumably, a figure with suitable stature but, in any case, somebody who will sit in both the Commission and the Foreign Affairs Council)²¹?
- all of the institutions are increasingly confronted with resource questions – the language "tail" (that is, the swelling ranks of translators and interpreters) is increasingly wagging the policy "dog", particularly in the smaller institutions, and this phenomenon, combined with the need to devote more resources to ensuring financial probity and good management, is acting as a sheet anchor, slowly but surely weakening the policy capacity of all of the institutions.

Two concluding observations concern the legislative process. The Commission has traditionally been viewed by the Council and the European Parliament as a sort of legislative sausage machine. Their structures (sectoral Councils, working parties, parliamentary committees) are designed to deal with its legislative out-

¹⁹ See, for example, J. PETERSON, *Where does the Commission Stand Today?*, in D. SPENCE, G. EDWARDS (eds.), *The European Commission*, London, 2006, III ed.

²⁰ A. MAURER, presentation at the Schuman Centre Conference cited above.

²¹ See M. WESTLAKE, *Why Presidencies Still Matter*, in *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 2007, p. 157-166 for a fuller consideration of this future conundrum.

put. But what happens if, as successive Commission Presidents have resolved – and, indeed, as is now occurring, the Commission starts to generate less legislative proposals? The Parliament’s committees – whose very existence has been strongly predicated on a constant flow of legislation – are well aware of the challenge this will increasingly create for them. Indeed, in 2006, the Presidents of the Committees met in a special seminar to consider ways of responding to the challenge²². Meanwhile, the Council’s “traditional” rotating Presidencies typically gain much of their kudos from the role they can play in the legislative process, particularly in brokering first reading deals. How might successive presidencies, with a chance to sit in the high chair only once every fifteen years or so, greet the prospect of an ever-diminished role? Might this be a major source of future inter- *and* intra-institutional conflict, with a Commission reluctant or reticent to legislate and the other institutions impatient for more? Might it lead to confrontation between horizontal imperatives (legislate less, for example) and vertical determination (more environmental protection, for example)?

The second concluding observation concerns the whole nexus of inter-institutional legislative planning and coordination. The Parliament has sought, with deliberately gradual success, to draw the European Commission’s legislative and work programme into line with the Parliament’s own policy priorities. It has used logistical and coordination arguments to good effect, leading the Commission into narrower and narrower lanes. At the same time, the Council’s reforms have put increasing emphasis on multi-presidency programming; currently, three successive presidencies agree to eighteen month programmes. However, there is very little connection between the two exercises although both, in reality, are necessarily closely interconnected. This nexus might also prove a source of future conflict, particularly if future elections produce workable “majorities” in the European Parliament, with the inevitable temptation for the Parliament to embark on a more partisan relationship with the Commission.

7. This article began with a few parallels with seismology and vulcanology. It has considered how inter-institutional conflicts have been deliberately brought under control and institutionalised. With the exception of an occasional sulphurous belch, relative peace reigns. The question of the financing of the Union’s foreign policy is a little like the Union’s Stromboli; in continuous eruption, but rarely with any real violence. Comitology is the Union’s Vesuvius; very occasional eruptions followed by long periods of mumblings and grumbings. The formation of a new Continent cannot be excluded – the establishment of a “permanent” European Council presidency, with its own secretariat, might be an example of that. For the time being, however, the earth is steadily cooling down.

²² Conference of Committee Chairmen, 22-23 June 2006, *Declaration of Limelette*, internal document.

Nicola Colaianni

L'influenza della “Costituzione europea” sul diritto (statale) di libertà di religione*

SOMMARIO: 1. Il senso della “Costituzione europea”. – 2. Il diritto costituzionale europeo di religione. – 3. La passata influenza sul diritto statale italiano. – 4. La futura influenza sulla legge di attuazione.

1. Può sembrare tecnicamente improprio, se non se ne offre preliminarmente qualche osservazione esplicativa, l'uso disinvolto dell'espressione “Costituzione europea” dopo non solo l'infelice esito dei referendum popolari sul Trattato che l'adotta, svoltisi in Francia e in Olanda, ma anche la sostanziale inerzia reattiva che, quali che siano le presidenze che si alternano, sta caratterizzando l'Unione. E, tuttavia, nonostante la dura realtà di un processo di integrazione, che si sta rivelando difficile a livello profondo, il fantasma della Costituzione si aggira da tempo in Europa e i ritardi e le omissioni di alcuni Stati o di alcuni popoli europei, insieme ai noti difetti originari e strutturali, non valgono ad impedire che esso prenda corpo.

Non è questa la sede per tornare sulla questione di fondo relativa alla derivabilità di una Costituzione davvero espressiva di una sovranità, e quindi atteggiatesi e percepita come *higher law*, da trattati eteronomi, sempre nella disponibilità degli Stati stipulanti che possono *ad libitum* recederne: ancorché non possa trascurarsi che, da quando la Corte di giustizia – or sono più di vent'anni – la usò per la prima volta, la categoria “carta costituzionale di base costituita dal Trattato”¹ non è stata lasciata cadere nel vuoto ma è stata implementata dalla successiva giurisprudenza tanto quanto dalla dottrina nel quadro dell'auspicata “costituzionalizzazione” dell'ordinamento della Comunità².

* Questo scritto è destinato anche agli Studi in onore di Vincenzo Starace, di prossima pubblicazione.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti ecologiste Les Verts c. Parlamento*, *Raccolta*, p. 1339 ss., con cui si estese il sindacato giurisdizionale agli atti del Parlamento europeo, in quanto “miranti a produrre effetti giuridici” nei confronti dei terzi.

² Cfr. ad es. S. CASSESE, *La Costituzione europea*, in *Q. cost.*, 1991, p. 487 ss.; *Id.*, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, *ivi*, 2002, p. 469 ss.; con riferimento al Trattato che adotta una Costituzione europea v. ora P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006.

Ma in ogni caso è un fatto che, come osservò dopo l'approvazione della Carta di Nizza Peter Häberle, "l'Europa vive già un *ensemble* di costituzioni parziali"³ in parte già scritte, come i Trattati istitutivi e le stesse costituzioni nazionali, nelle parti residue alla sottrazione di alcuni ambiti di sovranità apportata dai primi, in parte non scritte come le "tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri" in materia di tutela dei diritti fondamentali, invocate originariamente dalla Corte di Lussemburgo⁴ come limiti ai suoi interventi giurisdizionali e poi richiamate nell'art. 288, 2° comma, Trattato CE e successivamente nell'art. 6, par. 2, del Trattato UE (e nell'art. I-9, par. 3, di quello sulla Costituzione).

È proprio con riferimento a queste tradizioni che si può parlare già oggi, nonostante la posizione di *stand-by* del Trattato istitutivo, di una "costituzione europea" nel senso specifico, coincidente con la tutela dei diritti fondamentali, che a tale espressione attribuisce il costituzionalismo contemporaneo⁵. Certo, esse integrano una regola di interpretazione giurisprudenziale piuttosto che una fonte normativa⁶, tanto che sovente in passato il dibattito s'è incentrato sull'opportunità – a motivo della loro inconfigurabilità come fonti – di recepire a tal fine nel diritto comunitario i principi della Convenzione europea per la salvaguardia delle libertà fondamentali e dei diritti dell'uomo, nel Trattato di Maastricht richiamata solo come parametro del garantismo di quei diritti e, quindi, a sua volta non come fonte normativa⁷.

In effetti la Convenzione ha conosciuto un notevole rafforzamento come fonte principale in materia di diritti fondamentali dal momento in cui, con il Protocollo addizionale del 1998, la sua applicazione è stata sottratta al filtro della Commissione e affidata interamente all'organo giurisdizionale, dotato di terzietà e perciò circondato da affidabilità⁸. Grande forza alla sua recezione nella giurisprudenza italiana, poi, ad essa è derivata dal nuovo art. 117 Cost., modifi-

³ P. HÄBERLE, *Europa come società costituzionale in formazione*, in E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA, M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione europea*, Padova, 2001, II ed., p. 16.

⁴ Si tratta di tre sentenze della Corte di giustizia rese nei primi anni settanta, la più incisiva delle quali è del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold, Raccolta*, p. 491 ss., con cui si inclusero anche "i trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito" e, quindi, la CEDU nelle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri (per un orizzonte di senso più profondo di questa espressione v. C. PINELLI, *Le tradizioni costituzionali comuni ai popoli europei fra apprendimenti e virtù trasformative*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 9, 2005, p. 11 ss.).

⁵ Cfr. ad es. A. SPADARO, *Costituzione (dottrine generali)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 1630 ss.; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Q. cost.*, 2006, p. 8 ss.

⁶ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, p. 25 ss.

⁷ D'altro canto, "la Comunità non ha la competenza per aderire alla Convenzione" (parere della Corte di giustizia del 28 marzo 1996, 2/94, *Raccolta*, p. I-1759 ss.) perché non ha una competenza specifica in materia di diritti fondamentali, come ribadito nell'art. II-111 del Trattato costituzionale.

⁸ Il numero dei ricorsi è, infatti, pressoché raddoppiato (cfr. P. TANZARELLA, *Il Protocollo XIV, un tentativo per alleggerire la Corte di Strasburgo*, in *Q. cost.*, 2005, p. 891) e ancora nel 2006 è

cato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, con cui si è introdotto l’obbligo *anche* per il legislatore statale di rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali e, quindi, dalle norme della CEDU.

Tuttavia, l’adesione dell’Unione alla CEDU, fino a qualche anno fa auspicata come un salto qualitativo e del resto ancora ipotizzata seppur con un *caveat* nell’art. I-9 del Trattato costituzionale, in effetti, dopo l’approvazione di un’altra Costituzione parziale come la Carta di Nizza, comincia ad andare stretta: quel catalogo dei diritti fondamentali è apparso improvvisamente piuttosto “vecchiotto”⁹ al confronto con la forte carica innovativa della Carta e la sua evidente discontinuità¹⁰ rispetto al modo ordinario in cui la stessa Europa “allargata” guarda ai diritti fondamentali, specie sociali. Tanto più perché la Carta di Nizza, pur avendo a sua volta valore non di fonte normativa ma piuttosto di *soft law*, sta ricevendo una larga utilizzazione giurisprudenziale sia nelle Corti statali¹¹ sia in quelle europee¹², nelle quali anzi si osserva una progressiva caduta degli originari “distinguo”. Invero, in un primo momento la Corte di Lussemburgo non aveva mancato di rimarcare che “la Carta non costituisce uno strumento giuridico vincolante” e ne aveva giustificato il richiamo, nel caso, con il fatto che “il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscerne l’importanza affermando, al secondo ‘considerando’ della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare che quest’ultima rispetta i principi riconosciuti non solamente dall’art. 8 della CEDU, bensì parimenti dalla Carta”¹³. In una più recente decisione, tuttavia, la Corte ha persino evitato di precisare che l’applicazione della Carta avveniva per effetto della sua ricezione da parte degli organi comunitari nel testo di tutte le direttive adottate dopo il dicembre 2000, ma l’ha invocata senz’altro accanto ai principi generali del diritto comunitario e alla CEDU, in connessione cioè con l’art. 6 TUE¹⁴.

stato registrato un aumento dell’11% (cfr. *Guida al diritto, Diritto comunitario e internazionale*, n. 2, 2007).

⁹ G. SACERDOTI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: dall’Europa degli Stati all’Europa dei cittadini*, in *Com. St.*, vol. XXII, 2002, p. 287.

¹⁰ S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, 2001, p. 59 s.

¹¹ Cfr. A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur. it.*, 2005, c. 427 ss.; D. TEGA, *Le Carte dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale (ed oltre)*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, p. 971 ss.

¹² Sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo dell’11 gennaio 2007, *Anheuser-Busch c. Portogallo* e del 19 aprile 2007, *Vilho Eskelinen c. Finlandia*, reperibili *on line* sul sito cmiskp.echr.coe.int. In dottrina già G. SILVESTRI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea dopo la Carta di Nizza*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, p. 609 ss.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet Ltd c. Justitiekanslern*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

L'applicazione senza remore della Carta rende in qualche modo ultronea l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, giacché la convergenza ivi in certa misura delineata tra diritto comunitario e diritto CEDU in direzione di un comune patrimonio europeo si va sempre più evolvendo verso un agguagliamento della CEDU al diritto comunitario quanto agli effetti sul diritto italiano. Depongono in questo senso le norme che prevedono misure di raccordo della legislazione nazionale alle pronunce CEDU e l'equiparazione della responsabilità da violazioni CEDU a quella da violazioni comunitarie¹⁵. Nè altro senso può attribuirsi alle ordinanze con cui la Corte di cassazione ha sollevato questioni di costituzionalità di norme italiane con l'art. 117 Cost. *per relationem* alle norme CEDU, che grazie al nuovo dettato costituzionale “divengono norme interposte, attraverso l'autorevole interpretazione che ne ha reso la Corte di Strasburgo, nel giudizio di costituzionalità”¹⁶.

Questa tendenza trova sostegno nella piena e diffusa utilizzazione della Carta di Nizza e delle tradizioni costituzionali comuni sul piano non della teoria delle fonti (perché tali, come detto, esse non sono) ma della teoria dell'interpretazione¹⁷: la quale ne impone un'applicazione ordinariamente immediata (senza, cioè, il ricorso alla Corte costituzionale) fino al punto di ritenere ammissibile la disapplicazione della legge ordinaria contrastante con norme della Carta e della Convenzione¹⁸, grazie alla copertura che ad esse deriva dall'art. 117, 1° comma, e ancor prima dall'art. 2 Cost.

2. Questa già vigente, ancorché incompleta, Costituzione europea riconosce quello che si potrebbe definire il “diritto costituzionale europeo di religione”, comprensivo ma non coincidente con il diritto costituzionale europeo ecclesiastico (risultante dalla dichiarazione n. 11 allegata al Trattato di Maastricht, poi riversata nell'art. I-52 del Trattato costituzionale) e perciò distinto, ad esempio, dal cosiddetto “diritto ecclesiastico statale” italiano o dallo *Staatskirchenrecht* tedesco¹⁹. Esso trova la sua collocazione centrale nella norma sulla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, che l'art. 10 della Carta di Nizza (II-70 del Trattato costituzionale) mutua letteralmente dall'art. 9 CEDU, ma senza riprodurre il secondo paragrafo relativo alle restrizioni per motivi di ordine pubblico, di salute, di morale pubblica o di protezione degli altrui diritti e libertà: e senza, quindi, lasciare al riguardo un margine di apprezzamento agli Stati. E che la

¹⁵ Cfr. rispettivamente l'art. 1, l. 9 gennaio 2006 n. 12, e l'art. 1, l. 27 dicembre 2006 n. 296, su cui richiamano l'attenzione A. GUZZAROTTI, A. COSSIRI, *L'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, reperibile *on line* sul sito www.forumcostituzionale.it.

¹⁶ Cass. 20 maggio 2006, n. 401; 29 maggio 2006, n. 402.

¹⁷ Come lucidamente argomentato da A. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, reperibile *on line* sul sito www.forumcostituzionale.it.

¹⁸ Sul punto v. l'analisi di A. GUZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Q. cost.*, 2006, p. 498 ss.

¹⁹ Cfr. ancora P. HÄBERLE, *op. cit.*, pp. 23 e 34.

Carta di Nizza abbia inteso aumentare consapevolmente il livello di tutela risulta *per tabulas* dal fatto che essa ha mutuato quasi alla lettera gli enunciati normativi anche degli articoli 10 e 11 della Convenzione europea, ma omettendone i commi relativi alle restrizioni analoghe a quelle previste dall’art. 9: una riproduzione, quindi, abrogatrice *in parte qua*, che non può essere interpretata come meramente programmatica.

Senonchè, sul piano della effettività della tutela, questa riespansione del diritto verrebbe pregiudicata dal richiamo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che in materia ha manifestato più volte l’intento di accogliere le ragioni addotte dagli Stati²⁰, rispettandone gli interessi già con il fatto di decidere la stragrande maggioranza dei ricorsi, prima dell’1 novembre 1998, data dell’entrata in vigore del Protocollo n. 11 alla CEDU, in Commissione, senza pubblicità e con motivazione di stile²¹.

Invero, il controlimite posto dall’art. 9, par. 2 CEDU alle indicate restrizioni al diritto di libertà di pensiero, di coscienza e di religione – l’essere, cioè, quelle “misure necessarie in una società democratica” – subisce spesso una dissolvenza a favore degli interventi restrittivi degli Stati. Benché le affermazioni di principio vadano nel senso che “*any interference must correspond to a ‘pressing social need’*” e che “*the notion ‘necessary’ does not have the flexibility of such expressions as ‘useful’ or ‘desirable’*”²², in concreto la giurisprudenza ha giustificato restrizioni magari comprensibili sotto il profilo della storia politica degli Stati ma evidentemente non necessarie, come invece richiesto dalla norma, in una società democratica. Così, per esempio, la prestazione del giuramento sui Vangeli dei cittadini sanmarinesi eletti al Parlamento, giustificato con esigenze di coesione sociale e di rispetto delle istituzioni tradizionali²³; la previsione come reato del proselitismo illecito, giustificato con il carattere indebito delle pressioni²⁴; la disciplina poliziesca e ad alta discrezionalità del procedimento autorizzatorio per l’apertura di luoghi di culto di confessioni diverse da quella dominante (alla cui autorità esse debbono destinare l’istanza di autorizzazione), giustificata con il suo carattere deterrente verso organizzazioni socialmente pericolose²⁵.

²⁰ Così S. LARICCIA, *A cinquant’anni dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo: l’art. 9*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Padova, 2000, p. 1083.

²¹ Cfr. J. MARTÍNEZ TORRÓN, *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in *RIDU*, 1993, p. 365 ss.

²² Sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo del 17 febbraio 2004, *Gorzelik e altri c. Polonia* e del 5 aprile 2007, *Chiesa di Scientology di Mosca c. Russia*.

²³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 18 febbraio 1999, *Buscarini c. Repubblica di San Marino*, in *Q. dir. pol. eccles.*, 1999, p. 725 ss.

²⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 25 maggio 1993, *Kokinnakis c. Grecia*, in *Q. dir. pol. eccles.*, 1994, p. 734 ss.

²⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 26 settembre 1996, *Manoussakis c. Grecia*, in *Q. dir. pol. eccles.*, 1996, p. 753. Per un, invero scalcinato, disegno di legge analogamente autorizzatorio presentato in Italia da parlamentari leghisti (C. 4858 del 26 marzo 2004) v. N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006, p. 161.

E se in questi casi, comunque, la Corte, pur in astratto giustificando la legge, ne ha comunque condannato l'applicazione al caso di specie, altre volte ha giustificato anche questa. Come nel caso del sequestro di un film, ritenuto vilipendio nei confronti della religione cattolica dominante (87% della popolazione) in Tirolo, pur se proiettato in una sala privata, nelle ore serali e per soli adulti²⁶. Tali cautele sono state ritenute insufficienti a fronte della larga pubblicità, comunque ottenuta dall'avviso di proiezione e, quindi, della necessità di proteggere la pace religiosa con l'impedire attacchi al sentimento religioso della maggior parte della popolazione tirolese in modo ingiustificato e offensivo: ciò che, tenuto conto della situazione locale, rientra secondo la Corte nel margine di apprezzamento delle autorità locali. L'articolata opinione dissenziente di tre giudici mostra con abbondanza di argomenti la sproporzione tra l'odiosa misura adottata, un sequestro preventivo, e lo scopo avuto di mira, tutelato "in maniera responsabile"²⁷ dalle misure volte a limitare la proiezione ad un pubblico riservato di adulti (si trattava di un "cinéma d'art"). Ma in diritto rileva soprattutto la gerarchia tra le norme convenzionali posta dalla Corte, secondo cui tra i limiti posti dall'art. 10, par. 2 alla libertà di espressione figura la libertà religiosa stabilita dall'art. 9²⁸: una gerarchia tra norme dello stesso rango formalmente inesistente ed insostenibile, che la Corte adotta senza specifica motivazione e senza porsi il problema del bilanciamento tra due beni egualmente garantiti.

Un orientamento, quindi, conservatore dello *status quo* all'interno di ciascun Stato membro e rinunciatario sul fronte di un'espansione delle libertà garantite dalla Convenzione, ma non episodico perché nondimeno confermato in analogo caso²⁹, nonostante le critiche ad esso rivolte specialmente sotto il profilo della proporzionalità: condizione, questa, destinata ad assumere sempre maggiore importanza come elemento discriminante delle allarmanti restrizioni delle libertà fondamentali, compresa quella di manifestazione del pensiero, in atto dopo l'11 settembre³⁰ in funzione della sicurezza degli Stati.

Certo, non mancano i richiami ad una interpretazione moderata (*sparingly*) del potere restrittivo degli Stati-membri e stretta (*strictly*) delle eccezioni alla libertà, da individuare in *convincing and compelling reasons*, ma questo orientamento rigoroso si registra soprattutto in presenza nella specie di un contrasto

²⁶ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 settembre 1994, *Otto-Preminger Institut c. Austria*, in *RDI*, 1995, p. 413 ss.

²⁷ Cfr. l'opinione dissenziente in *Q. dir. pol. eccles.*, 1994, p. 749.

²⁸ P. WACHSMANN, *La religion contre la liberté d'expression: sur un regrettable arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *RUDH*, 1994, p. 441 ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Uno scontro tra libertà: la sentenza Otto Preminger-Institut della Corte europea*, in *RDI*, 1995, p. 368 ss.; A. CANNONE, *Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa*, in *RIDU*, 1996, p. 283 ss.

²⁹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 novembre 1996, *Wingrove c. Regno Unito*, in *Recueil*, 1996, p. 1957.

³⁰ Cfr. N. CHOMSKY, *Dopo l'11 settembre*, Milano, 2003.

di giurisprudenza all'interno dello Stato stesso³¹. Quando, invece, le posizioni interne sono uniformi la giurisprudenza diventa possibilista e accomodante: e offre così nuova linfa alle preoccupazioni e obiezioni sollevate sulla effettività delle garanzie assicurate dalla Costituzione europea. Invero, il richiamo puro e semplice della CEDU potrebbe ritenersi esteso anche alle restrizioni consentite dalla Convenzione all'esercizio di numerosi diritti fondamentali: dalla libertà di pensiero, di coscienza e di religione a quella di opinione a quella di riunione e di associazione. Con l'ulteriore conseguenza di dare ingresso alla giurisprudenza disomogenea e comunque largheggiante, se non lassista, sul “margine di apprezzamento” statale³² dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale, della salute o della morale pubblica e degli altri motivi di restrizione dell'esercizio dei diritti fondamentali: e di attenuarne per tal via il carattere generale³³ e universale (ne sono titolari, come detto, le persone) stabilito dalla Carta.

Naturalmente, il problema non si porrebbe se la tutela CEDU venisse interpretata come la soglia minima irrinunciabile – in particolare, una sorta di *test* d'accesso all'Unione per valutare il livello di protezione dei diritti fondamentali assicurato dai Paesi di nuova adesione³⁴ –, da oltrepassare in tutti quei casi in cui il diritto europeo, conformemente alla previsione dell'ultima parte dell'art. 52, par. 3 della Carta, abbia già concesso una protezione più estesa.

Ma – si potrebbe ancora obiettare – è in grado di svolgere quest'apertura una Corte di giustizia, come quella di Lussemburgo³⁵, non avvezza – per composizione, garanzie di indipendenza dagli Stati membri, specificità delle materie finora devolute alla sua competenza e, non ultima, mole di lavoro – a trattare controversie sui diritti fondamentali e non dotata, quindi, di quella “particolare sensibilità”³⁶ dimostrata al riguardo dalle corti nazionali e, in un crescendo degli ultimi anni – che però, come detto, ha solo lambito la libertà di religione –, anche dalla Corte di Strasburgo? Certo, l'art. 52, par. 3 (art. II-112, par. 3 del Trattato

³¹ Così la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Chiesa di Scientology di Mosca*, cit., sul provvedimento di diniego di registrazione come persona giuridica della chiesa di Scientology da parte del Dipartimento della giustizia russo, che era stato annullato in primo grado dalla Corte distrettuale di Mosca.

³² Cfr. la ricostruzione di F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.

³³ A. SPADARO, *Una (sola) Corte per l'Europa*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *op. cit.*, p. 558.

³⁴ Cfr. G. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 280; A. FERRARO, *Le disposizioni finali della carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *RIDPC*, 2005, p. 563.

³⁵ Per rassegne valutative della giurisprudenza di Lussemburgo sul fattore religioso cfr. M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, 2001, p. 135 ss.; M. PARISI, *Orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di libertà religiosa*, in G. MACRÌ (a cura di), *La libertà religiosa in Italia, in Europa e negli ordinamenti sopranazionali*, Salerno, 2003, p. 127 ss.; G. MACRÌ, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Torino, 2004, p. 114 ss.

³⁶ L. FAVOREU, *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2004, p. 252.

costituzionale) non preclude che l'Unione conceda una protezione più estesa, ma è prevedibile che, come del resto stabilito dalla stessa norma, nei primi tempi la portata e il significato dei diritti fondamentali siano solo sottratti all'esigenza di funzionalizzazione ai Trattati istitutivi e agli obiettivi comunitari³⁷ e, quindi, affidati ad una protezione, non più estesa ma, semplicemente uguale a quella corrispondente della Convenzione europea.

3. Un diritto costituzionale europeo di religione, con siffatti contenuti e limiti di sostanza e di azionabilità, non sembra in grado di influenzare il diritto statale in materia e, infatti, non lo ha influenzato, come subito si vedrà: al cospetto della giurisprudenza sommariamente riportata la giurisdizione domestica potrebbe riceverne motivo di esaltazione. E a sostegno di questo difetto di incidenza potrebbe invocarsi anche la teoria del costituzionalismo multilivello³⁸: per il quale la pluralità di sedi di riconoscimento di uno stesso diritto ne assicurerebbe la tutela al livello più elevato³⁹. Così, nel caso della libertà di religione, lo strumento d'interpretazione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri prevarrebbe su quello della CEDU, evidentemente più limitante. Il livello di protezione sarebbe, quindi, tendenzialmente assicurato dalla Costituzione italiana, che prevede solo il limite del buon costume, peraltro applicabile esclusivamente ai riti, e dalla sempre più frequentemente applicata Carta di Nizza, la quale non prevede neppure quel limite. Questi più alti livelli, ai quali finirebbe per assestarsi la tutela, taglierebbe fuori la norma CEDU, da accantonare come un fervecchio che mostra tutti i suoi anni.

Ma così non è: sia sotto il profilo della supposta insuscettibilità del diritto europeo a porsi come legge superiore in materia sia sotto quello della supposta superiorità della tutela assicurata dal diritto (e dalla giurisdizione) statale. Certo, una Costituzione – che pure segna l'auspicato⁴⁰ riscatto, si potrebbe dire, degli organi dell'Unione, a cominciare dalla Corte di giustizia, dai limiti economicistici originari – non può ammettere un margine di apprezzamento degli Stati su diritti per loro natura universali. Tanto più quando essa, come nel caso europeo, individua un valore fondativo nella dignità della persona, che evidentemente non può essere trattata diversamente a seconda delle latitudini o di confini ormai superati.

³⁷ Cfr., tra le più recenti, le sentenze della Corte di giustizia del 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Friedrich Kremzow c. Repubblica d'Austria*, *Raccolta*, p. I-2629 ss. e del 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, *Raccolta*, p. I-621ss. In dottrina, v. P. RIDOLA, *Libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, in *Annuario 1999 – La Costituzione europea*, Padova, 2000, p. 337 ss.

³⁸ L'espressione si deve, com'è noto, a I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *CML Rev.*, 1999, p. 703 ss. Cfr. P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004.

³⁹ Perspicuamente S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 76 ss.

⁴⁰ Cfr. J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, p. 112 ss.

Tuttavia, l'interazione tra diritto domestico e diritto europeo implica che l'uno e l'altro non siano presupposti come monadi autosufficienti e impermeabili, chiuse agli apporti reciproci, sì da poter costruire una scala gerarchica della intensità della tutela da ciascun modello apprestata allo stesso diritto. La comparazione tra sistemi diversi di garanzia dei diritti fondamentali, tanto quanto il confronto tra le corti europee e tra esse e quelle nazionali, presuppone, all'opposto, la comunicazione reciproca come “necessità culturale”⁴¹.

Ma, andando ancora più in profondità, è discutibile l'idea stessa che dal semplice confronto tra testi normativi tutti applicabili al caso, ma di diversa provenienza, sia possibile individuare il livello di tutela più avanzato. Talvolta può essere così, ma non in generale, dato il diverso contesto storico, sistematico e giurisprudenziale, in cui le disposizioni si collocano⁴²: per rimanere nell'esempio della libertà di religione (e di pensiero), il livello di protezione è più elevato in un ordinamento che la tutela senza limiti o in un altro che, nell'intento di garantirne la condizione necessaria individuata nella sicurezza civile-politica⁴³, la sottopone a limiti più pregnanti⁴⁴?

Del fatto che, “al di là della coincidenza nel catalogo di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione”, s'è mostrata ben consapevole la nostra Corte costituzionale, quando con una orgogliosa pronuncia ha rivendicato la “non meno intensa garanzia” offerta dalla nostra Costituzione rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁵. Ma naturalmente, a seconda dei contesti e delle epoche storiche, vale anche l'osservazione reciproca: pur quando apparentemente limitata, come nel caso dell'art. 9 CEDU, la tutela offerta dall'ordinamento europeo non è meno intensa di quella apprestata dalla nostra Costituzione. Uno sguardo appena sommario alla recezione delle due norme – l'art. 19 Cost. e l'art. 9 CEDU – nella giurisprudenza italiana, anche costituzionale, del primo quarto di secolo repubblicano convince appieno in questo senso e dovrebbe ammaestrare per il pros-

⁴¹ F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività*, 2006, reperibile *on line* in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴² Cfr. per una serrata critica M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1643 ss. Cfr. anche G. GUZZETTA, *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le corti nella prospettiva di un Bill of rights europeo*, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, p. 155 ss.

⁴³ E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998, p. 37 ss. ricorda come la sicurezza sia citata accanto alla libertà (e alla proprietà e alla resistenza contro l'oppressione) tra i diritti naturali e inalienabili dell'uomo nella Dichiarazione dei diritti del 1789 (oltre che, com'è noto, quanto al livello personale in quella del 1948 all'art. 3).

⁴⁴ Per un recupero della giurisprudenza esaminata sull'art. 9 CEDU nel quadro della sicurezza degli Stati vedi R. MAZZOLA, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005, p. 99.

⁴⁵ Sentenze della Corte costituzionale dell'11 dicembre 1998, n. 399 e del 22 ottobre 1999, n. 388.

simo futuro, che vede il Parlamento alle prese con l'esame – di nuovo – di proposte di legge sull'attuazione del diritto di libertà di religione.

La nostra Costituzione non menziona espressamente la libertà di coscienza accanto a quella di religione e a quella di (manifestazione del) pensiero, riconosciute peraltro in due norme distinte. E conseguentemente – a differenza che nell'art. 18 della coeva Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, poi riprodotto nell'art. 9 CEDU – neppure menziona espressamente la libertà di credo non positivamente religioso, agnostico o ateo, e la libertà di mutare religione o credo. L'omissione però non vuol dire esclusione, come fu immediatamente precisato dal presidente della Commissione dei 75 quando, il 6 febbraio 1947, egli sottolineò in Assemblea costituente che nel progetto di Costituzione nondimeno “alla libertà di coscienza (...) si assicura la più ampia sfera di manifestazione”⁴⁶.

Si può, tuttavia, comprendere come nel generale clima, caratteristico degli anni Cinquanta, di sottovalutazione della novità e della superiorità della Costituzione – i cui principi furono interpretati come non immediatamente precettivi ma meramente programmatici perfino quando erano univocamente espressi – non fossero colte queste implicazioni dell'art. 19: con la conseguenza, per fare un esempio che attrasse emblematicamente l'interesse di tutta la dottrina giuridica del tempo⁴⁷, di ritenere la libertà di ateismo soccombente al cospetto della libertà religiosa come criterio di affidamento della prole in caso di separazione personale dei coniugi. Ma, una volta resa esecutiva nel nostro ordinamento pur con enorme ritardo la Convenzione europea⁴⁸, era legittimo aspettarsi che a tale stregua quelle implicazioni fossero portate alla luce: che cioè l'art. 19 Cost. non fosse più riferito alla sola libertà positivamente orientata nei confronti delle opzioni fideistiche ma anche alla libertà di ateismo o di agnosticismo.

Ed invece la Convenzione europea non orientò in alcun modo legislazione, amministrazione e giurisprudenza, che tutte registrarono la persistenza di una larga tendenza a confinare la libertà di ateismo o di agnosticismo nel contrastato campo della libertà di manifestazione del pensiero, perimetrato dall'art. 21, con la conseguenza di appiattare i diritti della persona in materia di coscienza e di religione su quelli del fedele. A sostegno di questo indirizzo si prestò in maniera determinante il ceto dei giuristi della scuola, che non solo orientò e sostenne le soluzioni a senso unico dei loro colleghi con ruolo operativo (magistrati, giudici, avvocati) ma, forse in nessun altro campo come in questo, riuscì ad abbandonare la consueta autoreferenzialità del dibattito accademico e a dialogare ed interagire con il legislatore e l'amministratore. A differenza che in altri settori del diritto, dove, probabilmente per la sfiducia nella possibilità di mutamento del quadro legislativo, privilegiò l'offerta al giudice di modelli interpretativi, nel diritto

⁴⁶ *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, 1970, I, p. LXXVIII.

⁴⁷ Si tratta del “caso Poldino”: si può vedere, per una rivisitazione in chiave di attualità, N. COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Bari, 2000, p. 145 ss.

⁴⁸ L. 4 agosto 1955, n. 848.

ecclesiastico il rafforzamento dell’asse giurista-giudice fu piuttosto la conseguenza della persistente proposta di modelli di carattere generale: cui si prestò, trovando compiacenti uditori ed interlocutori nel legislatore e nel governo, un giurista – l’ecclesiasticista – specializzato nello studio dei rapporti Stato-confessioni religiose, certamente implicati dalla libertà di religione ma non esaustivi dell’intero spettro di questo diritto.

Grazie all’espulsione dell’ateismo e dell’agnosticismo dalla libertà riconosciuta dall’art. 19, questa finì così per trasformarsi in una libertà speciale, oggetto di una tacita *conventio ad excludendum* dal novero degli altri diritti di libertà o della personalità e, quindi, anche dall’attenzione delle scienze giuridiche diverse da quella ecclesiasticista, cui risultava affidata come in “appalto”: in particolare, dall’attenzione del diritto costituzionale. Di conseguenza, i diritti della persona nel delicato settore della religione e della stessa coscienza furono ricostruiti lungo percorsi caratterizzati da una specialità – parola-chiave nella manualistica allora corrente – che li teneva lontani da una lettura unitaria della Costituzione. E che faceva perdere a questa libertà la caratteristica connaturata ai diritti fondamentali: di occupare il “campo dei *contro-poteri*”⁴⁹ e, cioè, di garantire costitutivamente la persona contro le formazioni sociali, di cui essa faccia parte, e perfino contro le maggioranze democraticamente elette.

Un’attenta recezione dell’art. 9 CEDU, ed in particolare della libertà di mutare religione o credo ivi prevista, avrebbe impedito questi effetti. Ma si dovette fare da soli. E così fu solo agli albori degli anni Ottanta che, grazie al notevole impulso ricevuto in quegli anni dalla impostazione costituzionalmente orientata della dottrina più avvertita⁵⁰, anche la libertà di coscienza dei non credenti veniva finalmente ricondotta nell’alveo dell’art. 19 Cost.: infatti, l’imposizione a tutti indiscriminatamente di una formula di giuramento comportante l’assunzione di responsabilità davanti a Dio può provocare nei non credenti “turbamenti, casi di coscienza, conflitti di lealtà tra doveri del cittadino e fedeltà alle proprie convinzioni”, così da rappresentare un ingiustificato ostacolo alla piena garanzia del valore costituzionale della libertà di coscienza⁵¹.

Non si può dire, peraltro, che almeno nell’immediato quella sentenza riuscisse ad orientare in termini di piena parità di trattamento tra religione e credo, per riprendere la distinzione contenuta nell’art. 9 CEDU. Certo, diventava ormai

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 954.

⁵⁰ Lo spartiacque, a livello di coscienza accademica collettiva, va individuato nel convegno organizzato da Anna Ravà a Siena nel 1972 su “Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico” ed in particolare nella relazione di P. BELLINI, *Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica*, in *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, 1973, p. 1095 ss.

⁵¹ Sentenza della Corte costituzionale del 2 ottobre 1979, n. 117, con cui fu eliminato il riferimento obbligatorio alla divinità dalla formula del giuramento. Sull’evidente *overruling* segnato da questa sentenza torna da ultimo M. CROCE, *La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale. Dalla giustificazione delle discriminazioni in nome del criterio maggioritario alla “scoperta” del principio di laicità dello Stato. Verso la piena realizzazione dell’eguaglianza “senza distinzione di religione”?*, in *Dir. pub.*, 2006, p. 407 ss.

improponibile l'ateismo come motivo di addebito della separazione o condizione sfavorevole all'affidamento dei figli e non poteva più darsi un caso come quello "Poldino" dell'immediato dopoguerra. Ma, pur dopo la reinterpretazione operata dalla Corte costituzionale, l'art. 19 continuò ad avere negli anni Ottanta una sorte stentata rispetto all'art. 7 e allo stesso art. 8 Cost., benché ne costituisca la premessa maggiore o il *genus*: infatti, la uguale libertà della *species* "confessioni religiose" si inserisce in un disegno coerente, che trova la sua premessa proprio nell'esclusione di qualsiasi differenza nella tutela assicurata alla manifestazione, anche in forma associata, della fede religiosa e dell'ateismo o di ogni altra convinzione.

Fuori dell'orizzonte dell'art. 9 CEDU i diritti della personalità in materia religiosa continuarono a ricevere tutela privilegiata indirettamente, per riferimento all'appartenenza confessionale, con l'ovvio corollario che in caso di conflitto era la *libertas ecclesiae* a prevalere su quella della persona. Ancora nel 1994 si rinvenivano decisioni della Corte Suprema, che negano pregiudizialmente la possibilità di un sindacato giurisdizionale, almeno sotto il profilo del rispetto del diritto di difesa e dei diritti della personalità del fedele, sui provvedimenti disciplinari delle confessioni religiose, anche i più radicali come le espulsioni⁵².

Nè, d'altronde, furono smosse le acque stagnanti del codice penale, in cui il sentimento religioso veniva elevato a bene oggetto di tutela in quanto non solo positivamente inteso – con esclusione di ogni sforzo soggettivo che approdi a risultati diversi, agnostici o atei – ma anche mediato dalla confessione religiosa, cui la persona offesa appartenga. Qui la Corte costituzionale lasciò cadere colpevolmente una serie di *input* lanciati dai giudici già a partire dagli anni Sessanta, intervenendo in maniera fattiva solo ad anni Novanta inoltrati, prima, con la sentenza, con cui riformulò in termini espansivi e (con violazione del principio di stretta legalità) comprensivi di ogni religione la norma (art. 724 c. p.) incriminatrice della bestemmia⁵³ – oggetto poi di un intervento legislativo di depenalizzazione⁵⁴ – e successivamente, con le sentenze n. 329/1997 e n. 327/2002, quando dichiarò l'illegittimità rispettivamente dell'art. 404 e dall'art. 405 c.p., che in relazione alle offese alla religione di Stato, mediante il vilipendio di cose e al turbamento di funzioni religiose del culto cattolico, prevedevano pene superiori a quelle per gli analoghi reati offensivi di confessioni diverse dalla cattolica (art. 406 c.p.)⁵⁵: nel frattempo sotto la scure della Corte era caduto l'art. 402 c.p. sul vilipendio (solo) della religione cattolica⁵⁶.

⁵² Cass. SS. UU. 27 maggio 1994, n. 5213.

⁵³ Sentenza della Corte costituzionale del 18 ottobre 1995, n. 440.

⁵⁴ D. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507.

⁵⁵ Sentenze della Corte costituzionale del 10 novembre 1997, n. 329 e del 1° luglio 2002, n. 327.

⁵⁶ Sentenza della Corte costituzionale del 13 novembre 2000, n. 508.

Ma questa giurisprudenza⁵⁷ sia pur tardivamente innovativa, se ha potuto eliminare ogni differenza di sanzione tra le varie confessioni, parificandone la tutela, non ha potuto, per gli ovvii limiti del sindacato di costituzionalità, eliminare la discriminazione – non solo tra credenti e non credenti, privi questi ultimi di tutela del proprio sentimento non religioso, ma anche – all’interno degli stessi credenti, tra appartenenti e non appartenenti ad una confessione⁵⁸. Ne è segno la recente riforma legislativa del primo capo del titolo quarto del codice penale⁵⁹, che, a parte l’uniformazione⁶⁰ e l’attenuazione dell’apparato sanzionatorio, ha proceduto in senso antiorario rispetto ai descritti esiti della giurisprudenza costituzionale tornando allo *status quo ante* senza neppure gli infingimenti di facciata del codice Rocco, grazie allo spostamento disinvolto ed espresso dell’oggetto della tutela dal sentimento religioso, ormai diventato un alibi, alle confessioni religiose *tout court*.

Questa operazione è quanto mai chiarificatrice della persistenza dell’impostazione originaria, durata ben oltre la contingenza storica di un sistema che aveva strumentalizzato il sentimento religioso ai propri fini politici, per cui si estende la tutela penale anche *contra nolentes*, come nel caso delle chiese valdesi⁶¹, di quelle battiste e del buddhismo⁶². L’appartenenza confessionale è diventata così essa stessa – in contrasto con gli articoli 3 e 19 Cost. – condizione necessaria per il godimento effettivo delle garanzie collegate alla dimensione in senso lato religiosa della personalità, con una chiusura netta verso impostazioni costituzionalmente orientate⁶³ nella prospettiva di un diritto penale senza distinzione di religione e, quindi, senza tutela riservata solo alle confessioni e non anche a credenti senza confessione o a non credenti o ad agnostici.

⁵⁷ Per complete rassegne si rinvia a M. C. IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza*, Milano, 2004, e a V. MORMANDO, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, Padova, 2005.

⁵⁸ Sulla diffusione del fenomeno di credenti solitari, non appartenenti a confessioni, o “diversamente credenti” cfr. G. VATTIMO, *Credere di credere. È possibile essere cristiani nonostante la Chiesa?*, Milano, 1999; G. E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in G. BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, 2006, p. 49.

⁵⁹ L. 24 febbraio 2006, n. 85, art. 10, su cui v. N. MARCHEI, “Sentimento religioso” e bene giuridico. *Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, Milano, 2006, e V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85. Problemi e prospettive di comparazione*, Milano, 2007.

⁶⁰ Corrispondente anche all’auspicio di parità di tutela formulato da alcune confessioni religiose anche in sede di intesa, come da parte dell’Unione delle comunità ebraiche (art. 2, par. 4, l. 8 marzo 1989, n. 101).

⁶¹ Qui il rifiuto della “tutela specifica del sentimento religioso”, di cui la Repubblica italiana “prende atto”, compare addirittura nella legge di approvazione dell’intesa: art. 4, l. 11 agosto 1984, n. 449.

⁶² Cfr. rispettivamente il preambolo dell’intesa allegata alla l. 12 aprile 1995, n. 116, e quello dell’intesa, stipulata il 20 marzo 2000 e non ancora approvata con legge.

⁶³ Cfr. ad es. S. LARICCIA, *Tutela penale dell’“ex Religione dello Stato” e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 4311 ss.; N. COLAIANNI, *Libertà costituzionali e diritto penale “di religione”*, in *Pol. dir.*, 1996, p. 157 ss.; F. RIMOLI, *Tutela del sentimento religioso, principio di uguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3343 ss.

4. L'influenza della Costituzione europea sul diritto italiano di libertà di religione è inevitabilmente destinata a farsi sentire maggiormente sulla legislazione di carattere generale, quale specificamente quella di attuazione del principio costituzionale. L'esigenza di una legge siffatta fu avvertita al momento stesso, or sono oltre venti anni, in cui si concluse l'accordo di revisione del concordato lateranense e fu stipulata la prima intesa con le chiese valdo-metodiste: ne parlò, infatti, il Presidente del Consiglio Craxi al Parlamento, annunciando la svolta della politica ecclesiastica, nel gennaio del 1984. A tale esigenza i vari Governi succedutisi negli ultimi tre lustri, quale che fosse la maggioranza politica di cui erano espressione, hanno tentato di rispondere alla stessa maniera: con un disegno di legge che, con qualche modifica, è stato riproposto, senza fortuna parlamentare, anche nella scorsa legislatura⁶⁴ e risulta attualmente ripreso nelle proposte di legge di iniziativa parlamentare⁶⁵, all'esame della prima commissione della Camera.

Le proposte però risultano ormai inferiori alle attese andate via via aumentando nel corso degli anni, come dimostra il contenzioso – pervenuto anche al livello della Corte costituzionale, come nel caso dell'estensione del beneficio dell'otto per mille o dei simboli religiosi negli spazi pubblici –, cui non vengono date risposte. Non è questa la sede⁶⁶ per dare una valutazione analitica delle proposte, ma almeno un indicatore del livello di arretratezza va fornito: si continua a non fare espressa menzione del principio supremo di laicità dello Stato⁶⁷, con i suoi “riflessi” di “equidistanza e imparzialità”⁶⁸, quale principio ispiratore e interpretativo della intera disciplina come, invece, richiesto dal pluralismo non solo confessionale ma anche culturale.

Ma neppure si può dire, tuttavia, che le proposte non si facciano carico di rispettare lo spirito non solo della Costituzione italiana ma anche di quella europea. Si tratta, invero, di dare attuazione al diritto di libertà di religione, che l'art. 19 Cost. riconosce a *tutti*, e alla norma antidiscriminatoria contenuta nel 1° comma dell'art. 8 Cost., secondo cui a *tutte* le confessioni è garantita la libertà in misura eguale. L'uso del quantificatore universale “tutti” – pur di per sé eloquente per la sua intima connessione con il principio di eguaglianza⁶⁹ relativamente, nel caso, a credenti, non credenti, agnostici – non è riuscito finora, come

⁶⁴ Il testo originario, approvato dal Consiglio dei ministri, risale al 1989: lo si può leggere in appendice a N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese. Contributo allo studio dell'art. 8 della Costituzione*, Bari, 1990, p. 261 ss. Senza sostanziali modifiche esso risulta ripresentato ancora nella scorsa legislatura con d.d.l. 2531/2002 di iniziativa governativa.

⁶⁵ Si tratta delle proposte di legge C. 36/2006 Boato e C. 134/2006 Spini e altri. Si ha notizia, peraltro, della prossima presentazione di un d.d.l. governativo, cui sta attendendo l'apposita commissione di studio istituita presso la Presidenza del Consiglio.

⁶⁶ Per un'analisi più dettagliata rinvio a N. COLAIANNI, *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, reperibile *on line* sul sito www.forumcostituzionale.it.

⁶⁷ Sentenza della Corte costituzionale del 12 aprile 1989, n. 203.

⁶⁸ Sentenze della Corte costituzionale del 10 novembre 1997, n. 329; del 13 novembre 2000, n. 508; del 1° luglio 2002, n. 327.

⁶⁹ Cfr. A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005, p. 75 ss.

s'è visto, ad entrare fino in fondo nel circuito della legislazione ordinaria, nonostante l'interpretazione della giurisprudenza costituzionale a partire dalla citata sentenza n. 117/79. Ad esplicitare queste implicazioni ben si prestano i chiarimenti o, se si vuole, le integrazioni provenienti dall'art. 9, par. 1 CEDU, dall'art. 10, par. 1 della Carta di Nizza e dalla Dichiarazione n. 11 allegata al Trattato di Amsterdam: cioè, dalle norme che principalmente compongono la Costituzione europea in materia di religione.

Ed infatti le proposte dichiarano fin dal primo articolo di voler dare attuazione al diritto di libertà religiosa in ossequio anche alle convenzioni internazionali sui diritti inviolabili dell'uomo e alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute in materia. Ne è segno coerente che per designare le convinzioni agnostiche o atee esse usano correttamente il termine “credenze”, mutuato dalla Convenzione europea e dall'art. 18 della Dichiarazione universale del 1948. Tuttavia, l'influenza del diritto europeo non dura a lungo e sostanzialmente si spegne dopo il quarto articolo. Successivamente, infatti, le proposte si occupano solo della libertà religiosa positiva: così, ad esempio, quanto al diritto di adesione o di recesso dalla confessione religiosa o all'insegnamento in materia religiosa nelle scuole pubbliche o a pratiche discriminatorie per motivi di fede religiosa. Le “credenze” non hanno espressa tutela in questi settori.

Si tratta di proposte *in itinere* e non si può prevedere quanto a lungo potranno resistere all'influenza della Costituzione europea in progressivo rafforzamento, anche – s'è visto – per via giurisprudenziale. Si può provare, tuttavia, concludendo queste brevi osservazioni, a verificare la possibilità e i limiti di tale influenza, assumendo come test non i problemi appena indicati, la cui soluzione in realtà è facilmente influenzabile, ma quelli ritenuti di difficile soluzione e perciò, evidentemente, pretermessi nelle proposte, ancorché costituiscano la maggior parte del contenzioso attuale in materia: a) di libertà di religione e b) di rapporti tra Stato e confessioni religiose.

Nel primo settore il problema più spinoso è da qualche anno quello dei simboli religiosi: esposti nei luoghi pubblici o portati nel proprio abbigliamento dai cittadini.

L'esposizione del crocifisso nei luoghi pubblici è tuttora disciplinata da norme regolamentari o addirittura da circolari ministeriali, risalenti per giunta all'epoca fascista, come rilevato dalla Corte costituzionale⁷⁰: e ciò è fonte di un contenzioso non destinato a placarsi, data la divergenza emersa tra la giurisprudenza ordinaria, che al massimo grado ha fatto applicazione in materia del principio di laicità, inteso come non identificazione dello Stato con nessuna religione⁷¹, e la giustizia amministrativa che di quel principio ha fatto applicazione in maniera relativa ad una asserita “coscienza sociale”, per giunta nella forma rozza e primitiva della “tradizione culturale e dei costumi di vita”, che avrebbe

⁷⁰ Ordinanza della Corte costituzionale del 13 dicembre 2004, n. 389.

⁷¹ Cass. pen. 1° marzo 2000, n. 439.

secolarizzato il significato di quel simbolo e, in generale, dei “valori del cristianesimo”⁷².

Analogamente senza regolamentazione diretta è la questione dell’abbigliamento religiosamente orientato, come nel caso dei *sikh* o delle musulmane, che tuttavia nel nostro Paese si è posto solo occasionalmente, senza toccare le aule giudiziarie. Ma in Europa la questione è giunta al vaglio non solo delle corti nazionali ma anche di quella di Strasburgo, sicché sembrerebbe opportuno che si disciplinasse legislativamente anche in questo settore interagendo con l’orientamento dei giudici europei.

Sinteticamente⁷³, il modello CEDU di laicità, quale risulta dalle decisioni rese nelle controversie in cui sono state convenute la Turchia⁷⁴ e la Svizzera⁷⁵, è stato finora quello francese nel suo disegno più radicale della neutralità dello spazio pubblico e del conseguente divieto di indossare liberamente – e quindi, deve ritenersi a maggior ragione, di esporre autoritativamente – simboli religiosi al fine di impedire che chi non appartiene alla maggioranza religiosa del Paese possa essere sottoposto ad una pressione insostenibile.

Può certo ritenersi che questo modello sia suscettibile di rivisitazione alla luce di un concetto di laicità pluralista, più consono alla tradizione italiana come messa in chiaro dalla citata giurisprudenza costituzionale, ma non si vede come la persistenza dell’imposizione del crocifisso possa essere giudicata non lesiva della libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Si può al massimo ritenere che, tuttavia, nulla osti a tale esposizione quando venga manifestata eventualmente la volontà di tutti gli alunni, senza eccezione alcuna, di addobbare le pareti dell’aula con uno o più simboli religiosi o culturali. Ed invero la messa al bando, anche in questi casi, di qualsiasi simbolo religioso o culturale potrebbe configurare, al pari dell’attuale imposizione generalizzata nelle scuole di un (solo) simbolo religioso, una soluzione poco opportuna, perché non rispettosa della libertà di coscienza degli utenti del servizio scolastico, e nella sua inflessibilità neppure del tutto corretta costituzionalmente.

Quanto all’abbigliamento del volto femminile, analogamente, si può affermarne la piena libertà, quando la persona non svolga o non stia svolgendo in atto funzioni pubbliche. Con eccezioni, previste dalla legge e motivate con ragioni di sicurezza pubblica o anche di semplice comunicazione in luogo pubblico, che rendano inevitabile svelare il volto della persona: il che può darsi per abbiglia-

⁷² Cons. Stato 13 gennaio 2006, n. 556.

⁷³ Per più ampie considerazioni rinvio al mio *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, cit., p. 178 ss., da integrare con *Il crocifisso a scuola: l’integralismo del Consiglio di Stato*, in *Il ponte*, 2006, p. 81 ss.

⁷⁴ Cfr. decisione della Commissione europea dei diritti dell’uomo del 3 maggio 1993, *Karaduman c. Turchia*, reperibile in *echr.coe.int*; e sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turchia*, in *Q. dir. pol. eccles.*, 2004, p. 728.

⁷⁵ Decisione sulla ricevibilità della Corte europea dei diritti dell’uomo del 15 febbraio 2001, *Dahlab c. Svizzera*, in *Q. dir. pol. eccles.*, 2002, p. 847.

menti tipo il *chādor* o ancor più il *burka*, mentre nessuna restrizione può ipotizzarsi per la quasi totalità delle donne, che si limitano ad indossare il *hij b*, non più di un *foulard* che lascia ben visibili le fattezze del volto.

Il grandangolo della legittima pluralità di opzioni politiche, pertanto, non può legittimamente prescindere dall’orientamento di fondo espresso dalla giurisprudenza europea in materia di libertà di coscienza, di pensiero e di religione. Solo si può ammettere alla luce di un’integrazione tra Costituzione europea e Costituzione italiana che il principio di laicità implica che nelle scuole ed in ogni spazio pubblico lo Stato non esponga (cioè, non imponga) simboli religiosi ma consenta (a differenza della laicità escludente di tipo francese) che ivi li espongano (cioè, li indossino) i cittadini, che non vi svolgano pubbliche funzioni.

Analogamente nel secondo settore, quello dei rapporti tra Stato e confessioni religiose, non si può prescindere dal diritto costituzionale europeo ecclesiastico, derivante dalla Dichiarazione n. 11 apposta al Trattato di Amsterdam, reso esecutivo con l. 16 giugno 1998, n. 209, poi trasfusa nell’art. I-52, par. 3 del Trattato costituzionale: “l’Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni” (cioè, quelle filosofiche e non confessionali).

La portata di questa norma si coglie combinandola con quelle di cui ai commi precedenti, secondo le quali “l’Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui godono in virtù del diritto nazionale” le chiese e le organizzazioni filosofiche e non confessionali. Tale *status* secondo alcuni diritti nazionali, tra cui il nostro, contempla il convenzionamento, attraverso concordati o intese, di alcune confessioni con lo Stato. Ma evidentemente l’Unione non fa distinzione tra confessioni convenzionate e non, né tra organizzazioni confessionali e organizzazioni non confessionali e filosofiche. Ne derivano importanti conseguenze sul piano del diritto interno, ancorché per vero desumibili dalla stessa nostra Costituzione.

Con riferimento alle confessioni, invero, consegue anche all’art. 8, 1° comma Cost., secondo cui tutte le confessioni sono egualmente libere davanti alla legge, la illegittimità della distinzione tra confessioni con intesa e confessioni senza intesa, che infatti è stata affermata due volte dalla Corte costituzionale con riferimento al sostegno finanziario per gli edifici di culto previsto da leggi della Regione Abruzzo e della Regione Lombardia⁷⁶. Nondimeno compare come elemento di discriminazione, favorevole alle confessioni con intesa, nella legislazione, statale e regionale, specialmente in materia di agevolazioni fiscali e di provvidenze finanziarie⁷⁷.

Una legge per l’attuazione del principio di libertà di religione, costituzionalmente orientata anche in senso europeo, dovrebbe affermare espressamente che la stipulazione di intesa non vale a discriminare – anche al livello della legislazione regionale e delle amministrazioni locali (edilizia di culto, oratori e strut-

⁷⁶ Rispettivamente, sentenze della Corte costituzionale del 27 aprile 1993, n. 195 e dell’8 luglio 2002, n. 346.

⁷⁷ Cfr. N. FIORITA, *Prime riflessioni sulla politica ecclesiastica degli ultimi anni: enti ecclesiastici e agevolazioni fiscali*, in *Dir. pub.*, 2006, p. 441 ss.

ture similari, concessioni di sedi e locali, ecc.) – le confessioni che ne sono prive per volontà loro o del Parlamento o, prima ancora, del Governo: il quale ultimo anzi in tal caso, allo scopo di dare trasparenza al procedimento ed ai motivi della mancata stipulazione, dovrebbe essere tenuto a precisare i motivi dell’esito negativo contestualmente alla precisazione delle conclusioni da parte della confessione.

La seconda conseguenza del diritto ecclesiastico europeo è nella equiparazione del trattamento fatto alle organizzazioni filosofiche e non confessionali rispetto alle chiese. Anche tale equiparazione è deducibile da una norma costituzionale interna: come dalle menzionate norme europee, infatti, la libertà di religione è tutelata dall’art. 19 Cost. in forma non solo individuale ma anche associata. Di conseguenza, anche la tutela delle credenze agnostiche o atee deve estendersi sia alla forma individuale sia alla forma associata. Tuttavia, l’art. 19 come a livello individuale non nomina atei e agnostici così non nomina a livello collettivo le loro organizzazioni e perciò, tanto quanto nel primo caso, soccorre qui il diritto europeo con la citata Dichiarazione n. 11, che equipara alle chiese e alle organizzazioni religiose le organizzazioni filosofiche e non confessionali.

L’estensione della tutela dovrebbe riguardare, per stare ai settori considerati dalle proposte di legge, la libertà di associazione, le esequie (assistenza spirituale e locali idonei ad un loro dignitoso svolgimento), il riconoscimento della personalità giuridica, ecc. Ma la tutela antidiscriminatoria di tali organizzazioni va estesa anche alle discriminazioni indirette: in particolare, al trattamento tributario e al sostegno finanziario, finora assicurato alle sole confessioni con concordato o intesa nella duplice forma della deduzione delle offerte liberali dal proprio reddito e dell’otto per mille. S’è sopra ricordato come la questione sia giunta allo scrutinio anche della Corte costituzionale, che non ha esteso tali benefici – a differenza di quelli regionali per gli edifici di culto, di cui alle sentenze appena citate – alle confessioni senza intesa. Manca in questo caso, secondo i giudici della Consulta, “quella ‘disciplina, posta da una legge comune, volta ad agevolare l’esercizio’ del diritto di libertà religiosa, quale è la disciplina cui ha avuto riguardo la sentenza n. 195 del 1993”⁷⁸.

L’esigenza di una legge comune non può essere soddisfatta che in sede di disciplina di attuazione dei principi costituzionali in materia di religione, che, anche grazie alla esplicitazione contenuta nel diritto europeo, impongono, peraltro, di estendere forme di sostegno siffatte non solo alle confessioni senza intesa ma anche, se si vuole evitare il dubbio di irragionevolezza, alle organizzazioni filosofiche e non confessionali.

L’estensione dovrebbe, peraltro, riguardare un settore anche più diversificato di organizzazioni, ove solo si consideri il minimo comune denominatore delle destinazioni di tali risorse previste da concordato e intese: interventi sociali, assistenziali e umanitari, anche all’estero e, in particolare, a favore del terzo mondo o di minoranze oggetto di persecuzione razziale (a questa comune desti-

⁷⁸ Sentenza della Corte costituzionale del 27 maggio 1996, n. 178.

nazione ogni confessione ne aggiunge poi altre specifiche, come per esempio la remunerazione del clero cattolico, il sostegno alle opere confessionali, ecc.). Se così è non pare ragionevole confinare tale sostegno all'interno del recinto occupato dalle confessioni e dalle organizzazioni filosofiche e non confessionali e non estenderlo a tutte le organizzazioni che parimenti gestiscono iniziative di carattere umanitario nei Paesi non appartenenti alla OCSE: si tratta, del resto, di organizzazioni già prese in considerazione, anche se con effetti più limitati, dalla legislazione tributaria come beneficiarie di erogazioni liberali in danaro deducibili ai fini dell'imposta sul reddito⁷⁹.

La normativa in esame dovrebbe, infine, risentire di un'ulteriore influenza della Costituzione europea: la quale, pur essendosi aperta più recentemente alla tutela delle forme collettive della libertà di religione, trova il suo originario *ubi consistam* nella tutela delle forme individuali di quella libertà. Come dire che il diritto costituzionale europeo ecclesiastico non può legittimamente sopravanzare, o addirittura fagocitare, il diritto costituzionale europeo di religione. Ne deriva che in nessun modo la legislazione ordinaria può stravolgere il diritto individuale di libertà a favore delle formazioni sociali religiose (e, ove si attui la estensione prima indicata, anche non religiose).

È quanto, invece, avviene in materia di otto per mille con un meccanismo rivelatosi nel corso degli anni “perverso”: la distribuzione ai beneficiari anche della quota del monte Irpef relativa alle scelte *non* espresse dai contribuenti. Visto che la maggior parte dei contribuenti non si esprime al riguardo nelle dichiarazioni dei redditi, ne consegue che la maggior parte del finanziamento che perviene alle confessioni *non* è stato voluto dai contribuenti. A questa deviazione si aggiunge la violazione dell'art. 53 della nostra Costituzione, per cui, in mancanza di scelte diverse (come la scelta espressa per una confessione), le imposte versate dai contribuenti sono destinate alle “spese pubbliche”, come stabilite dalle leggi finanziarie. Evidentemente, il rispetto della volontà individuale, espressione di quella libertà che la Costituzione europea tutela in sommo grado, dovrebbe indurre a rimodulare unilateralmente l'istituto nel senso di limitare la ripartizione alle sole scelte espresse.

Come si vede, lo stereotipo di un diritto nazionale autosufficiente non aiuta a cogliere tutte le potenzialità della Costituzione italiana: il che sembra probabilmente dovuto anche ad una sua caratteristica, consistente nel proclamare i diritti fondamentali prevalentemente per principi di portata generale piuttosto che anche attraverso regole precise. Viceversa il diritto europeo non rifugge dalle regole, che facilitano evidentemente il compito del legislatore ordinario: per esempio, la CEDU e la Carta di Nizza non si limitano all'enunciazione del principio ma specificano che la libertà di religione include il diritto di mutare religione; la dichiarazione n. 11 precisa che il dialogo dell'Unione va svolto anche con le organizzazioni filosofiche e non confessionali.

⁷⁹ V. gli articoli 13-bis e 65 d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, contenente il t.u. imposte dirette.

L'influenza della Costituzione europea è funzionale, pertanto, anche all'integrazione delle legislazioni ordinarie nazionali con tali regole, poste da una fonte superiore e perciò indiscutibile, e si rivela oltremodo necessaria in un settore, come quello delle religioni e delle culture, in cui la società multiculturale sconvolge gli schemi collaudati del diritto, ne rimescola le stesse fonti, evidenzia che "il diritto non nasce nel palazzo oracolare di un legislatore centralizzato, ma piuttosto entro la vita quotidiana, sorpresa nella sua concretezza dalla operosità dei giudici"⁸⁰. Seguire in questa difficile opera di discernimento giurisprudenziale e legislativo – in cui, tuttavia, il ruolo dell'interprete appare più importante di quello del legislatore⁸¹ – la bussola della integrazione tra ordinamenti, senza rigide gerarchizzazioni ma attraverso una comunicazione in cui nessuno di essi ha "l'ultima parola"⁸², è ineludibile se si vogliono prendere davvero sul serio i diritti fondamentali.

⁸⁰ P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2001, p. 556.

⁸¹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, reperibile *on line* sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁸² Così, a proposito dell'uso della comparazione, P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, *ivi*.

Giandonato Caggiano

L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto

SOMMARIO: 1. Introduzione e oggetto del lavoro. – 2. Principi di coordinamento tra i due regimi giuridici dello SLSG. – 3. Anomalie e paradossi della divisione nella prassi applicativa: le vicende del Trattato di Prüm, SIS II e SIRENE. – 4. Funzioni operative nello SLSG e controllo giurisdizionale sugli atti delle Agenzie. – 5. Il contributo della Corte di giustizia all'affermazione di un'Unione basata sul diritto. – 6. *Segue*: la giurisprudenza su provvedimenti restrittivi in materia di lotta al terrorismo. – 7. *Segue*: i rimedi giuridici in mancanza di atti di esecuzione sul piano comunitario e nazionale di una “posizione comune”. – 8. La questione della equivalenza della tutela dei diritti fondamentali nel titolo VI TUE rispetto alla CEDU. – 9. Le prospettive di evoluzione secondo la riforma dei Trattati. – 10. Le questioni del periodo transitorio e della flessibilità. – 11. Conclusioni.

1. Quando entrerà in vigore il Trattato di Riforma¹, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia² sarà disciplinato dalle regole generali sugli atti e sulle competenze, che prenderanno il posto dei due distinti regimi attuali (titolo IV TCE e titolo VI TUE)³. Si tratta di un aspetto positivo delle decisioni per il rilancio del processo di riforma dei Trattati⁴, a fronte dell'eliminazione, nella revisione dei

¹ V. Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, Bruxelles, 21-22 giugno 2007, Allegato I, Mandato della CIG (in seguito: Mandato CIG 2007). Per quanto riguarda le innovazioni e specificità dello SLSG nel *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, GUUE C 310, 16 dicembre 2004, p. 1 (in seguito: Trattato-Costituzione) e nel Mandato CIG 2007, v. *infra*, par. 10.

² In seguito: SLSG.

³ Titolo IV TCE, Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone (immigrazione, cooperazione giudiziaria civile e amministrativa), e titolo VI TUE, sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. A riguardo, oltre all'espressione di uso comune “terzo pilastro”, viene utilizzata l'espressione GAI che fa riferimento al Consiglio dei Ministri degli interni e giustizia ed alla sigla degli atti del titolo VI TUE.

⁴ Secondo il Mandato per la CIG 2007: “Il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato ‘Costituzione’, è abbandonato. Il Trattato di Riforma integrerà nei trattati esistenti, che restano in vigore, le innovazioni risultanti dalla CIG del 2004” (par. 1).

testi, della semantica costituzionale⁵, degli articoli della Carta dei diritti⁶ e del primato del diritto dell'Unione⁷.

L'Unione europea, che sostituisce e succede alla Comunità, eserciterà le competenze dello SLSG, che vengono disciplinate in un nuovo titolo⁸ del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁹, secondo i principi istituzionali e le fonti di diritto comune, sia pure con alcune specificità; in particolare, il diritto di veto di uno Stato membro nel Consiglio o di un Parlamento nazionale¹⁰ e la variabilità dell'ambito di applicazione soggettiva di singoli atti agli Stati membri, secondo un nuovo meccanismo giuridico che si potrebbe definire di "cooperazione rafforzata *ad acta*"¹¹. Quest'ultima variante della flessibilità nell'integrazione europea¹² si applicherà alla "cooperazione giudiziaria in materia

⁵ V. per tutti la lucida e premonitrice analisi di V. STARACE, *La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 9 ss. È infatti, prioritariamente, contro quei "segni costituzionali", che *non* avrebbero trasformato "l'Unione europea in unione costituzionale", che si è abbattuta la contestazione iconoclasta dei Governi euro-scettici.

⁶ L'art. 6, par. 1 TUE sarà riformulato in modo da contenere un riconoscimento dello "stesso valore giuridico dei trattati" della Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000, nella versione concordata nella CIG del 2004. È prevista una nuova promulgazione da parte di Parlamento, Consiglio e Commissione. Per il nuovo testo dell'art. 6 TUE, v. Mandato CIG 2007, Allegato 1, Modifiche al trattato UE, titolo I (Disposizioni comuni), punto 5). Il valore della Carta è limitato *ratione personae* dal Protocollo per il Regno Unito sulla non deducibilità in giudizio dei diritti della Carta, a meno di equivalenza dei singoli diritti nell'ordinamento nazionale, v. Mandato CIG 2007, *loc. ult. cit.*, nota 19.

⁷ La norma sul primato del diritto dell'Unione non sarà inclusa nel testo dei Trattati, ma l'applicabilità del principio di origine giurisprudenziale verrà riaffermata tramite una dichiarazione *ad hoc*.

⁸ Secondo lo schema del Trattato-Costituzione, il nuovo titolo SLSG comprenderà: capo 1 (Disposizioni generali), capo 2 (Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione), capo 3 (Cooperazione giudiziaria in materia civile), capo 4 (Cooperazione giudiziaria in materia penale) e capo 5 (Cooperazione di polizia). V. Mandato della CIG 2007, Allegato 2, Modifiche al trattato CE, A (Modifiche rispetto ai risultati convenuti in sede di CIG del 2004), punto 2).

⁹ Si tratta della nuova denominazione del Trattato che istituisce la Comunità europea.

¹⁰ Un Parlamento nazionale avrà diritto di veto rispetto all'atto di base che determinerà il piano legislativo in materia di diritto di famiglia con implicazioni transnazionali. Cfr. Mandato della CIG 2007, *loc. ult. cit.*, lett. b).

¹¹ Il veto di uno Stato membro comporta un rinvio della questione al Consiglio europeo (c.d. *emergency brake*). In caso di mancato accordo, nell'arco di quattro mesi, un gruppo di nove Stati può procedere ad una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di atto, informando il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso, si applica una "procedura decisionale veloce" di cooperazione rafforzata, perché l'autorizzazione a procedere si considera automaticamente concessa. Una volta stabilita la cooperazione rafforzata *ad acta*, ad essa si applicano le regole generali (ad esempio, bilancio a spese dei partecipanti), v. Mandato della CIG 2007, *loc. ult. cit.*, punto 2), lettere c) e d).

¹² In generale sulla questione, v. G. L. TOSATO, *Per un rilancio dell'Europa – Le ragioni della flessibilità*, in questa *Rivista*, 2007, p. 7 ss.

penale”¹³ e alla cooperazione di polizia¹⁴, ivi compreso l'atto istitutivo della Procura europea in collegamento con Eurojust¹⁵. Gli atti adottati sinora nell'ambito del titolo VI TUE saranno “traslati” progressivamente in atti di diritto comune dell'Unione europea (regolamenti, direttive, decisioni). Non si può pertanto escludere un regime transitorio, più o meno lungo, per alcuni atti¹⁶. Un'ultima caratteristica, da sottolineare in questo quadro di prospettiva, riguarda il Regno Unito, che avrà, rispetto all'intero SLSG, la stessa posizione di *opting out* di cui attualmente fruisce rispetto al titolo IV TCE, secondo il Protocollo n. 4 del Trattato di Amsterdam¹⁷.

In attesa di questa prospettiva di riforma, le difficoltà del *compromesso di Amsterdam* continuano a riflettersi nell'evoluzione dello SLSG, soprattutto nella tutela dei diritti fondamentali, che non si può dire abbia costituito una priorità assoluta dell'agenda europea di questi anni. Ciò appare tanto più rilevante in relazione allo sviluppo del diritto derivato, che non risulta equilibrato rispetto al trinomio degli assi di libertà, sicurezza e giustizia, che concorrono alla definizione dello SLSG. Infatti, le misure adottate sinora, secondo i programmi di Tampere e L'Aja, hanno privilegiato il raggiungimento di “un livello elevato di sicurezza” (art. 29 TUE)¹⁸.

All'opera della Corte di giustizia, rivolta ad accrescere la coerenza tra i due regimi di diritto comunitario e del titolo VI TUE, non corrisponde un'analogia tendenza del Consiglio¹⁹, che, al contrario, difende la divisione tra i due regimi dello SLSG, anche al costo di risultati paradossali. Ad esempio nella scelta delle basi giuridiche per l'adozione di atti normativi, anziché procedere alla comuni-

¹³ Mandato della CIG 2007, *loc. ult. cit.*, punto 2), lett. c).

¹⁴ Capi 4 e 5, titolo SLSG, cfr. Mandato della CIG 2007, *loc. ult. cit.*, punto 2), lett. d).

¹⁵ Il Regno Unito ha già reso noto che non è interessato a partecipare alla Procura europea, v. The Reform Treaty, The British Approach to the European Union Intergovernmental Conference, July 2007, p. 10 (*on line*, www.fco.gov.uk).

¹⁶ V. Proposta di art. 8 del Protocollo n. 10 al Trattato di Riforma: “The legal effects of the acts of the institutions, bodies, offices and agencies of the Union adopted on the basis of Titles V and VI of the Treaty on European Union prior to the entry into force of the Treaty amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community shall be preserved until those acts are repealed, annulled or amended in implementation of the Treaties. The same shall apply to agreements concluded between Member States on the basis of those Titles”, Protocol (No. 10), Transitional Provisions, Doc. CIG 2/07, 23 July 2007. La proposta non contiene alcun riferimento esplicito alla questione.

¹⁷ Nel Trattato-Costituzione, la posizione di *opting out* riguardava solo l'immigrazione e la cooperazione giudiziaria civile.

¹⁸ Per il quadro generale della situazione degli atti adottati o proposti nello SLSG, cfr. comunicazione della Commissione, Relazione sull'attuazione del programma dell'Aja per il 2006, del 3 luglio 2007, COM(2007)373 def. e Annex, Report on the Implementation of The Hague programme for 2006: SEC(2007)896, Institutional Scoreboard, Table 1 e SEC(2007)896, Implementation, Table 2 (consultabili *on line* sul sito ec.europa.eu).

¹⁹ Il Parlamento europeo svolge un limitato ruolo di legislatore nella procedura di codecisione solo per il titolo IV TCE a seguito della decisione del Consiglio di utilizzare la clausola passerella in alcune materie dal 2004, v. *infra*, par. 10.

tarizzazione delle norme rilevanti del titolo VI TUE tramite la norma-passerella (art. 42 TUE), ha preferito piuttosto sdoppiare gli atti normativi del Sistema di informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) e del Sistema denominato Manuale SIRENE²⁰, tramite il ricorso ad una doppia base giuridica (titolo IV TCE e titolo VI TUE)²¹.

In questo contesto istituzionale, il presente lavoro approfondisce le questioni giuridiche dello SLSG, soprattutto nella prospettiva della definizione delle caratteristiche di una “Unione basata sul diritto”; si concentra sulla dinamica tra diritto comunitario e titolo VI TUE; esclude l’approfondimento degli aspetti della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale²², della cooperazione giudiziaria in materia civile²³ e della cooperazione rafforzata di Schengen²⁴, che non siano rilevanti in questa prospettiva. Restano fuori dall’ambito del presente lavoro anche le relazioni esterne dello SLSG, considerata la specificità delle relative questioni di diritto comunitario. Per una più agevole lettura dell’evoluzione dello SLSG, gli aspetti istituzionali e i principi di coordinamento precedono l’analisi della giurisprudenza comunitaria, anche se è evidente che ne costituiscono anche il risultato.

2. Lo SLSG rappresenta un obiettivo principale dell’Unione europea, comune al diritto comunitario e al titolo VI TUE²⁵. Il collegamento “leggero”, che il Trattato di Maastricht istituiva tra i pilastri, si è trasformato, con i Trattati di Amsterdam e di Nizza, in una vera integrazione tra due settori entrambi afferenti ad uno spazio unico. Quest’ultimo concetto ripropone, sul piano della “circola-

²⁰ Acronimo di Supplementary Information Request at the National Entries.

²¹ V. *infra*, par. 3.

²² In dottrina, si rinvia ai numerosi lavori generali, tra i quali: E. PISTOIA, *La questione del carattere self-executing delle norme di diritto penale adottate nel quadro del terzo pilastro*, in *Studi di diritto internazionale in onore di G. Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 593 ss.; B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1295 ss.; E. GUILD, *Crime and the EU’s Constitutional Future in an Area of Freedom, Security and Justice*, in *ELJ*, 2004, p. 218 ss.; A. WEYEMBERGH, *Approximation of Criminal Laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme*, in *CML Rev.*, 2005, p. 1567 ss.; M. G. GARBAGNATI KETVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastri» dell’Unione europea?*, in *DUE*, 2007, p. 395 ss.

²³ In dottrina, v. S. BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *DUE*, 2001, p. 261 ss.; S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento CE 44/2001*, Torino, 2002, IV ed.; S. M. CARBONE, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004; B. NASCIBENE, *Community Courts in the Area of Judicial Cooperation*, in *ICLQ*, 2005, p. 489 ss.

²⁴ In particolare sulla giurisprudenza sul principio del *ne bis in idem* nella cooperazione Schengen, v. A. WEYEMBERGH, *Le principe ne bis in idem: pierre d’achoppement de l’espace pénal européen?*, in *CDE*, 2004, p. 337 ss.; M. WASMEIER, N. THWAITES, *The Development of ne bis in idem into a Transnational Fundamental Right: Comments on Recent Developments*, in *ELR*, 2006, p. 565 ss.

²⁵ Art. 2, 1° comma, quarto trattino TUE.

zione senza frontiere del diritto”, il concetto giuridico dello “spazio del mercato interno” (art. 14 TCE, richiamato dall’art. 61, par. 1, lett. a).

Gli *aspetti istituzionali* dello SLSG sono ormai ampiamente noti e approfonditi in dottrina²⁶. L’asimmetria giurisdizionale oggi esistente è caratterizzata, nell’ambito del titolo IV TCE, dall’esclusivo utilizzo dello strumento del ricorso per interpretazione pregiudiziale da parte di giudici di ultima istanza²⁷ e, nell’ambito del titolo VI TUE, da una competenza ridotta della Corte di giustizia²⁸. La tipologia di competenze della Corte di giustizia previste dal diritto comunitario è applicabile al diritto dell’Unione europea, alle condizioni previste all’art. 35 TUE.

Dell’“ordinamento giuridico di nuovo genere” costituito dalla CE²⁹, una delle caratteristiche principali è il rinvio pregiudiziale, che nel titolo VI TUE si presenta depotenziato, ma non incapace di mettere “in circolo” i principi interpretativi del diritto comunitario. L’aspetto più critico di tale sistema giurisdizio-

²⁶ In dottrina, v. R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 227 ss.; P. J. KUIJPER, *The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution: Institutional Aspects*, in *CML Rev.*, 2004, p. 609 ss.; S. DOUGLAS-SCOTT, *The Rule of Law in the European Union: Putting the Security into the “Area of Freedom, Security and Justice”*, in *ELR*, 2004, p. 219 ss.; N. WALKER (ed.), *Europe’s Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, 2004; G. AMATO, E. PACIOTTI (a cura di), *Verso l’Europa dei diritti: lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Bologna, 2005; J. DE ZWAAN, F. GOUDAPPEL (eds.), *Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme*, The Hague, 2006; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006, II ed.; G. GAJA, *Caratteri del diritto dell’Unione europea concernenti il secondo e terzo pilastro*, in P. FOIS, R. CLERICI (a cura di), *I caratteri del diritto dell’Unione europea*, Padova, 2007.

Per un sintetico quadro ricostruttivo F. MUNARI, C. AMALFITANO, *La cooperazione di polizia giudiziaria in materia penale*, in *Sud in Europa*, n. 2, 2007, disponibile *on line* sul sito www.sudineuropa.net, p. 28 ss.

²⁷ In dottrina, v. spec. L. GAROFALO, *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l’art. 68 del Trattato CE*, in *DUE*, 2000, p. 805 ss.; A. ADINOLFI, *Commento all’art. 68 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2001, p. 317.

²⁸ Si tratta del minisistema dell’art. 35 TUE concernente la competenza della Corte di giustizia a esaminare la legittimità e annullabilità degli atti (decisioni e decisioni-quadro), su istanza degli Stati membri, del Consiglio e della Commissione (non del Parlamento europeo e degli individui), l’esclusione della procedura di infrazione, nonché la facoltà di accettazione degli Stati membri del ricorso di interpretazione pregiudiziale. In dottrina v., tra i tanti, C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *RDE*, 1998, p. 41 ss.; G. L. TOSATO, *Atti giuridici vincolanti e competenze della Corte comunitaria nell’ambito del “terzo pilastro”*, in *L’Italia e la politica internazionale*, Bologna, 2000, p. 331 ss.; I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il Terzo Pilastro dell’Unione europea*, in *CI*, 2000, p. 477 ss.; A. ADINOLFI, *New Modalities for the Preliminary References Procedure: The Amsterdam Treaty and the Conventions among Member States*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, The Hague, 2001, p. 57 ss.; L. DANIELE, *Commento all’art. 35 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 142 ss.

²⁹ Principio della celebre sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, *Raccolta*, p. 3.

nale resta però la condizione dell'accettazione da parte degli Stati membri della procedura di rinvio pregiudiziale tramite apposita dichiarazione espressa, sinora, da quattordici Stati membri e, in qualche caso, limitata alle giurisdizioni nazionali di più alto grado (due Stati membri). La facoltà degli Stati membri non consenzienti (circa la metà) di presentare memorie od osservazioni scritte nei procedimenti che provengono da giudici degli altri Stati membri non è sorprendente, considerato che l'interpretazione della Corte di giustizia è comunque rilevante per tutti gli Stati membri. Non vi è dubbio, infatti, che anche in assenza di procedura di infrazione, la natura vincolante degli atti del titolo VI TUE crea l'obbligo per gli Stati membri di adottare le misure di trasposizione negli ordinamenti interni³⁰ e di interpretare le norme nazionali in maniera conforme³¹. Infatti, il titolo VI TUE, pur avendo origine intergovernativa, non si sottrae alla specifica natura del controllo giurisdizionale di "carattere sistemico", che caratterizza il sistema comunitario e che lo differenzia dal diritto internazionale classico.

Per quanto riguarda il *quadro istituzionale unico*, appare evidente come tale principio corrisponda alla necessità organizzativa e di funzionamento dei due regimi che compongono lo SLSG. L'Unione europea è fondata sulle Comunità europee, integrate non solo da "forme di cooperazione", ma anche da "politiche" instaurate dal Trattato sull'Unione (art. 1, 3° comma TUE)³². Il quadro istituzionale unico³³ assicura la coerenza e la continuità delle azioni nei due sistemi, insieme all'obbligo di rispettare e sviluppare l'*acquis*, qualificando di conseguenza il titolo VI TUE non come contesto giuridico autoreferenziale, ma come una tappa all'interno del medesimo processo di integrazione tra gli Stati partecipanti ("i popoli dell'Europa"). Un processo di integrazione così concepito giustifica un'interpretazione teleologica dei Trattati esistenti a favore delle competenze sopranazionali³⁴. La definizione della competenza della Corte di giustizia rispetto alla tipologia degli atti e dei ricorsi ammissibili *ratione materiae et per-*

³⁰ Sull'attività della Commissione per monitorare l'attuazione delle decisioni quadro, v. ad es. COM(2006)770 def., del 6 dicembre 2006, Relazione della Commissione a norma dell'articolo 9 della decisione quadro del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

³¹ V. *infra*, par. 5.

³² Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott dell'11 novembre 2004, causa C-105/03, *Pupino*: "Il concetto di politiche indica che il Trattato sull'Unione (...) non implica solo la cooperazione internazionale, bensì anche l'esercizio in comune di poteri sovrani mediante l'Unione. Del resto, l'art. 3, primo comma, UE obbliga l'Unione a rispettare e sviluppare il patrimonio giuridico comunitario ('*acquis communautaire*')" (punto 32). Per i riferimenti alla sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, *Raccolta*, p. I-5285, v. *infra*, par. 5.

³³ R. ADAM, *Commento all'art. 3 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 37 ss.

³⁴ Si vedano le argomentazioni dell'Avvocato generale Kokott nelle citate conclusioni dell'11 novembre 2004, secondo cui il TUE dà luogo all'esercizio in comune di poteri sovrani mediante l'Unione e deve pertanto applicarsi la regola dell'interpretazione teleologica: "Un trattato di diritto internazionale dovrebbe essere infatti interpretato – anche alla luce dell'art. 31 della Convenzione di Vienna 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati – non solo in base alla sua lettera, bensì anche in considerazione dei suoi scopi" (punto 29).

sonae (art. 35 TUE) opera in un quadro unificato, che consente di estendere al titolo VI TUE le modalità procedurali di esercizio della sua giurisdizione, in riferimento all'*acquis* comunitario (art. 46 TUE). Il principio di salvaguardia delle competenze comunitarie (articoli 47 e 29, par. 1 TUE)³⁵ determina poi, in caso di conflitto, una prevalenza del diritto comunitario su quello dell'Unione europea³⁶.

Il concetto di *Stato di diritto* (*rule of law*)³⁷ sintetizza alcune caratteristiche giuridiche che originano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, quali l'uguaglianza di fronte alla legge, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, il diritto ad una buona amministrazione³⁸. La valutazione del rispetto dei diritti fondamentali rappresenta un parametro di legalità di ogni attività delle istituzioni a livello comunitario e del titolo VI TUE, nella misura in cui la Corte di giustizia sia competente a norma dei Trattati (art. 46, par. 1, lett. d) TUE), ma non determina un autonomo titolo di competenza. Tale competenza non è oggi estesa allo *Stato di diritto* (art. 6, par. 1), in considerazione del suo carattere più politico³⁹. Non appare pertanto casuale l'eliminazione di questo principio dello *Stato di diritto* dal Trattato di Riforma, proprio perché, ancorché non giustiziabile, appariva dotato di un notevole potenziale espansivo nel suo collegamento concettuale con l'evoluzione della tradizione dello Stato democratico e, pertanto, rappresentava per alcuni il segno più evidente della trasformazione dell'Unione europea in una entità statale. Tuttavia, la sua non-giustiziabilità attuale e la cancellazione dal testo del Trattato di Riforma non sembrano idonee a modificare l'evoluzione interpretativa della Corte di giustizia.

Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, elemento costitutivo dello *Stato di diritto*, presenta due aspetti rilevanti nel diritto comunitario: il primo

³⁵ Oppure, in senso inverso, di subordinazione del titolo VI TUE rispetto al primo, v. R. MASTROIANNI, *Commento all'art. 47 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 167.

³⁶ La giurisdizione della Corte di giustizia si estende alle disposizioni finali del Trattato UE (art. 46, lett. e) che richiama gli articoli 46-53 TUE. In particolare l'art. 47 TUE prescrive che nessuna disposizione del Trattato UE "pregiudica i trattati che istituiscono la Comunità europea né i trattati ed atti successivi che li hanno modificati o completati". Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la Corte di giustizia ha affermato di essere competente a statuire sulle misure adottate nel quadro del titolo VI del Trattato UE in relazione al rispetto delle competenze comunitarie nella sentenza del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-2763, punto 16.

³⁷ Cfr. U. VILLANI, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2007, p. 27 ss., spec. p. 29 s. Sui rapporti tra *rule of law* a livello nazionale e internazionale, v. G. PALOMBELLA, *The rule of law, la democrazia e il diritto internazionale. A partire dall'esperienza degli Stati Uniti*, *ivi*, p. 255 ss.

³⁸ Sono principi codificati dalla Carta dei diritti e spiegazioni relative elaborate dal *Praesidium* della Convenzione per la Carta, aggiornate dal *Praesidium* della Convenzione europea, v. art. 20 (Uguaglianza davanti alla legge), art. 21 (Non discriminazione), art. 41 (Diritto ad una buona amministrazione), art. 47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale).

³⁹ U. VILLANI, *Norme*, in *Sud in Europa*, n. 2, 2007, p. 14 ss.

riguarda l'estensione della legittimazione *ratione personae et materiae* nella giurisdizione comunitaria (questione della c.d. *judicial review* degli atti comunitari)⁴⁰; il secondo riguarda l'affermazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un equo processo in quanto principio fondato sulle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁴¹ e la cui tutela è rafforzata a livello sopranazionale dalle norme pertinenti della CEDU e dalla Carta dei diritti⁴².

Il primo aspetto riguarda la definizione della Comunità europea quale "comunità di diritto", secondo la definizione della Corte di giustizia⁴³, nel cui ambito essa svolge il ruolo generale di sorveglianza sull'applicazione del diritto (art. 220 TCE). Si compone, oltre che del principio della "sovranità della legge" (carattere normativo)⁴⁴, anche del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva⁴⁵

⁴⁰ È noto che la Corte di giustizia nella sentenza 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, *Raccolta*, p. 1339, ha sancito tale principio nei termini seguenti: "la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato. In particolare, con gli artt. [230 CE] e [241 CE], da un lato, e con l'art. [234 CE], dall'altro, il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni", punto 25, corsivo nostro.

⁴¹ A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

⁴² Vedi articoli 6 (diritto ad un processo giusto) e 13 CEDU (diritto al giudice) e 47 della Carta di Nizza.

⁴³ Nella storica sentenza *Les Verts c. Parlamento europeo*, cit., punto 23. Per una efficace ricostruzione della giurisprudenza comunitaria a seguito dell'affermazione del principio della Comunità di diritto, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Poirares Maduro del 21 giugno 2007, causa C-273/04, *Polonia c. Consiglio*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punti 28-35.

⁴⁴ V. da ultimo F. G. JACOBS, *The Sovereignty of Law: The European Way*, Cambridge, 2007.

⁴⁵ Negli ordinamenti statuali, lo *Stato di diritto* enfatizza il processo di eguaglianza davanti alla legge e non si limita a fissare le caratteristiche del sistema giudiziario. Il concetto di *Stato di diritto* prevede che le leggi siano applicabili ai soggetti dell'ordinamento ed agli organi dello Stato, tramite adeguati strumenti per garantirne la conformità dei comportamenti e adeguati rimedi in caso di violazioni o deviazioni. Di conseguenza, il sistema giudiziario deve essere indipendente e ai giudici spetta il potere di sottoporre a controllo giurisdizionale gli atti dell'esecutivo, la cui discrezionalità nell'esercizio di poteri coercitivi deve avere limiti definiti. Infatti, lo *Stato di diritto*, relativamente all'esecutivo e all'azione amministrativa, comprende la responsabilità dell'esecutivo, la buona *governance* e i principi contro la corruzione. Tuttavia, la versione più ampia del concetto dello *Stato di diritto* include anche la protezione dei diritti fondamentali. La finalità unificante è quella di obbligare le autorità dello Stato a rispettare alcuni principi giuridici essenziali, limitandone la discrezionalità. In dottrina, v. M. L. FERNANDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague, 1999 e i numerosi contributi in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002.

In generale sui rapporti dello *Stato di diritto* con la globalizzazione, v. T. VANDAMME, J. H. REESTMAN (eds.), *Ambiguity in the Rule of Law, the Interface between National and International Legal Systems*, Groningen, 2001; S. ZIFCAK (ed.), *Globalisation and the Rule of Law*, London, 2005. Sul piano delle relazioni esterne, l'art. 11, par. 1 TUE e l'art. III-292 Trattato-Costituzione prevedono lo sviluppo e il consolidamento della democrazia e dello Stato di diritto, nonché il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come uno degli obiettivi della politica estera e di sicurezza comune e delle politiche comunitarie di cooperazione allo sviluppo e di cooperazione economica, finanziaria e tecnica con Paesi terzi.

(carattere giurisdizionale) o, piuttosto, dell'esistenza di un "sistema di rimedi giurisdizionali completo"⁴⁶. Questa condizione è però oggi esclusa nel titolo VI TUE proprio dall'esistenza di limiti alla competenza della Corte di giustizia di cui all'art. 35 TUE.

Il secondo aspetto attiene all'affermazione generale, nell'ambito del titolo VI TUE, del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un equo processo⁴⁷, tramite il potenziamento del diritto di difesa e dell'obbligo di motivazione degli atti dell'Unione europea. Questo diritto è strumentale anche per la tutela giurisdizionale di tutti gli altri diritti fondamentali⁴⁸. Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo dovrebbe essere interpretato, ai sensi dell'art. 6 TUE, nel senso del divieto, se non di qualsiasi limitazione, quanto meno di una totale carenza di tutela giurisdizionale. In questo senso, quando a livello comunitario non sono previsti rimedi giurisdizionali adeguati, sono gli ordinamenti nazionali a dover "compensare" questa carenza. Naturalmente, il riferimento è qui soprattutto ai giudici nazionali, che svolgono un ruolo determinante nel sistema giuridico europeo. Se l'applicazione delle norme del titolo VI comportasse una violazione del diritto ad una tutela giurisdizionale, si renderebbe reale l'opportunità di un controllo delle corti costituzionali che applicano la dottrina dei contro-limiti⁴⁹.

Si pone poi la questione del *principio dell'efficacia del diritto nel titolo VI TUE*, sviluppato in relazione al primato del diritto comunitario e al principio di interpretazione conforme. Il principio del primato, che garantisce la prevalenza degli atti dotati di efficacia diretta⁵⁰ ed il conseguente obbligo dei giudici nazio-

⁴⁶ Il dibattito e la dottrina sulle sentenze del 1° aprile 2004, causa C-263/02 P, *Commissione c. Jégo-Quéré*, *Raccolta*, p. I-3425 e 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-6677 sono troppo noti per essere qui ripresi. Vale solo la pena di ricordare che nella seconda sentenza, la Corte, pur riconoscendo l'importanza del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo ha affermato che "il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni, affidandolo al giudice comunitario". Di fronte ai limiti della legittimazione ad agire, la Corte di giustizia indica la possibilità di far valere l'invalidità degli atti "dinanzi ai giudici nazionali e di indurre questi ultimi, che non sono competenti ad accertare direttamente l'invalidità di tali atti, a rivolgersi al riguardo alla Corte in via pregiudiziale", punto 40.

⁴⁷ V. per tutti C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001.

⁴⁸ V. Dichiarazione sulle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali allegata al Trattato-Costituzione.

⁴⁹ Cfr. B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di Sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale di Primo Grado*, in *DUE*, 2006, p. 333 ss., spec. p. 344.

⁵⁰ A partire dalla sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, *Raccolta*, p. 1127 ss. Il principio del primato è circoscritto alle norme direttamente applicabili e a quelle dotate di effetto diretto, v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, IV ed., p. 165. Per quanto riguarda le direttive, alla scadenza del termine di attuazione l'effetto diretto è ammesso per le sole norme sufficientemente chiare, precise e incondizionate e limitatamente ai rapporti c.d. verticali, v. R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *DUE*, 1998, p. 81 ss.

nali di disapplicare direttamente la norma interna confliggente⁵¹, non può valere per gli atti del titolo VI TUE che sono privi di efficacia diretta⁵². Sia l'obbligo di disapplicazione, che lo strumento dell'interpretazione conforme della norma interna (e dell'ordinamento interno)⁵³ sono caratteristiche "inerenti" al sistema⁵⁴, che consentono la massima efficacia della norma comunitaria. Solo il secondo dei due meccanismi interpretativi, però, considerate le caratteristiche dei suoi atti, si presta all'utilizzazione "inerente al sistema" nel titolo VI TUE. Tuttavia, in questo ambito, il principio dell'efficacia può avere declinazioni specifiche e riduttive, con l'esclusione dell'applicabilità del principio di responsabilità per danni. Non si tratta però di questione dirimente, perché, secondo la Corte di giustizia, il principio di interpretazione uniforme in riferimento all'art. 10 TCE⁵⁵ e la responsabilità per danni⁵⁶ sono metodi alternativi per assicurare l'efficacia del diritto comunitario⁵⁷.

In relazione ai *principi generali di diritto*, va sottolineato il loro ruolo determinante come strumenti-guida dell'azione e dell'interpretazione del sistema complessivo in chiave di necessaria coerenza e completezza. In particolare, *i diritti fondamentali* rappresentano un importante parametro interpretativo del titolo VI TUE, grazie al quale il contributo della Corte di giustizia appare determinante per il rafforzamento delle garanzie degli individui, nella direzione dello standard comune del diritto comunitario e del suo *acquis*. In questo senso, la giurisprudenza comunitaria, che esamineremo nei paragrafi successivi, dimostra il consolidamento di strumenti interpretativi nel titolo VI TUE. Le occasioni di pronuncia sono certamente minori, se solo si considera che i ricorsi di interpretazione pregiudiziale possono provenire oggi solo da una parte dei giudici di circa metà degli Stati membri⁵⁸. In ogni caso, l'evoluzione giurisdizionale della Corte di giustizia deve tenere conto del contesto dell'integrazione, rispettando il ruolo degli Stati membri, che restano "padroni dei Trattati", e non potrà che

⁵¹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, *Raccolta*, p. 629.

⁵² Ai sensi dell'art. 34, par. 2, lett. b) TUE

⁵³ V. *infra*, par. 5.

⁵⁴ Si vedano la sentenza *Simmenthal*, cit., punto 22, e la sentenza della Corte del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, *Raccolta*, p. I-8835, punto 114.

⁵⁵ V. sentenze della Corte di giustizia del 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson*, *Raccolta*, p. 1909, punto 26; dell'8 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, *Raccolta*, p. I-4159, punto 8; *Pfeiffer*, cit., punto 115 (l'obbligo di interpretazione conforme "esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addvenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva"). In dottrina, v. S. DRAKE, *Twenty Years after Von Colson: The Impact of 'Indirect Effect' on the Protection of the Individual's Community Rights*, in *ELR*, 2005, p. 340 s.

⁵⁶ V. sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Franco-vich*, *Raccolta*, p. I-5357, punto 36 e giurisprudenza successiva.

⁵⁷ V. sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, *Raccolta*, p. I-3325, punto 26.

⁵⁸ V. *infra*, par. 5.

ricevere un sicuro vantaggio dall'unificazione dell'architettura istituzionale dello SLSG.

Il quadro istituzionale e di principi, così delineato, consente un'interpretazione evolutiva del titolo VI TUE, ma, di tutta evidenza, in un ordinamento giuridico fondato sul principio delle competenze di attribuzione, non è possibile procedere a modificazioni del diritto primario se non con la modifica dei Trattati, vale a dire con l'entrata in vigore del Trattato di Riforma.

3. Dalla situazione giuridica attuale dello SLSG derivano alcune anomalie e difficoltà nella prassi applicativa.

In primo luogo va segnalata l'anomala vicenda dell'iniziativa legislativa di alcuni Stati membri relativa all'adozione di una decisione⁵⁹ per l'inserimento della grande maggioranza della disciplina del Trattato di Prüm del 27 maggio 2005⁶⁰ nel titolo VI TUE, salvo che per alcuni aspetti già disciplinati da atti del diritto comunitario e del diritto dell'Unione. Tale Trattato istituisce un quadro giuridico per una cooperazione di polizia per la lotta al terrorismo, alla criminalità transfrontaliera e all'immigrazione clandestina, in relazione alla prevenzione di reati terroristici relativi ad eventi di rilievo transnazionale. Certamente il contenuto del Trattato è confliggente per materia con il Trattato UE⁶¹, peraltro concluso da sette membri con l'intento dichiarato di sviluppare una cooperazione destinata ad un successivo trasferimento al diritto dell'Unione, al di fuori delle regole sulla cooperazione rafforzata, con modalità simili a quelle della cooperazione di Schengen, prima del Trattato di Amsterdam. La natura giuridica di questo Trattato è quella di una revisione *extra-ordinem* del TUE di dubbia legalità, che potrebbe

⁵⁹ Decisione del Consiglio dell'Unione europea sul rafforzamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo ed alla criminalità transfrontaliera su iniziativa di Belgio, Bulgaria, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Austria, Slovenia, Slovacchia, Italia, Finlandia, Portogallo, Romania e Svezia. Consiglio, Doc. n. 6566/07, del 27 febbraio 2007. Non verranno riprese le norme relative al contrasto dell'immigrazione illegale, quali l'invio nei Paesi di provenienza dei flussi migratori clandestini di esperti in documenti falsi (art. 20) e l'assistenza reciproca nei provvedimenti di rimpatrio congiunto (art. 23). Restano fuori le disposizioni relative agli agenti di sicurezza a bordo degli aerei (articoli 17-19 del Trattato di Prüm) e la "Cooperazione su richiesta" (art. 27).

⁶⁰ Sette Stati membri (Belgio, Germania, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Austria e Spagna) hanno firmato il 27 maggio 2005 il Trattato di Prüm. Altri otto Stati membri (Finlandia, Italia, Portogallo, Slovenia, Svezia, Romania, Bulgaria e Grecia) avevano notificato formalmente la loro volontà di aderire al Trattato. Si tratta di disposizioni sulle condizioni e sulla procedura per il trasferimento automatizzato delle impronte digitali, del DNA, dei dati biometrici e di immatricolazione dei veicoli. A tal fine, è previsto l'obbligo per gli Stati di costituire banche dati nazionali ed il diritto delle autorità degli altri Stati membri di accedervi. In casi di una certa gravità, secondo la disciplina delle legislazioni nazionali, l'accesso è consentito non solo per perseguire autori o sospetti autori di reato, ma anche sulla base della presunzione che possano commettere reati o costituiscano un pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza (articoli 14 e 16).

⁶¹ Dal punto di vista del diritto internazionale, si pone a riguardo la questione dell'obbligo per gli Stati membri di rispettare i loro impegni derivanti da convenzioni concluse precedentemente, in conformità all'art. 30 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati, relativo all'applicazione di trattati successivi aventi per oggetto la stessa materia.

essere considerata in parte sanata dalla decisione di recepimento della maggior parte delle disposizioni del Trattato nel diritto derivato del titolo VI TUE. Infatti, il processo decisionale per il trasferimento delle sue disposizioni, quale diritto derivato, nell'ambito del titolo VI TUE ha visto una sorprendente accelerazione che riguarda anche l'Accordo di attuazione del 5 dicembre 2006, contenente disposizioni amministrative e tecniche (più di cento articoli). Il contenuto molto dettagliato di tali norme dovrebbe essere assunto in "blocco" nel diritto dell'Unione, una volta adottata la decisione legislativa da parte del Consiglio con una seconda decisione che le preveda come misure di esecuzione.

In secondo luogo, si segnala la vicenda del SIS II⁶², relativa allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen, sinora incluso nel titolo VI TUE⁶³, per il quale si è deciso di procedere ad una suddivisione tra due basi giuridiche del TCE e TUE (c.d. base giuridica mista) sul doppio binario del diritto comunitario e dell'Unione. Di conseguenza, sono stati adottati due atti-gemelli del titolo IV CE e del titolo VI TUE, malgrado i "considerando" proclamino il carattere unitario dell'attività. Piuttosto che procedere ad una comunitarizzazione della base giuridica attuale del SIS I (titolo VI TUE), si è deciso così di ricorrere a due atti complementari basati su due basi giuridiche⁶⁴ distinte⁶⁵. Il SIS II sarà un unico sistema disciplinato da tre atti legislativi⁶⁶. È stata decisa la costituzione di un organo, entro cinque anni dalla sua entrata in vigore, finanziato dal bilancio dell'UE, che assumerà la responsabilità della gestione operativa e di parti dell'infrastruttura di comunicazione. Durante il periodo transitorio, la Commissione⁶⁷ resta titolare di questi compiti che delegherà in tutto o in parte a due organismi

⁶² Concepito per la partecipazione degli Stati dell'allargamento, il funzionamento del SIS II riguarda sia la circolazione delle persone che la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. La sua caratterizzazione innovativa sarà quella funzionale alle attività di tipo investigativo accanto a quelle tradizionali del controllo di polizia. A tal fine sono state previste disposizioni normative per la disciplina delle azioni di polizia susseguenti alla consultazione della banca-dati e sui soggetti legittimati all'accesso e sul loro ruolo specifico.

⁶³ Il Protocollo di Schengen allegato al Trattato di Amsterdam prevedeva una decisione del Consiglio relativa alla base giuridica di ciascuna parte di detto *acquis*. Al momento dell'adozione della decisione non è stato possibile raggiungere alcun accordo su una base giuridica.

⁶⁴ Il regolamento del Parlamento e del Consiglio è basato sull'art. 66 TCE e la decisione del Consiglio sugli articoli 30, par. 1, lett. a) e b), 31, lett. a) e b) e 34, par. 2, lett. c) TUE.

⁶⁵ Com'è noto, al momento della comunitarizzazione dell'*acquis* di Schengen, non fu raggiunto un accordo sulla base giuridica del SIS. In sostanza, la non inclusione nell'elenco degli atti comunitarizzati ha comportato la sua collocazione sulla base giuridica del titolo VI TUE.

⁶⁶ A seguito di due iniziative belgo-svedesi (una decisione ed un regolamento) adottate dal Consiglio il 6 dicembre 2001, è stata prevista la natura mista del SIS (*GUCE* L 328, 13 dicembre 2001). Il regolamento disciplinerà gli aspetti del SIS II nell'ambito del titolo IV TCE del primo pilastro (immigrazione); la decisione disciplinerà il ricorso al SIS ai fini del titolo VI TUE; il regolamento in materia di trasporti (titolo V TCE) concerne in modo specifico l'accesso delle autorità incaricate del rilascio delle carte di circolazione.

⁶⁷ Il ruolo della Commissione non si limita alla gestione operativa, in quanto la Commissione è al tempo stesso custode del Trattato e pertanto svolge anche una funzione di controllo. Attualmente, il SIS centrale, o unità di supporto tecnico, è posto sotto la responsabilità tecnica di una parte contraente, ossia la Francia (articoli 115 e 92 CAAS).

nazionali del settore pubblico (Francia e Austria)⁶⁸. Così, per quanto riguarda la registrazione delle segnalazioni di stranieri ai fini della non ammissione⁶⁹, il regolamento n. 1987/2006⁷⁰ comunitarizza le relative norme della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS)⁷¹. Per il funzionamento degli aspetti considerati più legati alla cooperazione di polizia è stata adottata la decisione del Consiglio 2007/533/GAI del 12 giugno 2007⁷². Sia il regolamento che la decisione presentano una struttura simile: definiscono prima gli obiettivi, quindi specificano le competenze degli Stati membri e della Commissione. Alla struttura attuale⁷³, viene preferita una base dati centrale in cui le informazioni (segnalazioni e altri dati complementari) sarebbero introdotte direttamente tramite interfacce nazionali.

Infine, appare altrettanto indicativa degli aspetti paradossali creati dalla divisione dello SLSG in due regimi distinti la vicenda giuridica dell'atto denominato SIRENE⁷⁴. Si tratta di un atto giuridico atipico dell'*acquis* di Schengen (titolo VI TUE)⁷⁵ che comprende, al tempo stesso, norme di carattere legislativo ed esecutivo⁷⁶; è rimasto un atto segreto, sino all'adozione della decisione del

⁶⁸ In futuro, un'agenzia comunitaria dovrebbe essere responsabile della gestione di tutti i sistemi informatici su larga scala istituiti per lo SLSG, anche per Eurodac, attualmente gestito dalla Commissione, e per il VIS.

⁶⁹ A riguardo, vale la pena di ricordare che l'*acquis* di Schengen e il suo sviluppo hanno introdotto un limite fondamentale alla competenza degli Stati membri sia per la concessione dei visti che dei permessi di soggiorno, a seguito dell'introduzione nel Sistema di Schengen della segnalazione di uno straniero ai fini della non ammissione (art. 96 CAS). La decisione di uno Stato membro può essere fondata anche sulla circostanza che la presenza dello straniero nel territorio nazionale possa costituire una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica. Le altre parti contraenti possono derogarvi soltanto in presenza di seri motivi.

⁷⁰ Regolamento (CE) n. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006 sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), *GUUE* L 381, 28 dicembre 2006, p. 4.

⁷¹ Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen, firmata il 19 giugno 1990, entrata in vigore nel 1995, a completamento dell'Accordo firmato il 14 giugno 1985.

⁷² Cfr. *GUUE* L 205, 7 agosto 2007, p. 63.

⁷³ Basata sui sistemi nazionali (N-SIS) e su un'unità centrale di supporto tecnico con sede a Strasburgo che contiene le stesse informazioni dei sistemi nazionali.

⁷⁴ Il Manuale SIRENE prevede, in caso di risposta positiva ad un'interrogazione del SIS, procedure per la trasmissione di informazioni complementari per lo svolgimento delle azioni conseguenti di polizia. Ai compiti tecnici degli uffici nazionali del SIS si collegano i compiti di polizia delle autorità nazionali denominate SIRENE in caso di segnalazioni su persona sottoposta a un controllo o sulla quale viene avviata una procedura di ricerca.

⁷⁵ Come tutti gli atti dell'*acquis* di Schengen per i quali non è stata decisa una base giuridica nel diritto comunitario o dell'Unione, questo atto giuridico segreto rientrava nell'ambito di applicazione del titolo VI TUE e poteva essere modificato solamente con le relative procedure decisionali.

⁷⁶ Il Manuale e le Autorità nazionali SIRENE sono oggetto della cooperazione rafforzata Schengen. Anche se non previsto dalla CAAS, il Manuale SIRENE adottato e segreto nel 1993 (*Acquis* di Schengen – Decisione del Comitato esecutivo del 14 dicembre 1993 riguardante la riservatezza di determinati documenti (SCH/Com-ex(93)22 riv.), *GUCE* L 239, 22 settembre 2000, p. 12) è stato consolidato dal Comitato esecutivo, con decisione 28 aprile 1999 (SCH/Com-ex(99)5) e riguarda il funzionamento di una procedura per consentire, in caso di risposta positiva

Consiglio del 2002 che ha stabilito la de-classificazione di alcune sue parti e disposto la sua parziale pubblicazione. Ora, il Consiglio ha adottato due atti paralleli (un regolamento e una decisione)⁷⁷, con l'esclusiva finalità di consentire la successiva adozione di misure a livello esecutivo. I due atti legislativi consentono una delegificazione del Manuale e l'adozione successiva di due decisioni (una per ciascun pilastro) a carattere esecutivo della Commissione, che hanno potuto modificare il Manuale SIRENE, grazie ad un identico Allegato contenente la sua nuova versione emendata. Non ci sembra sia necessario formulare alcun commento a riguardo di una procedura giuridica così "pirotecnica".

4. Come abbiamo visto, una specificità dello SLSG è rappresentata dallo sviluppo crescente della attività operativa al suo interno e, pertanto, delle misure esecutivo-amministrative. Nel titolo VI TUE, il ruolo esecutivo non è attribuito alla Commissione⁷⁸, secondo i principi della comitologia validi nel diritto comunitario⁷⁹. Il livello operativo è svolto da numerose Agenzie, quali Europol, Eurojust, Frontex, OLAF. La questione della *giurisdizione* nel titolo VI TUE si pone pertanto non solo nei confronti degli atti di tipo legislativo del Consiglio, ma anche di quelli adottati da questi organismi, che sono dotati di personalità giuridica e sostenuti in linea di massima dal bilancio comunitario⁸⁰.

Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale sugli atti Europol⁸¹, è in vigore il Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale da parte della Corte di giustizia della Convenzione che istituisce l'Ufficio⁸². Anche quando

ad un'interrogazione del SIS, la trasmissione di informazioni complementari per lo svolgimento delle conseguenti azioni di polizia. A seguito della decisione del Consiglio del 14 ottobre 2002, 2003/19/CE, relativa alla declassificazione di talune parti (*GUCE* L 8, 14 gennaio 2003, p. 34), si è proceduto alla sua pubblicazione (*GUUE* C 38, 17 febbraio 2003, p. 1).

⁷⁷ Decisione 2004/201/GAI del Consiglio e regolamento (CE) n. 378/2004 del Consiglio, entrambe del 19 febbraio 2004, sulle procedure di modifica del Manuale SIRENE (*GUUE* L 64, 24 marzo 2004, p. 45 e p. 5).

⁷⁸ Risulta dall'art. 41 TUE che non prevede l'applicabilità al titolo VI TUE degli articoli 201 e 211 TCE.

⁷⁹ Ci sia consentito rinviare al nostro, *Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in questa *Rivista*, 2006, p. 505 ss.

⁸⁰ Salvo che il Consiglio deliberando all'unanimità, decida altrimenti, v. art. 41, par. 2 (spese amministrative) e par. 3 (spese operative) TUE.

⁸¹ V. Convenzione Europol, *GUCE* C 316, 1995, p. 1. Per la proposta v. COM(2006)817 def., del 20 dicembre 2006, proposta di decisione del Consiglio che istituisce l'Ufficio europeo di polizia (Europol); cfr. anche la posizione del Parlamento europeo (P5-TA(2002)0269), Futuro sviluppo di Europol, Raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio sul futuro sviluppo di Europol e la sua integrazione a pieno titolo nel sistema istituzionale dell'Unione europea, in cui il Parlamento respinge la modifica della Convenzione Europol e dei suoi protocolli, proponendo la sostituzione della Convenzione con una decisione sulla base dell'art. 34 TUE. Su Europol, v. R. DI FABIO, *Il ruolo dell'Europol nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *CI*, 2005, p. 677 ss.; I. INGRAVALLO, *Europol e le prospettive di rafforzamento del suo ruolo*, in G. CARELLA (a cura di), *Quaderni del dottorato di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea*, 2006, Bari, 2007, p. 307 ss.

⁸² V. Protocollo concluso in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, della

Europol opera con proprie squadre investigative o con operazioni congiunte negli Stati membri, le misure restrittive vengono applicate esclusivamente dalle autorità nazionali. La sostituzione della *convenzione istitutiva* con una *decisione* del Consiglio⁸³ avrebbe oggi l'effetto di integrare Europol nel titolo VI TUE. Tra le altre conseguenze che ne deriverebbero, gli atti verrebbero adottati dal Consiglio a maggioranza qualificata⁸⁴ e il Parlamento dovrebbe essere consultato per tutte le misure di applicazione definite dal Consiglio (art. 39 TUE). È tuttavia probabile ormai che questa fase di trasferimento di Europol all'interno del titolo VI TUE sia omessa e che la struttura, il funzionamento, la sfera d'azione e i compiti di Europol siano quelli risultanti dall'integrazione nel Trattato sul funzionamento dell'Unione, così come già previsto nel Trattato-Costituzione (art. III-276).

Per quanto riguarda l'attività di Eurojust per il coordinamento delle attività di indagine e delle azioni penali degli Stati membri⁸⁵, la decisione istitutiva è fondata sul titolo VI TUE⁸⁶. Nella sentenza *Eurojust* del 15 marzo 2005, la Corte di giustizia dichiara l'irricevibilità del ricorso di annullamento dei bandi di ricerca del personale perché non rientrano nella tipologia di atti previsti nella tipologia di competenza giurisdizionale comunitaria (art. 230 TCE), indicata come base del ricorso dello Stato spagnolo; non si pronuncia sulla classificazione dei suddetti atti nell'ambito del titolo VI TUE⁸⁷. Poiché la decisione istitutiva di Eurojust rinvia allo statuto comunitario del personale, i candidati avrebbero potuto sottoporre la questione al giudice comunitario con un'altra procedura (art. 91 dello Statuto del personale)⁸⁸. In quel contesto, uno Stato membro può eventualmente svolgere un intervento a sostegno ed è legittimato ad un ricorso contro la sentenza del Tribunale della funzione pubblica. Pertanto, nel caso di specie, non difettava del tutto un titolo di ricorso giurisdizionale.

convenzione che istituisce un Ufficio europeo di polizia, *GUCE C 299*, 9 ottobre 1996, p. 2.

⁸³ Basata sull'art. 34, par. 2, lett. c) TUE.

⁸⁴ Si tratterebbe di misure esecutive *ex art.* 34, par. 2, lett. c), ultima frase TUE.

⁸⁵ V. decisione del Consiglio del 28 febbraio 2002, 2002/187/GAI, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, *GUCE L 63*, 6 marzo 2002, p. 1. Cfr. F. DEHOUSSE, J. G. MARTINEZ, "Eurojust" et la coopération judiciaire pénale, in *J. trib. Droit européen*, 2004, p. 161 ss.; E. ZANETTI (a cura di), *Eurojust e l'ordinamento italiano*, Milano, 2006.

⁸⁶ Cfr. gli articoli 31 e 34, par. 2, lett. c) TUE. L'autonomia finanziaria, sulla base del bilancio comunitario copre tutte le spese operative (art. 41, par. 3 TUE). L'obiettivo del coordinamento delle attività investigative si accompagna con la centralizzazione di determinati poteri e funzioni. A livello collegiale o monocratico dei singoli magistrati nazionali interessati, Eurojust ha il potere di rivolgersi alle competenti autorità degli Stati membri per diversi motivi. La competenza *ratione materiae*, simile a quella di Europol, comprende indagini ed azioni penali di carattere transnazionale relative a forme gravi di criminalità organizzata. Ai magistrati distaccati da ciascuno Stato membro viene attribuita la titolarità di poteri individuali, la cui natura ed estensione viene definita dall'ordinamento nazionale dello Stato di appartenenza.

⁸⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2005, causa C-160/03, *Spagna c. Eurojust*, *Raccolta*, p. I-2077, punto 38.

⁸⁸ V. regolamento (CEE, Euratom) n. 259/686 del Consiglio, del 29 febbraio 1968, *GUCE L 56*, 4 marzo 1968, p. 1, modificato da ultimo dal regolamento (CE, Euratom) n. 723/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004, *GUUE L 124*, 27 aprile 2004, p. 1.

Sempre nello stesso caso *Eurojust*, vale la pena di mettere nella dovuta evidenza le conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, che esplicita per la prima volta la concettualizzazione del percorso che la Corte di giustizia seguirà per accrescere la tutela giurisdizionale nel titolo VI TUE⁸⁹. L'Avvocato generale ritiene l'attività di Eurojust completamente inserita nel titolo VI e giustificata la mancata previsione di rimedi giurisdizionali a riguardo, perché questo organismo è privo in linea di principio di un potere normativo o decisionale ed ha un ruolo solo di carattere operativo⁹⁰. L'obiettivo di riconoscere rimedi giurisdizionali effettivi viene presentato come un aspetto di una "Unione fondata sul diritto": gli atti delle Agenzie come Eurojust (e delle istituzioni) devono essere soggetti in ogni caso al controllo giurisdizionale, se destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi⁹¹. Tuttavia, anche se i principi di legalità e di effettivo controllo giurisdizionale, caratteristici del diritto comunitario, devono "prevalere anche nell'ambito di un'Unione di diritto", non ne consegue *ipso facto* che le modalità di controllo giurisdizionale siano identiche. Anche nel regime speciale del titolo VI TUE si dovrebbero applicare i principi *soggettivi* della legittimazione ad agire ed *oggettivi* sull'impugnabilità degli atti, secondo la giurisprudenza comunitaria. Se vi sono ostacoli ad ampliare il ricorso agli individui, considerati i limiti previsti dall'art. 35 TCE, il ricorso di annullamento potrebbe comunque essere diretto nei confronti di tutti gli atti che producono effetti giuridici, qualunque sia la loro natura, la loro forma o il loro autore⁹².

In relazione all'attività di OLAF, organismo comunitario che opera anche sulla base del titolo VI, ciascuno Stato membro può, tramite una dichiarazione presentata all'atto della firma del pertinente protocollo o in qualsiasi altro momento successivo a detta firma, accettare la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, che il primo protocollo aggiuntivo consente di riservare ai giudici ultima istanza (par. 2, lett. a) oppure di riconoscere a tutti (par. 2, lett. b)⁹³.

⁸⁹ Molto esplicita appare la seguente affermazione a riguardo: "Dall'altro, mi sembra che niente osti, attualmente, a che il regime della Comunità di diritto e le garanzie che ne derivano siano estesi all'ambito dell'Unione europea. Nell'ambito dell'art. 220 CE, la Corte di giustizia concepisce il proprio compito nel senso di garantire il rispetto del diritto secondo i criteri della Comunità di diritto", punto 17.

⁹⁰ Nel caso di specie si trattava però di bandi di gara per assunzioni che determinavano l'esercizio di un'attività decisionale.

⁹¹ "La Comunità è una comunità di diritto nella quale le relative istituzioni sono soggette al controllo giurisdizionale", sentenza *UPA*, cit., punto 38.

⁹² Tali principi giurisprudenziali devono manifestamente valere nell'ambito dell'Unione. L'art. 35 TUE dev'essere interpretato nel senso che concede a taluni ricorrenti la possibilità di chiedere l'annullamento di qualsiasi provvedimento adottato nell'ambito del titolo VI produttivo di effetti giuridici nei confronti di terzi. A mio parere, "l'idea stessa della legalità", quale principio cardine nel sistema di una Unione di diritto, impone tale conclusione.

⁹³ Protocollo concluso in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, *GUCE C*

Nell'ambito della *cooperazione per la gestione delle frontiere*, non vi è alcun riferimento alla giurisdizione comunitaria sugli atti degli organismi competenti, ma si deve ritenere che la competenza della Corte di giustizia derivi dalla base giuridica comunitaria su cui questa attività è fondata. Per quanto riguarda Frontex (Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere)⁹⁴, si tratta di un organismo di diritto comunitario nell'ambito dello sviluppo di Schengen⁹⁵ dotato di personalità giuridica, che svolge funzione di coordinamento in situazioni d'emergenza, operazioni di rimpatrio congiunto, di previsione dei rischi e formazione tramite progetti pilota e operazioni congiunte. L'unica norma che prevede una competenza della Corte di giustizia è quella relativa alla responsabilità extracontrattuale per i danni causati dai suoi servizi o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni (art. 19, par. 3 Atto istitutivo). Nello stesso ambito della cooperazione Frontex, il regolamento RABIT⁹⁶ istituisce un meccanismo per la creazione di squadre di intervento in supporto alle forze di polizia nazionali per il contrasto all'immigrazione clandestina. Le istruzioni sono impartite dallo Stato membro ospitante e i membri delle squadre vengono assimilati agli agenti dello Stato membro ospitante per quanto attiene i reati penali che potrebbero commettere o di cui potrebbero essere vittime (art. 11 Atto istitutivo). Gli agenti potranno portare armi al seguito e, se necessario, usare la forza su autorizzazione (art. 6, paragrafi 5 e 6 Atto istitutivo)⁹⁷.

Infine, appare sorprendente la divergenza di posizioni tra gli Stati membri persino sulla competenza consultiva dell'*Agenzia sui diritti fondamentali*

151, 20 maggio 1997, p. 2 ss. L'atto è entrato in vigore il 17 ottobre 2002, ma non per tutti i nuovi Stati membri (v. informazioni *on line* nel sito dell'UE).

⁹⁴ L'Agenzia Frontex è stata istituita dal regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004 che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (*GUUE* L 349, 25 novembre 2004, p. 1); è operativa dal maggio 2005.

⁹⁵ Regno Unito e Irlanda del Nord sono esclusi dall'Atto istitutivo di Frontex, in quanto misura della cooperazione rafforzata di Schengen. Secondo il Mandato CIG 2007, il nuovo protocollo relativo alla posizione del Regno Unito "potrà consolidare anche le misure fondate su Schengen e emendamenti alle misure esistenti". Il Regno Unito sostiene la differenziazione tra due tipi di misure che si basano sull'*acquis* di Schengen: misure integralmente a titolo dell'*acquis* di Schengen (Schengen *integral measures*) e misure connesse all'*acquis* di Schengen (Schengen *linked measures*), v. ricorso *Regno Unito c. Consiglio*, causa C-77/05, per annullamento del Regolamento (CE) del Consiglio del 26 ottobre 2004, n. 2007. Analogo ricorso di annullamento (causa C-137/05) riguarda il regolamento del Consiglio del 13 dicembre 2004, n. 2252, relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri (*GUUE* L 385, 29 dicembre 2004, p. 1).

⁹⁶ Acronimo di Rapid Border Intervention Teams. V. regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un meccanismo per la creazione di squadre di intervento e modifica il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati (non ancora pubblicato in *GUUE*).

⁹⁷ "Soltanto se autorizzati dallo Stato membro di origine e dallo Stato membro ospitante, in presenza delle guardie di frontiera di quest'ultimo Stato e conformemente alla sua legislazione nazionale" (par. 6).

rispetto alle attività del titolo VI TUE. L’Agenzia ha competenza sul monitoraggio dell’applicazione dei diritti umani e consulenza per l’attuazione delle politiche e del diritto dell’Unione europea, nonché per lo sviluppo dell’attività legislativa comunitaria. La Commissione e il Parlamento avevano sostenuto la posizione favorevole ad una competenza allargata al titolo VI TUE⁹⁸. La decisione del Consiglio ha limitato il campo di applicazione della sua attività al diritto comunitario⁹⁹.

Come abbiamo visto, esiste attualmente una certa incongruenza tra gli atti istitutivi delle Agenzie comunitarie¹⁰⁰, specie di quelle collegate alla base giuridica del titolo VI. Nel futuro, il Trattato di Riforma prevederà il principio generale del controllo di legittimità sui loro atti, quando siano destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi¹⁰¹. Gli atti istitutivi di tali organismi potranno prevedere condizioni e modalità specifiche per i ricorsi delle persone fisiche (art. III-365, paragrafi 1, ult. frase, e 5).

⁹⁸ V. COM(2005)280, del 30 giugno 2005, proposta della Commissione di decisione del Consiglio che conferisce all’Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali il potere di svolgere le proprie attività nelle materie indicate nel titolo VI del trattato sull’Unione europea, e posizione del Parlamento europeo, A6-0282/2006 fin., del 18 settembre 2006, relazione sulla proposta di decisione del Consiglio che conferisce all’Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali il potere di svolgere le proprie attività nelle materie indicate nel titolo VI del trattato sull’Unione europea, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, relatrice Kósáné Kovács.

⁹⁹ V. dichiarazione del Consiglio sulla consultazione dell’Agenzia nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale che “ritiene che le istituzioni dell’Unione possano, nell’ambito del processo legislativo e nel rispetto dei rispettivi poteri, beneficiare ognuna, se del caso e su base volontaria, di tali competenze anche nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e ritiene che tali competenze generali possano essere utili anche agli Stati membri che desiderino avvalersene nel corso dell’attuazione di atti legislativi dell’Unione in detto settore”. In senso contrapposto le due dichiarazioni dei Paesi Bassi (contraria) e dell’Italia (favorevole), v. Addendum al Progetto di Processo Verbale della 2781a Sessione del Consiglio GAI, 15 febbraio 2007, Doc. 6396/07 ADD 1, 27 febbraio 2007.

¹⁰⁰ La Convenzione europea ha esaminato alcuni casi: il regolamento (CE) n. 1035/97 del Consiglio, del 2 giugno 1997, che istituisce un Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia (articolo 15), *GUCE* L 151, 10 giugno 1997, p. 1 ss., prevede una competenza giurisdizionale del tutto simile a quella dell’art. 230 TCE; il regolamento (CE) n. 2062/94 del Consiglio, del 18 luglio 1994, relativo all’istituzione di un’Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro (art. 22) attribuisce una competenza di controllo e ricorso sulla legittimità alla Commissione, *GUCE* L 216, 20 agosto 1994, p. 1 ss., la cui decisione può evidentemente essere oggetto di un ricorso di annullamento; il regolamento (CE) n. 1406/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2002, che istituisce un’Agenzia europea per la sicurezza marittima non ha invece alcuna norma a riguardo, *GUCE* L 208, 5 agosto 2002. Pertanto, la Convenzione ha proposto di prevedere un controllo giurisdizionale sugli atti delle Agenzie che abbiano le caratteristiche di un atto giuridico. L’atto che istituisce l’agenzia potrebbe peraltro precisare modalità specifiche per l’esercizio del controllo dell’agenzia (per es. richiedere che la questione sia prima sottoposta ad una decisione della Commissione). V. Convenzione europea, Working Document n. 8, 10 marzo 2003, p. 7 s.

¹⁰¹ V. art. III-365, par. 5 Trattato-Costituzione.

5. Il contributo della Corte di giustizia alla creazione di una “Unione di diritto” nello SLSG rappresenta uno degli elementi più significativi dei suoi recenti sviluppi giurisprudenziali¹⁰².

Nella sentenza *Pupino*, la Corte di giustizia ritiene che, in forza del richiamo operato dall'art. 46, lett. b) TUE, il regime della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia (art. 234 TCE) “è destinato” ad applicarsi al titolo VI TUE ai sensi e secondo le condizioni previste dall'art. 35 TUE¹⁰³. Oltre a richiamare la coerenza e unitarietà del quadro istituzionale dell'Unione europea¹⁰⁴, la Corte ritiene ammissibile il ricorso a strumenti giuridici che comportano effetti analoghi a quelli previsti dal Trattato CE, al fine di contribuire efficacemente al perseguimento degli obiettivi dell'Unione. Il riferimento non è però all'art. 10 TCE in quanto tale, ma all'adempimento della missione dell'Unione, che non può non avere che “effetti analoghi” a quelli del Trattato CE¹⁰⁵. Sarebbe difficile per l'Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il principio di leale cooperazione non si imponesse anche nell'ambito del titolo VI TUE, che è del resto “interamente fondata sulla cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni”, secondo le conclusioni dell'Avvocato generale¹⁰⁶. Il TUE definisce le decisioni quadro in modo identico alle direttive¹⁰⁷, ad eccezione degli effetti diretti. La Corte estende pertanto il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto dell'Unione, così come previsto dalla giurisprudenza nell'ambito del diritto comunitario¹⁰⁸. Altrimenti, la competenza pregiudiziale nel titolo VI,

¹⁰² Il contributo della Corte di giustizia è venuto, sinora, da due ricorsi per annullamento: sentenza *Spagna c. Eurojust*, cit. e sentenza del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio* “Protezione dell'ambiente-Sanzioni penali”, *Raccolta*, p. I-7879 (un terzo caso è in attesa di decisione, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio* “Inquinamento da navi” e le conclusioni dell'Avvocato generale Mazák sono state presentate il 28 giugno 2007); da tre ricorsi per interpretazione pregiudiziale: sentenza *Pupino*, cit., e sentenze del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld (VZW)* (non ancora pubblicata) e del 28 giugno 2007, causa C-467/05, *Dell'Orto* (non ancora pubblicata). Per un quadro generale della giurisprudenza, v. H. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union européenne dans l'espace de liberté, sécurité et justice*, in *RTDE*, 2006, p. 1 ss.; S. PEERS, *Salvation Outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments*, in *CML Rev.*, 2007, p. 886 ss.

¹⁰³ Sentenza *Pupino*, cit., punti 19 e 28.

¹⁰⁴ *Ibidem*, punto 41.

¹⁰⁵ *Ibidem*. Secondo la Corte di giustizia, “è perfettamente comprensibile che gli autori del trattato sull'Unione europea abbiano ritenuto utile prevedere, nell'ambito del titolo VI di tale trattato, il ricorso a strumenti giuridici che comportano effetti analoghi a quelli previsti dal trattato CE, al fine di contribuire efficacemente al perseguimento degli obiettivi dell'Unione” (punto 42).

¹⁰⁶ Al punto 26 delle sue conclusioni, cui la Corte di giustizia si richiama, l'Avvocato generale afferma: “la cooperazione leale degli Stati membri e delle istituzioni è (...) oggetto centrale del titolo VI (...) e si ritrova nel titolo – Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – e in quasi tutti gli articoli”.

¹⁰⁷ Cfr. articoli 34, par. 2, lett. b) TUE e 249, par. 3 TCE.

¹⁰⁸ Il carattere vincolante delle decisioni quadro, identico all'art. 249 TCE, “comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale” (sentenza *Pupino*, cit., punto 34). Questa conclusione non va esclusa solo

già limitata *per sé*, sarebbe privata dell'aspetto essenziale del suo "effetto utile"¹⁰⁹. Infatti, negare l'obbligo di interpretazione conforme equivarrebbe a rendere impossibile la verifica dell'inadempienza degli Stati membri nell'attuazione delle decisioni quadro, considerata l'assenza della procedura di infrazione. La Corte di giustizia ritiene inoltre applicabili i principi elaborati dalla giurisprudenza sull'art. 234 TCE, quali, ad esempio, la definizione del giudice per le indagini preliminari *de quo* come "giurisdizione di uno Stato membro"¹¹⁰ o la condizione di ricevibilità che il giudice nazionale ritenga necessaria una decisione su tale punto per emanare la sua sentenza¹¹¹.

Sul criterio di salvaguardia delle competenze comunitarie nell'esercizio di quelle di diritto dell'Unione¹¹² sono particolarmente rilevanti le argomentazioni della sentenza *reati ambientali*¹¹³. In questa sentenza la Corte di giustizia

perché la giurisdizione della Corte di giustizia nel titolo VI TUE è meno estesa di quella del primo o per "il fatto che non esista un sistema completo di rimedi giuridici e di procedure destinato ad assicurare la legittimità degli atti delle istituzioni" nel titolo VI TUE (*ibidem*, punto 35).

¹⁰⁹ "Tale competenza sarebbe privata dell'aspetto essenziale del suo effetto utile se i singoli non avessero il diritto di far valere le decisioni quadro al fine di ottenere un'interpretazione conforme del diritto nazionale dinanzi ai giudici degli Stati membri" (sentenza *Pupino*, cit., punto 38).

¹¹⁰ *Ibidem*, punto 22.

¹¹¹ *Ibidem*, punto 29.

¹¹² V. per prima la sentenza del 12 maggio 1998, *Commissione c. Consiglio*, cit., punto 17: la Corte di giustizia si dichiara "competente ad esaminare il contenuto dell'atto alla luce dell'art. 100 C del Trattato CE per verificare che esso non pregiudichi le competenze attribuite alla Comunità da questa disposizione e per annullarlo qualora risultasse che esso avrebbe dovuto essere basato su detto articolo", cfr. C. NOVI, *La competenza della Corte di giustizia in materia di atti contemplati dal titolo VI del Trattato UE*, in *DCSI*, 1998, p. 399 ss.

¹¹³ V. sentenza del 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, cit. La Corte di giustizia ha annullato la decisione quadro del Consiglio (2003/80/GAI) relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale perché in violazione delle competenze comunitarie, pur ribadendo che "in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di in procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità". Per un commento, v. A. MIGNOLLI, *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in questa *Rivista*, 2006, p. 327 ss.; C. MOAL-NUYTS, *L'affaire des sanctions pénales en matière d'environnement: le choc des piliers*, in *RDIDC*, 2006, p. 249 ss.; C. TOBLER, in *CML Rev.*, 2006, p. 835 ss.; C. HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, in *RTDE*, 2006, p. 377 ss.; L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il "caso" dell'inquinamento provocato da navi*, in *DUE*, 2006, p. 769 ss. La Commissione ha subito esaltato le conseguenze della sentenza con una comunicazione che sembra superare largamente le indicazioni della sentenza, v. COM(2005)583 def., del 23 novembre 2005, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza della Corte di giustizia, 13 settembre 2005 (causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*).

Nel Consiglio persiste una forte opposizione al principio che gli atti comunitari possono contenere anche aspetti relativi all'armonizzazione delle sanzioni, come risulta dall'intervento di venti Stati membri nel ricorso della Commissione contro il Consiglio, proposto l'8 dicembre 2005 in causa C-440/05, ai sensi dell'art. 35, par. 6 TUE, per l'annullamento della decisione quadro 2005/667/GAI del Consiglio del 12 luglio 2005 intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, *GUUE* L 255, 30 settembre 2005, p. 164. Si trattava dell'unico atto, tra quelli interessati dalla decisione della Corte di giustizia, per cui non era scaduto il termine di due mesi dalla adozione per proporre il ricorso per annullamento.

afferma, sulla base degli articoli 47 e 29, 1° comma TUE, la propria competenza a vigilare affinché gli atti che il Consiglio considera rientrare nel titolo VI non sconfinino nelle competenze che le disposizioni del Trattato CE attribuiscono alla Comunità¹¹⁴. Secondo le recenti conclusioni dell'Avvocato generale Mazák presentate il 28 giugno 2007 sul ricorso della Commissione per annullamento della decisione quadro 2005/667/GAI sull'inquinamento provocato dalle navi¹¹⁵, il metodo per determinare la sussistenza di violazioni al principio della prevalenza del diritto comunitario riguarda la potenziale applicabilità di basi giuridiche del TCE rispetto agli atti adottati nel quadro del diritto dell'Unione¹¹⁶. Inoltre, il Consiglio dovrebbe scegliere la base giuridica comunitaria al posto di quella dell'Unione, senza preoccuparsi dell'avvenuto esercizio di competenze comunitaria in quel settore¹¹⁷.

Nella sentenza *Advocaten* del 3 maggio 2007¹¹⁸, la Corte di giustizia dichiara che la decisione quadro sul mandato di arresto europeo¹¹⁹ non intende armonizzare i sistemi penali degli Stati membri, ma si limita al ravvicinamento delle loro disposizioni legislative e regolamentari relative alla cooperazione giudiziaria in materia penale e, più nello specifico, delle norme relative alle condizioni, alle procedure e agli effetti della consegna tra autorità nazionali; afferma la validità/legittimità della *decisione quadro*¹²⁰. Il titolo VI TUE non opera una distinzione degli atti in relazione alla loro funzione, fatti salvi i limiti imposti dalla natura dello strumento prescelto: le decisioni quadro promuovono il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri mentre le decisioni possono avere qualsiasi altro scopo coerente, ad esclusione di “qualsiasi ravvicinamento”.

Nella sentenza *Dell'Orto* del 28 giugno 2007, la Corte di giustizia dichiara non rilevante, ai fini della ricevibilità, la circostanza che la domanda sia stata proposta ai sensi dell'art. 234 TCE, anche se la causa principale riguardava l'interpretazione di una *decisione quadro* sulla restituzione alla parte lesa dei beni

¹¹⁴ Punto 39. La Corte di giustizia ha riconosciuto la tesi della Commissione, per cui nell'ambito delle competenze attribuite, la Comunità ha facoltà di obbligare uno Stato membro ad imporre sanzioni a livello nazionale, se del caso anche penali, per il raggiungimento di un obiettivo comunitario. Si tratta di una competenza che viene dichiarata dalla Corte di giustizia come strettamente funzionale alla realizzazione degli obiettivi primari comunitari.

¹¹⁵ Conclusioni nella causa C-440/05, “Inquinamento da navi”, cit.

¹¹⁶ *Ibidem*, punto 52.

¹¹⁷ L'entrata in vigore del Trattato di Riforma dovrebbe risolvere la questione per gli atti successivi alla sua entrata in vigore.

¹¹⁸ Sentenza *VZW*, cit.

¹¹⁹ A. LANG, *Il mandato d'arresto europeo nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 19 ss.; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *DUE*, 2005, p. 21 ss. e p. 203 ss.

¹²⁰ Sono note le posizioni di alcune corti costituzionali degli Stati membri, v. COM(2007)407 def., dell'11 luglio 2007, relazione della Commissione sull'attuazione, dal 2005, della decisione-quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna fra Stati membri, p. 5.

sequestrati (“vittima”) alla luce dei principi della *direttiva comunitaria* relativa all’indennizzo civile delle vittime di un reato¹²¹. La Corte di giustizia non ritiene rilevante, ai fini della ricevibilità del ricorso, il fondamento giuridico proposto, anche se l’atto principale del giudizio *a quo* riguarda il titolo VI TUE. Non esclude che le disposizioni della direttiva in oggetto possano in qualche modo incidere sull’interpretazione delle disposizioni della decisione quadro, anche se non ritiene che, nel caso di specie, i due atti si trovino in un rapporto tale da imporre un’interpretazione unitaria della nozione di parte lesa (“vittima”)¹²². Così, applicando i principi della giurisprudenza in ambito comunitario, riconosce al giudice *a quo* la competenza a decidere sulla rilevanza dell’interpretazione richiesta, con l’unica limitazione della definizione del contesto di fatto e di diritto (o almeno l’ipotesi di fatto) su cui la questione viene fondata. In maniera più esplicita, l’Avvocato generale aveva sostenuto: “Pertanto, in linea di principio, anche le domande pregiudiziali sul diritto dell’Unione – ai sensi dell’art. 35 UE – sono domande a norma dell’art. 234 CE. Ai fini della ricevibilità della domanda non può essere determinante in che misura il giudice nazionale menzioni espressamente queste disposizioni”¹²³.

6. Com’è noto, sulle basi giuridiche e le modalità di applicazione dei provvedimenti restrittivi nei confronti di individui sospettati di terrorismo esiste ormai un’importante giurisprudenza comunitaria che riguarda le questioni del diritto di difesa, dell’obbligo di motivazione, del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un equo processo, ma che, soprattutto sottolinea la difficile affermazione di una “Unione di diritto” nella cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia¹²⁴.

¹²¹ La direttiva 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa all’indennizzo delle vittime di reati, *GUUE* L 261, 6 agosto 2004, p. 15, stabilisce l’obbligo per gli Stati membri di prevedere nelle loro normative nazionali un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, accessibile indipendentemente dal luogo di commissione del reato e la creazione di un sistema di cooperazione tra autorità nazionali. La direttiva non è stata trasposta nell’ordinamento italiano, v. ricorso della Commissione per procedura di infrazione del 26 febbraio 2007, causa C-112/07, pendente.

¹²² Secondo la Corte di giustizia, la direttiva 2004/80/CE prevede un indennizzo unicamente nel caso di un reato intenzionale violento commesso in uno Stato membro diverso da quello in cui la vittima risiede abitualmente, mentre la decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, *GUUE* L 82, 6 agosto 2004, p. 1, riguarda i reati di false comunicazioni sociali, di appropriazione indebita aggravata e di illecito finanziamento ai partiti politici, commessi sostanzialmente sul territorio dello Stato membro di residenza della vittima.

¹²³ V. conclusioni dell’Avvocato generale Kokott in causa *Dell’Orto*, cit.

¹²⁴ Il Tribunale di prima istanza ha respinto i ricorsi contro provvedimenti restrittivi in materia di lotta al terrorismo nelle sentenze del 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Yusuf, Raccolta*, p. II-3533 (in appello causa C-415/05 P, pendente); del 21 settembre 2005, causa T-315/01, *Kadi, Raccolta*, p. II-3649 (in appello causa C-403/05 P, pendente); del 12 luglio 2006, causa T-253/02, *Ayadi*, non ancora pubblicata (in appello causa C-403/06 P, pendente); del 12 luglio 2006, causa

Un primo aspetto della giurisprudenza comunitaria in materia, così noto da meritare solo un breve richiamo, riguarda *i provvedimenti presi dal Consiglio dell'Unione europea in stretta attuazione delle decisioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite* e la questione della base giuridica del sistema integrato tra PESC¹²⁵ (art. 15 TUE) e i relativi atti applicativi del TCE. Al di fuori degli aspetti relativi al rapporto tra diritto delle Nazioni Unite e diritto dell'Unione europea, che esula dall'ambito di questo lavoro, può dirsi che, nelle ormai celebri sentenze *Kadi* e *Yusuf*¹²⁶, il Tribunale di prima istanza ha ritenuto legittime le basi giuridiche del regolamento sanzionatorio (combinato articoli 301, 60 e 308 TCE). L'espansione dell'ambito di applicazione dell'art. 301 TCE (interruzione totale o parziale delle relazioni economiche *con Stati terzi*) sarebbe legittima quando gli individui abbiano un rapporto diretto con uno Stato; a "sanare" una eventuale mancanza a riguardo potrebbe intervenire la base giuridica aggiuntiva dell'art. 308¹²⁷, giustificata alla luce dell'obbligo di coerenza previsto dall'art. 3 del Trattato UE. Si tratta di una linea interpretativa che viene sostenuta con una certa difficoltà sulla base di considerazioni sull'eccezionalità del caso e mitigata dall'affermazione che "l'Unione e la Comunità sono due ordinamenti distinti". Questa tendenza interpretativa viene confermata nella sentenza *Minin*¹²⁸, anche se nel caso di specie al regolamento sanzionatorio mancava la base giuridica dell'art. 308. In questo caso, il Tribunale di prima istanza statuisce che l'applicazione dell'art. 301 è legittima ogni qualvolta vi sia un rapporto tra uno Stato terzo e individui il cui comportamento possa, in qualche modo, "interferire con la vita politica" dello Stato.

Una situazione giuridica parzialmente diversa riguarda le ipotesi nelle quali il *Consiglio dell'Unione europea attua in autonomia e piena discrezionalità le*

T-49/04, *Hassan*, non ancora pubblicata (in appello causa C-399/06 P, pendente); del 31 gennaio 2007, causa T-362/04, *Minin*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

Il Tribunale di prima istanza ha invece annullato i provvedimenti restrittivi nelle sentenze del 12 dicembre 2006, causa T-228/02, *l'Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* (OMPI), non ancora pubblicata in *Raccolta*; così nelle due sentenze disponibili solo in lingua inglese e francese, al momento di chiusura di questo lavoro: sentenze dell'11 luglio 2007, causa T-47/03, *Sison* e causa T-327/03 *Stichting Al-Aqsa*.

¹²⁵ V. posizione comune del Consiglio del 27 maggio 2002 concernente misure restrittive nei confronti di Osama bin Laden, dei membri dell'Organizzazione Al-Qaida e dei Taliban e di altri individui, gruppi, imprese ed entità ad essi associate e che abroga le posizioni comuni 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC e 2001/771/PESC, *GUCE* L 139, 29 maggio 2002, p. 4 (modificata più volte e adottata sulla base del solo art. 15 TUE).

¹²⁶ Sentenze *Kadi*, cit., e *Yusuf*, cit. In dottrina, cfr. B. CONFORTI, *op. cit.*; C. TOMUSCHAT, in *CML Rev.*, 2006, p. 537 ss.

¹²⁷ Misure relative al congelamento di beni e capitali, sono previste dall'art. 301 TCE nell'ambito dei rapporti economici con Paesi terzi e prevedono una deliberazione del Consiglio a maggioranza qualificata su proposta della Commissione. Sulla stessa materia l'art. 60 TCE prevede la possibilità per il singolo Stato membro, "per gravi ragioni politiche e per motivi di urgenza", di adottare misure unilaterali, fatta salva la possibilità per il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, di ottenere la modifica o la revoca di tali misure.

¹²⁸ Sentenza *Minin*, cit.

*risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*¹²⁹. Così la posizione comune 931/2001/PESC del 27 dicembre 2001 relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo (adottata sulla base degli articoli 15 e 34 TUE). In questo ambito, la giurisprudenza comunitaria effettua una distinzione tra gli atti del Consiglio di sicurezza dell'ONU che non lasciano spazio discrezionale di attuazione alle autorità degli Stati membri e alle istituzioni comunitarie competenti, da un lato e, dall'altro, gli atti del Consiglio di sicurezza che invece lasciano le misure di attuazione alla discrezionalità di queste ultime autorità nazionali e istituzioni comunitarie. Nella sentenza *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran (OMPI)*, il Tribunale di prima istanza procede, per la prima volta, all'annullamento dei provvedimenti restrittivi nei confronti dei sospetti terroristi con specifici riferimenti al piano nazionale e comunitario. Per quanto riguarda le *giurisdizioni nazionali* e gli Stati membri, spetta a loro garantire la tutela giudiziale, relativa a qualsiasi provvedimento nazionale collegato "all'elaborazione o all'applicazione" di un atto dell'Unione europea (salve le limitazioni collegate all'esigenze di ordine pubblico, pubblica sicurezza e di cura delle relazioni internazionali) e consentire, se del caso, il risarcimento del danno. Il potere di pronunciarsi sulla regolarità del procedimento nazionale avviato nei confronti dei singoli spetta in via esclusiva ai giudici interni ed al sistema giurisdizionale CEDU. Sulla base del principio di leale cooperazione (art. 10 TCE), il Tribunale di prima istanza ritiene che il Consiglio debba rimettersi, per quanto possibile, alla valutazione dell'autorità nazionale competente, se si tratta di provvedimenti di un'autorità giudiziaria; altrimenti, le comunicazioni dei rappresentanti degli Stati membri devono, in linea di principio, essere valutate a livello comunitario¹³⁰. Per quanto attiene alla *giurisdizione comunitaria*, il diritto di difesa deve essere tutelato anche tramite la possibilità per il soggetto interessato di presentare al Consiglio le proprie argomentazioni¹³¹. Il controllo giurisdizionale sulla legalità del regolamento (CE) n. 2580/2001 del Consiglio del 27 dicembre 2001 e della decisione applicativa del Consiglio, deve limitarsi alla valutazione dei fatti, delle circostanze, degli elementi di prova e delle informazioni alla base del provvedimento, oltre che alla verifica di manifesti errori di valutazione e di sviamento di potere. Alla luce di questi elementi,

¹²⁹ Le procedure delle Nazioni Unite sono state introdotte nel 2002 e modificate nel 2006, v. risoluzioni 1452 del 20 dicembre 2002, 1730 del 19 dicembre 2006, 1735 del 22 dicembre 2006; cfr. Committee Guidelines in the amended version del 29 novembre 2006. Per alcune riflessioni cfr. I. CAMERON, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions, Report to the Council of Europe*, 6 febbraio 2006 (on line sul sito del Consiglio d'Europa); B. FASSBENDER, *Targeted Sanctions and Due Process, Study commissioned by the United Nations*, 20 marzo 2006 (on line sul sito delle Nazioni Unite).

¹³⁰ Sentenza *Segi*, cit., punti 170-171; v. anche sentenza *OMPI*, cit., punti 122-123.

¹³¹ Qualora la decisione del Consiglio sia basata, invece, su informazioni comunicate dai rappresentanti degli Stati, senza che vi sia stata la valutazione dell'autorità giudiziaria nazionale, tali elementi devono essere oggetto, a livello comunitario, di un'audizione e di una comunicazione. Gli elementi di prova inoltre devono essere comunicati contemporaneamente all'adozione delle misure di congelamento dei fondi, o subito dopo l'adozione della decisione iniziale.

gli atti in parola devono considerarsi privi di alcun procedimento di comunicazione degli elementi di prova e di audizione degli interessati. Pertanto, le limitazioni ai diritti della difesa degli interessati, rispetto all'accesso ai dossier che coinvolgono la sicurezza nazionale, devono essere bilanciate dal controllo del giudice comunitario. A quest'ultimo non si possono opporre né il segreto o la riservatezza degli elementi di prova e di informazione utilizzati dal Consiglio, né l'origine della decisione nazionale sulla quale si poggia la decisione a livello europeo. Pertanto, la decisione del Consiglio viene annullata per mancanza di motivazione, per violazione dei diritti di difesa e di un effettivo controllo giurisdizionale. La sentenza *OMPI* appare molto interessante anche per il fatto che riconosce una sorta di obbligo di protezione diplomatica dello Stato di origine o di residenza del privato colpito da misure restrittive¹³².

Una questione giuridica diversa, ma in qualche modo preliminare alla tutela del diritto di difesa, è quella del *diritto di accesso ai documenti* alla base dell'inclusione nella lista dei sospetti terroristi. In uno dei ricorsi presentati nel caso *Sison*¹³³, il Tribunale di prima istanza e la Corte di giustizia concordano nella valutazione che le istituzioni dispongono di un'ampia discrezionalità nella formulazione delle eccezioni relative all'interesse pubblico all'accesso ai documenti del Consiglio, che sono alla base dei provvedimenti restrittivi¹³⁴. Il controllo giurisdizionale comunitario deve pertanto limitarsi alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, dell'esattezza dei fatti materiali, nonché dell'assenza di errori manifesti o di sviamento di potere.

¹³² Sentenza *OMPI*, cit., punto 152: "(...) nell'ambito di un ricorso che deduca una violazione, da parte delle autorità nazionali competenti, del diritto degli interessati a domandare il riesame del loro caso al fine di ottenere la loro cancellazione dalla lista contestata, è compito del giudice nazionale applicare, in via di principio, il proprio diritto nazionale provvedendo al contempo che sia garantita la piena efficacia del diritto comunitario, il che può indurlo a disapplicare, ove occorre, una norma nazionale che vi si opponga (...) quale una norma che escludesse un controllo giurisdizionale sul rifiuto da parte delle autorità nazionali di agire *al fine di assicurare la protezione diplomatica dei propri cittadini*" (corsivo nostro). Si richiama in proposito una recente decisione del Tribunale di primo grado di Bruxelles che ha condannato lo Stato belga a richiedere, con procedura d'urgenza, al comitato per le sanzioni di cancellare il nome di due persone dalla lista contestata, v. sentenza del Tribunale di primo grado di Bruxelles dell'11 febbraio 2005, *Sayadi e Vinck c. Belgio*, citata nella sentenza *Ayadi*, cit., punto 150.

¹³³ Il ricorrente ha presentato diversi procedimenti distinti contro i provvedimenti restrittivi, esaminiamo qui quelli relativi alla specifica questione dell'accesso ai documenti del Consiglio, v. ordinanza del Presidente del Tribunale di primo grado del 15 maggio 2003, causa T-47/03 R, *Sison c. Consiglio dell'Unione europea*, *Raccolta*, p. II-2047; sentenza del Tribunale di primo grado del 26 aprile 2005, cause riunite T-110/03, T-150/03 e T-405/03, *Sison c. Consiglio dell'Unione europea*, *Raccolta*, p. II-1429, confermata in appello dalla Corte di giustizia sentenza del 1° febbraio 2007, causa C-266/05 P, *Sison*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹³⁴ Previste nel regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, *GUCE* L 145, 31 maggio 2001 (art. 4, par. 1, lett. a), secondo cui la consultazione deve essere infatti negata quando la divulgazione del documento in questione arrechi "pregiudizio" alla tutela dell'"interesse pubblico", con particolare attenzione alla "sicurezza pubblica" o alle "relazioni internazionali".

Alle istituzioni spetta solo fornire una motivazione che consenta di comprendere e verificare l'esigenza di tutela relativa a tale eccezione. In circostanze di particolare riservatezza¹³⁵ può essere adeguata persino una motivazione "breve e stereotipata", se non ostacola la comprensione né la verifica del ragionamento alla base della decisione¹³⁶.

Per quanto riguarda la *rappresentanza in giudizio*, la Corte di giustizia, nella *sentenza Ocalan*, pronunciandosi in appello su un provvedimento di irricevibilità del Presidente del Tribunale di prima istanza¹³⁷, ha affermato che le regole del processo comunitario¹³⁸ vanno adattate alle circostanze del caso di specie e che sarebbe un formalismo giuridico considerare irricevibile un ricorso solo in quanto proveniente da una organizzazione priva di personalità giuridica. Sarebbe paradossale che il legislatore comunitario potesse riconoscerle una soggettività al fine dell'applicazione di misure restrittive, ma non per proporre un ricorso a riguardo. Neanche la mancanza dell'indicazione, nella procura rilasciata agli avvocati, di un titolo di rappresentanza del ricorrente può essere *per sé* preclusiva della legittimazione ad agire. Il codice di deontologia professionale dell'avvocato difensore¹³⁹ può consentire di considerare le sue dichiarazioni sufficienti "nelle particolari circostanze del caso, per determinare che il ricorrente è qualificato per rappresentare il PKK, e in particolare per dare mandato ad avvocati per agire in nome di quest'ultimo"¹⁴⁰.

7. La giurisprudenza sin qui discussa afferma la giurisdizione comunitaria senza esitazione e in senso molto favorevole ai ricorrenti, quando l'esecuzione delle "posizioni comuni" si realizza tramite l'adozione di ulteriori atti comuni-

¹³⁵ La Corte, sostiene che "può essere impossibile indicare le ragioni che giustifichino la riservatezza di ciascun documento senza divulgare il contenuto di quest'ultimo e, pertanto, privare l'eccezione della sua finalità essenziale", sentenza *Sison*, cit., punto 17.

¹³⁶ *Ibidem*, punti da 60 a 63.

¹³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2007, causa C-229/05 P, *Ocalan per conto PKK e KNK*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, che annulla l'ordinanza di irricevibilità del Presidente del Tribunale del 15 febbraio 2005, causa T-229/02, *PKK e KNK*, *Raccolta*, p. II-539: "Infatti, la Comunità europea è una comunità di diritto, le cui istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti al Trattato CE e ai principi generali del diritto, tra i quali rientrano i diritti fondamentali. Pertanto, i singoli devono poter beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti loro dall'ordinamento giuridico comunitario, poiché il diritto a detta tutela fa parte dei principi generali del diritto che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" (punto 109).

¹³⁸ V. in particolare statuto della Corte di giustizia (art. 21) e regolamenti di procedura della Corte di giustizia (art. 38) e del Tribunale (art. 44).

¹³⁹ La Corte di giustizia rafforza il riconoscimento di quanto dichiarato dall'avvocato (si sarebbe recato in visita nella prigione turca in cui il ricorrente si trova), richiamando la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 maggio 2005, *Abdullah Ocalan c. Turchia*, nel cui procedimento il legale rappresentava lo stesso ricorrente, considerato comunemente ex capo del PKK e detenuto in Turchia dal 1999, sentenza della Corte di giustizia *Ocalan per conto PKK e KNK*, cit., punto 117.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

tari derivati o il compimento di misure esecutive. La situazione è certamente più complessa nelle situazioni in cui manchi un atto di esecuzione a livello nazionale¹⁴¹ o comunitario¹⁴². Occorre quindi valutare separatamente la specifica giurisprudenza comunitaria relativa ai provvedimenti del Consiglio dell'Unione europea, che prevedono che gli Stati membri prestino “la massima assistenza possibile” di polizia senza alcun provvedimento di congelamento dei beni (posizione comune 2001/931, art. 4)¹⁴³. Una siffatta norma produce l'effetto di includere la persona fisica o giuridica nella lista dei sospetti terroristi, crea discredito personale (eventualmente degli associati della persona giuridica) e determina azioni di sorveglianza specifica di polizia. Tuttavia, questa situazione non produce necessariamente atti formali di attuazione a livello nazionale o comunitario. In mancanza di siffatte misure, i soggetti interessati resterebbero privi di qualsiasi rimedio giurisdizionale, visto che le “posizioni comuni” alla base del meccanismo sanzionatorio non sono soggette, in quanto tali, alla competenza della Corte di giustizia (art. 35 TUE).

Non si può del resto sostenere che il richiamo ai principi comuni di diritto ed ai diritti fondamentali (articoli 6, par. 2 e 46, lett. d) TUE) offra un titolo di competenza giurisdizionale comunitaria supplementare¹⁴⁴. Infatti, il controllo giurisdizionale comunitario a riguardo è consentito solo nei casi in cui sia già prevista una competenza dai Trattati CE e UE (art. 46, lett. d) TUE). Ancorché nella sua configurazione giuridica di principio generale del diritto comunitario e di diritto fondamentale (art. 6, par. 2) sia applicabile dalla Corte di giustizia quale fonte di diritto, esso, tuttavia, “non può costituire di per sé un titolo di competenza comunitaria autonoma in un sistema giuridico basato sul principio delle competenze di attribuzione”¹⁴⁵. La circostanza che i ricorrenti possano non avere a disposizione alcuna tutela giurisdizionale effettiva è irrisolvibile per questa via.

Nelle ordinanze *Gestoras Pro Amnistía e Segi*, il Tribunale nega la ricevibilità dell'azione per risarcimento danni, perché non prevista nel titolo VI TUE,

¹⁴¹ Nel caso di misure di esecuzione a livello nazionale, gli individui avranno il potere di impugnazione al giudice nazionale, che avrà poi la facoltà (o l'obbligo) di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per un giudizio in merito all'interpretazione o alla validità dell'atto UE (art. 35, par. 1 TUE), se lo Stato del foro abbia accettato tale competenza con apposita dichiarazione e il livello di giurisdizione coinvolto sia quello ivi indicato.

¹⁴² Nel caso di misure di esecuzione a livello comunitario tramite decisioni del Consiglio sarà possibile presentare ricorso di legittimità (art. 230 TCE) e chiedere il risarcimento dei danni subiti (articoli 235 e 288, 2° comma TCE).

¹⁴³ “Gli Stati membri si prestano, nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale prevista dal titolo VI del trattato [UE], la massima assistenza possibile ai fini della prevenzione e della lotta contro gli atti terroristici. A questo scopo, per quanto riguarda le indagini e le azioni penali condotte dalle loro autorità nei confronti di persone, gruppi ed entità di cui all'allegato, essi si avvalgono appieno, su richiesta, dei poteri di cui dispongono in virtù di atti dell'Unione europea e di altri accordi, intese e convenzioni internazionali vincolanti per gli Stati membri”. (art. 4).

¹⁴⁴ Ordinanza *Segi*, cit., punto 45 (si veda anche il punto 37) e sentenza *OMPI*, cit., punto 53.

¹⁴⁵ A riguardo, v. ordinanza *Segi*, cit., che rinvia a sua volta alla sentenza *UPA*, cit., punti 44-45.

rinviano a tal fine agli ordinamenti nazionali¹⁴⁶. La Corte di giustizia nella sentenza *Segi* del 27 febbraio 2007, confermando la decisione di irricevibilità del Tribunale, dichiara che l'azione di risarcimento dei danni¹⁴⁷ non è prevista dal TUE¹⁴⁸: “se un sistema di rimedi giurisdizionali, in particolare un sistema di responsabilità extracontrattuale diverso da quello istituito dai Trattati, è sicuramente concepibile, spetta, all'occorrenza, agli Stati membri, in conformità all'art. 48 UE, riformare il sistema attualmente vigente”. La dichiarazione del Consiglio, allegata a verbale al momento dell'adozione della posizione comune in parola e relativa all'affermazione del diritto al risarcimento dei danni dei soggetti interessati¹⁴⁹, non è considerata atto idoneo a creare un “rimedio giuridico non previsto dai testi applicabili e non le si può quindi riconoscere alcuna portata giuridica”¹⁵⁰. Ai giudici nazionali spetta comunque l'obbligo di interpretare e applicare le norme nazionali in modo tale da consentire l'azione giudiziaria nei confronti degli atti nazionali di esecuzione e degli atti comunitari e le eventuali azioni di risarcimento danni¹⁵¹. Questa giurisprudenza mette in evidenza il ruolo fondamentale che i giudici nazionali nella loro veste di “giudici comunitari” svolgono ai fini del completamento delle lacune che presenta il sistema di tutela giurisdizionale predisposto dall'ordinamento europeo. Così i giudici comunitari contribuiscono alla costruzione di una “Unione di diritto” tramite il riconoscimento ai singoli del diritto fondamentale di ricorso al giudice nazionale per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dagli errori che le istituzioni comunitarie possono commettere in applicazione di misure restrittive in esecuzione di decisioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU. Sotto questo profilo assumerebbe

¹⁴⁶ Il Tribunale afferma in astratto la sua competenza in merito a un ricorso di risarcimento danni, anche se non previsto dell'art. 35 TUE, in caso di violazione delle competenze della Comunità da parte di un atto adottato nel quadro del titolo VI. Nel caso di specie, la scelta di fondare i provvedimenti di cui all'art. 4 della posizione comune n. 931/2001 sulla base del titolo VI TUE (art. 29) non è incompatibile con il sistema delle competenze comunitarie e per questa via non possono essere creati rimedi giurisdizionali rispetto all'iscrizione nell'elenco di terroristi o sospetti tali (punti 45-46). A. BERRAMDANE, *Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne*, in *RDUE*, 2007, p. 433 ss.

¹⁴⁷ L'art. 41 TUE, nel richiamare le norme del TCE che si considerano applicabili al titolo VI TUE, non richiama il regime della responsabilità extracontrattuale della Comunità e la competenza della Corte (articoli 288, 2° comma e 235 TCE), v. sentenza *Segi*, cit., punti 53-54.

¹⁴⁸ Sentenza *Segi*, del 27 febbraio 2007, causa C-355/04 P, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 53-54.

¹⁴⁹ V., in occasione dell'adozione della posizione comune n. 931/2001 e del regolamento n. 2580/2001, la dichiarazione ai sensi della quale “(il) Consiglio ricorda, in merito all'art. 1, par. 6, della posizione comune [2001/931], che qualsiasi errore relativo alle persone, ai gruppi o alle entità in questione conferisce alla parte lesa il diritto a chiedere il risarcimento del danno”.

¹⁵⁰ V. in questo senso, la giurisprudenza citata nella sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2007, C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 60.

¹⁵¹ Sull'azione di risarcimento negli ordinamenti nazionali, la Corte di giustizia spende, a differenza dell'Avvocato generale, solo un fugace passaggio: “legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'elaborazione o all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'Unione europea e di chiedere, all'occorrenza, il risarcimento del danno subito”, sentenza *Gestoras Pro Amnistía*, cit., punto 56.

valore interpretativo anche la dichiarazione allegata alla decisione del Consiglio dell'Unione europea che riconosce agli individui il diritto al risarcimento dei danni. Laddove il singolo non potrà trovare tutela giurisdizionale davanti al giudice comunitario, saranno l'ordinamento e il giudice nazionale a dover tutelare questo suo diritto fondamentale. In sintesi, la dichiarazione del Consiglio in parola potrebbe essere interpretata come rivolta ai giudici nazionali quali depositari, con il giudice comunitario, di un vero e proprio obbligo di approntare un sistema completo di tutela giurisdizionale.

La Corte di giustizia individua però in un *obiter dictum* la possibilità di ampliare la tutela giurisdizionale degli interessati, ricorrendo al criterio sostanzialistico della definizione degli atti comunitari. A tal fine, ritiene necessaria l'indagine sugli effetti dell'atto qualificato come "posizione comune" sulla sfera giuridica degli individui. Infatti, se dal punto di vista formale una posizione comune non dovrebbe essere idonea a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi¹⁵², quando ciò accada¹⁵³, l'atto definito come posizione comune può qualificarsi piuttosto come una "decisione". Pertanto, in ragione dei suoi effetti, esso è sottoponibile alla giurisdizione della Corte di giustizia tramite rinvio pregiudiziale¹⁵⁴. Le persone fisiche e giuridiche, destinatarie di un atto del titolo VI TUE, pur non essendo legittimate a chiederne l'annullamento, potranno proporre un ricorso per interpretazione pregiudiziale. Tale impostazione adotta l'approccio della sentenza *AETS*¹⁵⁵, nella quale la Corte ha ammesso la possibilità di esperire il ricorso d'annullamento contro tutti i provvedimenti adottati dalle istituzioni, indipendentemente dalla loro forma e dalla loro natura, che mirino a produrre effetti giuridici. Così come nella giurisprudenza *UPA*¹⁵⁶, la Corte ritiene utile il ruolo dei giudici nazionali di controllo sulla legalità degli atti del titolo VI TUE, in base al principio di leale cooperazione, ma non approfondisce la questione, a differenza dell'Avvocato generale Mengozzi¹⁵⁷. La *ratio* della necessità di garantire il rispetto del

¹⁵² *Ibidem*, punto 52.

¹⁵³ *Ibidem*, punto 54: "In forza del suo contenuto, abbia una portata che supera quella attribuita dal Trattato UE a questo genere di atti, deve poter essere sottoposta al sindacato della Corte".

¹⁵⁴ Proposto dalla Commissione o da uno Stato membro ai sensi dell'art. 35 TUE. V. sentenza *Gestoras Pro Amnistía*, cit., punto 55.

¹⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, "AETS", *Raccolta*, p. 263, punti 40-41.

¹⁵⁶ La limitazione della tutela giurisdizionale nella legittimazione attiva per il ricorso d'annullamento di cui all'art. 230, 4° comma TCE non determinava un'assenza di tutela considerato l'obbligo degli Stati membri e dei loro giudici di istituire e applicare un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. Nella sentenza di appello *Jégo-Quéré*, cit., la Corte di giustizia aveva affermato che le misure comunitarie devono sempre essere sottoponibili ai giudici, anche quando non richiedano l'adozione di misure esecutive nazionali e devono essere ricorribili in quanto tali.

¹⁵⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 26 ottobre 2006, causa C-354/04, *Gestoras Pro Amnistía c. Consiglio dell'Unione europea*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 173: "Laddove (...) debba ritenersi non ammissibile una tutela del genere dinanzi al giudice nazionale, riconoscere in alternativa la competenza del giudice comunitario costituirebbe non un'interpreta-

diritto, in particolare la tutela giurisdizionale contro gli atti comunitari illegittimi, è ancora più rilevante nel contesto del titolo VI TUE.

8. Dalla analisi sin qui svolta appare legittimo porsi la questione se lo standard della protezione dei diritti nel titolo VI TUE non sia al di sotto di quella “equivalenza di protezione” dei diritti rispetto alla CEDU, che la Corte di Strasburgo riconosce alla Comunità europea, ma che non ha mai ancora giudicato rispetto all’Unione europea (titolo VI TUE)¹⁵⁸.

In base alla giurisprudenza CEDU, si sono delineati alcuni principi che appaiono rilevanti per una valutazione del titolo VI TUE nell’ottica dei diritti umani. In primo luogo, il trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale da parte di uno Stato non deve mai ridurre lo standard di tutela dei diritti umani: la sommatoria della protezione dei diritti, a livello nazionale ed internazionale, non può essere inferiore a quella di partenza quando la sovranità in materia era ancora nelle mani dello Stato membro. In secondo luogo, gli Stati membri sono collettivamente responsabili di qualsiasi violazione della Convenzione che derivi direttamente dal diritto comunitario primario¹⁵⁹. Infine, gli Stati sono responsabili individualmente per l’attuazione delle direttive comunitarie. In questa prospettiva di valutazione, appare davvero critica la situazione

zione estensiva o un’interpretazione *praeter legem*, ma un’interpretazione *contra legem* del combinato disposto degli artt. 46 UE e 35 UE”.

¹⁵⁸ L’Avvocato generale Mengozzi nelle conclusioni nel caso *Gestoras Pro Amnistía*, cit., esprime una posizione in questo senso e segnala che in caso di decisione negativa della Corte CEDU “i giudici nazionali di diversi Stati membri si sentirebbero legittimati a effettuare loro, ove aditi, un controllo di conformità degli atti adottati dal Consiglio (...) ai diritti fondamentali quali tutelati, in maniera non necessariamente coincidente, nei loro rispettivi ordinamenti nazionali”. La teoria dei c.d. controlimiti di diritto interno “troverebbe nel terzo pilastro dell’Unione un ambito di ben più concreta applicazione di quanta non ne abbia avuta nei confronti dell’azione della Comunità” (punto 86).

Anche nello specifico settore del titolo IV TCE, la Commissione europea esprime preoccupazioni a riguardo dei limiti della giurisdizione, ma l’argomentazione appare strumentale alla proposta di utilizzazione della norma passerella dell’art. 68 TCE, v. COM(2006)346 def., del 28 giugno 2006, comunicazione della Commissione per adattare le disposizioni del titolo IV del trattato che istituisce la Comunità europea relative alle competenze della Corte di giustizia, per una tutela giurisdizionale più effettiva, p. 7. V. *infra* par. 10.

¹⁵⁹ Nella sentenza *Matthews v. U.K.*, la Corte CEDU afferma la sua giurisdizione: “the Convention does not exclude the transfer of competences to international organisations provided that Convention rights continue to be ‘secured’. Member States’ responsibility therefore continues even after such a transfer”, in *European Court of Human Rights Reports*, 1999-I, par. 33.

Sulla questione, v. A. BULTRINI, *Il controllo degli atti comunitari nella giurisprudenza degli organi della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Com. St.*, XXI, 1997, p. 279 ss.; G. RESS, *Die EMRK und das Gemeinschaftsrecht*, in *ZEuS*, 1999, p. 482 ss.; A. BULTRINI, *La responsabilité des Etats membres de l’Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l’homme imputables au système communautaire*, in *RTDH*, 2002, p. 15; B. CONFORTI, *Community Law and European Convention on Human Rights: A Quest for Coordination*, in L. C. VOHRAH et al. (eds.), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, 2003, p. 221 ss.; F. KRENC, *La décision Senator Lines ou l’ajournement d’une question délicate*, in *RTDH*, 2005, p. 128 ss.

della protezione dei diritti fondamentali, a seguito del trasferimento di poteri, dagli Stati membri all'Unione europea, nel titolo VI TUE. A nostro avviso, tale criticità non è annullata dall'obiettivo altamente meritevole di costruire un'integrazione più avanzata tra gli Stati membri, con l'aspettativa di un sempre maggior coinvolgimento dei popoli nel processo di integrazione.

Vale la pena di richiamare la giurisprudenza CEDU rilevante nella materia della protezione dei diritti umani nell'integrazione europea. Un'ordinanza del Presidente della Corte europea ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso da parte di due ricorrenti per conto delle Associazioni Segi e Gestoras Pro Amnistía¹⁶⁰. Dopo un richiamo al principio della mancanza di efficacia diretta delle posizioni comuni¹⁶¹, esclude la qualificazione dei ricorrenti come "vittime" della pretesa violazione (art. 34 CEDU) e svolge alcune brevi considerazioni riduttive del rapporto tra i due ricorrenti e l'associazione, che sarebbe in termini di legittimazione ad agire particolarmente "fievole"¹⁶². Successivamente, con la sentenza *Bosphorus* del 2005, la Corte di Strasburgo, confermando la sua precedente giurisprudenza, dichiara di non avere competenza a rivedere gli atti della Comunità in quanto tale, ma riconosce una competenza a rivedere questi atti indirettamente tramite una valutazione delle specifiche misure di attuazione a livello nazionale. La Corte applica un test valutativo per concludere sulla "generale equivalenza" della protezione dei diritti umani a livello comunitario, fatta salva la possibilità di rivedere le garanzie sostanziali e i meccanismi procedurali qualora vi sia una potenziale "manifest deficiency"¹⁶³. La Corte europea è giunta però alla conclu-

¹⁶⁰ Cfr. sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 maggio 2002, *Segi ed altri e Gestoras Pro Amnistía ed altri c. Germania ed altri*, in *Recueil*, 2002.

¹⁶¹ Alle quali, come abbiamo visto, la Corte di giustizia si è però dichiarata pronta a restituirle la sua vera qualificazione se diretta a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi, e pronunciarsi in via pregiudiziale su richiesta dei giudici nazionali, ma è evidentemente un'interpretazione di cui il giudice comunitario ha il monopolio.

¹⁶² "L'article 4 n'ajoute pas de nouveaux pouvoirs pouvant être exercés à l'encontre des requérants. Il contient uniquement pour les Etats membres une obligation de coopération judiciaire et policière, coopération qui, en tant que telle, ne s'adresse pas aux individus ni n'affecte directement ces derniers. (...) Le seul fait que deux des requérants (...) figurent dans la liste à laquelle il est fait référence dans cette disposition en tant que 'groupes ou entités impliqués dans des actes de terrorisme' peut être gênant, mais constitue un lien beaucoup trop ténu pour justifier l'application de la Convention", sentenze *Segi ed altri e Gestoras Pro Amnistía ed altri*, cit.

¹⁶³ "If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation. However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient", sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, par. 156. In dottrina, v. J.-P. JACOUÉ, *L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour EDH?*, in *RTDE*, 2005, p. 756 ss.; V. CONSTANTINESCO, *C'est comme si c'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 *CDE*, 2006, p. 363 ss.; E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *RDI*, 2005, p. 762 ss.; F. BENOÎT-ROHMER, *A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 Juin 2005: l'adhésion contrainte*

sione che l'adempimento di obblighi imposti da atti di diritto derivato nel diritto comunitario gode di una "presunzione di conformità" con la Convenzione¹⁶⁴.

Sul piano della codificazione del diritto internazionale, Giorgio Gaja, *Special Rapporteur* sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, distingue le ipotesi nelle quali gli Stati membri hanno discrezionalità nell'attuazione delle decisioni di un'organizzazione¹⁶⁵, citando la giurisprudenza CEDU sugli atti comunitari. La Commissione di diritto internazionale ha deciso che "it seems preferable at the current stage of judicial developments not to assume that a special rule has come into existence to the effect that, when implementing a binding act of the European Community, State authorities would act as organs of the European Community". Questa distinzione trova conferma anche nella giurisprudenza comunitaria sulle misure restrittive in materia di lotta al terrorismo: da un lato l'orientamento emerso dalle sentenze *Yusuf e Kadi*, dall'altro quello derivante dalla giurisprudenza *OMPI*¹⁶⁶.

Come è ovvio, la questione assumerà aspetti giuridici diversi, allorché l'Unione europea aderirà alla CEDU¹⁶⁷, anche se il tempo di realizzazione di questo evento, a lungo atteso per una effettiva stabilità del quadro giurisdizionale europeo, potrebbe non essere breve. Infatti, la decisione, che sarà presa a riguardo dal Consiglio, dovrà essere seguita dalla ratifica da parte degli Stati membri (condizione introdotta dal Trattato di Riforma e non prevista dal Trattato-Costituzione). A parte i rischi politici collegati a questa scelta, le due procedure di ratifica del Trattato di Riforma e dell'Atto di adesione alla CEDU potranno essere organizzate dagli Stati membri solo in successione consequenziale, dal momento che sino all'entrata in vigore del Trattato di Riforma manca la competenza dell'Unione in materia.

9. Secondo l'evoluzione a pieno regime¹⁶⁸, lo SLSG sarà unificato e disciplinato in un titolo *ad hoc*¹⁶⁹ ed alcune delle questioni giuridiche discusse nel pre-

de l'Union à la Convention, in *RTDH*, 2005, p. 840 ss.; S. PEERS, *Limited Responsibility of European Union Member States for Actions within the Scope of Community Law*, in *EuConst*, 2006, p. 443 ss.; C. LEBECK, *The European Court of Human Rights on the Relation between ECHR and EC-Law: The Limits of Constitutionalisation of Public International Law*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2007, p. 195 ss.

¹⁶⁴ V. punti da 96 a 99 e da 160 a 165.

¹⁶⁵ United Nations G. A., International Law Commission, A/CN.4/553, L, Third Report on Responsibility of International Organizations, Fifty-seventh Session, Geneva, 2 May-3 June and 4 July-5 August 2005, 13 May 2005, paragrafi 32-33.

¹⁶⁶ V. *supra*, par. 6.

¹⁶⁷ In generale sulle questioni legate all'adesione della Comunità/Unione alla CEDU, ci sia consentito di rinviare al nostro lavoro, *Verso l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali*, in A. CELOTTO (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 11 ss.

¹⁶⁸ Sul periodo transitorio, v. *infra*, par. 10.

¹⁶⁹ Per una analisi delle modifiche al regime in vigore contenuto nel Trattato-Costituzione, v., tra gli altri, S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 588 ss.; J-C. PIRIS, *The Constitution for Europe, a Legal Analysis*, Cambridge, 2006, p. 267 ss.

sente lavoro potranno essere finalmente risolte. Alla base del meccanismo di funzionamento dello SLSG vi saranno il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri ed il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Per quanto riguarda gli aspetti istituzionali, i nuovi atti nello SLSG saranno sottoposti alle regole del diritto comune dell'Unione e si applicherà, salvo qualche deroga, il principio della procedura di co-decisione e della maggioranza qualificata¹⁷⁰. Sarà ancora previsto il diritto di iniziativa legislativa degli Stati membri nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale¹⁷¹. A mero titolo esemplificativo, si ricordano solo le principali conseguenze di questa unificazione istituzionale: il ricorso per interpretazione pregiudiziale proponibile da tutte le giurisdizioni nazionali di tutti gli Stati membri; il procedimento per infrazione degli Stati membri; la legittimazione dei privati ad impugnare atti a portata generale direttamente applicabili¹⁷².

Per quanto riguarda gli organi degli Stati membri vi sarà un maggiore coinvolgimento dei parlamenti nazionali nel controllo politico degli atti e nel processo decisionale, che si può spingere sino al diritto di veto nel settore del diritto di famiglia¹⁷³.

Rispetto alle novità normative di specifico interesse per l'oggetto di questo lavoro, vale la pena di ricordare una modifica ai Trattati, che afferma la competenza della Corte di giustizia rispetto ai provvedimenti restrittivi nei confronti di sospetti terroristi, non solo nello SLSG ma anche in materia di politica estera e della sicurezza comune¹⁷⁴, in deroga al principio generale (articoli III-322 e III-376 Trattato-Costituzione)¹⁷⁵. In considerazione delle difficoltà, che abbiamo precedentemente esposto, viene così creata una apposita base giuridica¹⁷⁶. In

¹⁷⁰ V. Mandato CIG 2007.

¹⁷¹ Articoli 42, par. 3 e III-264 Trattato-Costituzione.

¹⁷² Sul punto U. VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella "Costituzione europea"*, in *CI*, 2005, p. 673.

¹⁷³ Art. I-42, par. 2 Trattato-Costituzione: "I parlamenti nazionali, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, possono partecipare ai meccanismi di valutazione previsti all'articolo III-260. Essi sono associati al controllo politico di Europol e alla valutazione delle attività di Eurojust, conformemente agli articoli III-276 e III-273"; art. III-259: "Per quanto riguarda le proposte e le iniziative legislative presentate nel quadro delle sezioni 4 e 5, i parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità".

¹⁷⁴ V. articoli I-40 e 41, III-160, 293 e 322 Trattato-Costituzione. Appare molto utile la esplicita previsione secondo cui "per garantire una revisione giudiziaria esauriente delle decisioni europee che sottopongono una persona o entità a misure restrittive, tali decisioni devono essere basate su criteri chiari e distinti. I criteri dovrebbero essere adeguati alle caratteristiche specifiche di ciascuna misura restrittiva", v. Dichiarazione relativa agli articoli III-160 e III-322, allegata al Trattato-Costituzione

¹⁷⁵ Le relative misure saranno adottate dal Consiglio a maggioranza, su proposta congiunta dell'Alto rappresentante degli affari esteri e della sicurezza dell'Unione e della Commissione.

¹⁷⁶ V. art. III-160 Trattato-Costituzione, norma ricollocata alla fine del titolo SLSG e non più nel titolo sulla libera circolazione dei capitali e pagamenti, secondo le indicazioni del Mandato CIG 2007.

entrambi i contesti, i relativi atti dovranno prevedere “le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche”.

Merita ancora di essere segnalata la distinzione tra i ruoli ricoperti dal Consiglio in veste di legislatore e nell’espletamento delle funzioni esecutivo-operative nello SLSG. Le funzioni operative saranno guidate da un nuovo organo amministrativo-gestionale, il *Comitato permanente per la promozione e il rafforzamento della cooperazione operativa in materia di sicurezza interna*, istituito in seno al Consiglio. Quest’ultimo Comitato, fatte salve le funzioni del Coreper, favorisce il coordinamento dell’azione delle autorità competenti degli Stati membri con la partecipazione dei rappresentanti degli “organi e organismi interessati dell’Unione” e l’informazione del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali (art. III-261 Trattato-Costituzione). È evidente che in questa materia resterà escluso il ruolo esecutivo ordinario della Commissione¹⁷⁷. Significativa appare, nel futuro Trattato di Riforma, la previsione, al tempo stesso, di una diffusa cooperazione operativa tra le autorità competenti degli Stati membri all’interno del diritto dell’Unione e la riserva di cooperazione tra le polizie, che resterebbe di esclusivo dominio degli Stati membri. È ancora presto per discutere con conoscenza di causa le implicazioni giuridiche di questa riserva introdotta dal Mandato per la CIG 2007. In ogni caso, il carattere normativo e operativo dello SLSG continuerà a richiedere un quadro strutturato di programmazione e valutazione, come sinora con i programmi Tampere e L’Aja sulla base dei programmi di azione e degli indirizzi di massima del Consiglio europeo, dell’esercizio delle competenze legislative ed operative del Consiglio GAI¹⁷⁸. A riguardo, il Consiglio potrà adottare atti che definiscono le modalità secondo le quali gli Stati membri, in collaborazione con la Commissione, procedono a una valutazione oggettiva e imparziale dell’attuazione, da parte delle autorità degli Stati membri, delle politiche dell’Unione nello SLSG, in particolare al fine di favorire la piena applicazione del principio di riconoscimento reciproco (art. III-260). Si estende così la previsione di meccanismi di valutazione alla pari (*peer-to-peer*), utilizzati sin qui nei settori di coordinamento aperto, quali il coordinamento delle politiche economiche nazionali (art. 99 TCE) e dell’occupazione (art. 126 TCE). Non è escluso che questo meccanismo di sorveglianza multilaterale possa produrre risultati positivi e di emulazione, ma il rischio istituzionale è che tale meccanismo possa sminuire o ridimensionare il ruolo della Commissione nel controllo sull’attuazione e nella procedura di infrazione.

Infine, un “punto dolente” riguarda l’esclusione della competenza della Corte di giustizia per la valutazione della validità e la proporzionalità delle operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell’applicazione delle leggi di uno Stato membro o l’esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati

¹⁷⁷ Di rilievo minore è la previsione che consente l’iniziativa legislativa, oltre che alla Commissione, ad un quarto degli Stati membri, in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale e di cooperazione di polizia (art. III-264 Trattato-Costituzione).

¹⁷⁸ V. art. III-258 Trattato-Costituzione.

membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna (art. III-377). L'emendamento presentato, in sede di Convenzione europea, volto a sopprimere l'espressione "laddove gli atti rientrano nel diritto interno"¹⁷⁹, appare a nostro avviso motivato dalla sua ovvietà, considerato che i principi del diritto comunitario non ammetterebbero una limitazione siffatta. Ma l'ambiguità non è scevra da possibili ricadute negative sul piano interpretativo.

10. La flessibilità a Trattati invariati è rimasta, sinora, quasi del tutto inutilizzata, dal momento che gli Stati membri sono sembrati più interessati a riflettere sul "blocco" del Trattato-Costituzione che a far progredire la convergenza dei due regimi dello SLSG. A seguito della decisione sul Trattato di Riforma, la questione dell'utilizzazione delle due norme-passerella dei Trattati (articoli 67, par. 2, secondo trattino TCE e 42 TUE)¹⁸⁰ appare rivestire piuttosto carattere teorico. Sul *versante comunitario*, il Consiglio ha deciso di estendere l'applicazione della procedura di codecisione solo al settore dell'immigrazione illegale¹⁸¹, ma non all'immigrazione legale ed al diritto di famiglia. Per quanto riguarda l'estensione a tutti i giudici nazionali del ricorso per interpretazione pregiudiziale, la Commissione aveva prospettato un eventuale ricorso in carenza nei confronti del Consiglio sulla base di un preteso obbligo di adottare una simile decisione¹⁸², ma è evidente che la norma-passerella TCE prevede solo un obbligo di esame di tale opportunità. Una simile estensione consentirebbe il ricorso per interpretazione pregiudiziale, oggi di fatto limitato a pochi casi della cooperazione civile giudiziaria, anche a soggetti interessati piuttosto "fragili" che, per accedervi, dovrebbero oggi esperire prima tutti i livelli di giurisdizione sino al giudice di ultima istanza¹⁸³. Sul *versante del titolo VI TUE*, l'applicazione della clausola-passerella presenta maggiori difficoltà, perchè alcuni Stati membri per adottare la decisione relativa potrebbero aver bisogno di sottoporla a procedura di ratifica e persino di emendare la Costituzione¹⁸⁴. Per questo la disposizione si può ritenere ormai obsoleta.

¹⁷⁹ L'emendamento risulta presentato dall'ex primo ministro francese de Villepin, v. Convenzione europea, CONV 796/03, Scheda di analisi delle proposte di emendamenti, 6 giugno 2003.

¹⁸⁰ Come è noto può riguardare tanto le procedure decisionali ed il sistema di votazione del Consiglio quanto le competenze della Corte di giustizia.

¹⁸¹ Decisione 2004/927/CE del Consiglio del 22 dicembre 2004, in *GUUE* L 396, 31 dicembre 2004, p. 45.

¹⁸² COM(2006)346 def., cit. Nella formulazione "il Consiglio (...) prende una decisione al fine di assoggettare (...)" (art. 67, par. 2 TCE), l'indicativo avrebbe valore di obbligo e sarebbe equivalente all'espressione "deve prendere".

¹⁸³ Condizione difficilmente sostenibile per molti soggetti destinatari delle norme del titolo IV tra i quali figurano: i richiedenti asilo, i titolari del ricongiungimento familiare, gli stranieri di lungo-soggiorno, gli stranieri oggetto di provvedimenti di espulsione o di trattamenti discriminatori, ma anche i minori coinvolti in controversie sulle obbligazioni alimentari o sulla responsabilità genitoriale, le piccole e medie imprese in materia civile e commerciale.

¹⁸⁴ A. JOUR-SCHRÖDER, C. KONOW, *Die Passerelle des Art. 42 EU-Vertrag: macht sie die Regeln des Verfassungsentwurfs für einen europäischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts obsolet?*, in *EuZW*, 2006, p. 550 ss.

Prima del Trattato di Riforma potrà però essere approvata una modifica procedurale allo Statuto della Corte di giustizia che assicurerà una maggiore tutela giurisdizionale grazie alla proposta per una procedura speciale per la trattazione dei ricorsi di interpretazione pregiudiziale d'urgenza nelle materie dello SLSG¹⁸⁵. La base giuridica dell'art. 245, 2° comma, introdotta dal Trattato di Nizza ha già reso possibile la procedura di urgenza¹⁸⁶, che è stata utilizzata raramente. Si propone ora la creazione di una sezione *ad hoc* della Corte di giustizia, che tratterebbe tutti i casi nei quali è richiesta da un giudice nazionale una procedura di interpretazione pregiudiziale di emergenza. L'opzione accettata dal Consiglio, su riserva di verifica di una formulazione più precisa, è molto meno rivoluzionaria di quella respinta¹⁸⁷, in quanto non incide sulla presenza degli Stati membri nel dibattito. La procedura sarà più snella e con modalità più stringenti (traduzione in tutte le lingue solo della questione oggetto del ricorso, predisposizione di un tempo limite per rispondere più breve rispetto ai tempi della procedura accelerata, indicazione di un massimo di lunghezza per le osservazioni o prevedere che non vi siano osservazioni scritte e conclusioni dell'Avvocato generale). In sostanza, i maggiori vantaggi sono attesi dal rito monolingustico e da tempi procedurali più serrati.

¹⁸⁵ V. Discussion Paper on the Treatment of Questions Referred for a Preliminary Ruling Concerning the Area of Freedom, Security and Justice, Annex, Council of European Union, doc. n. 13272/06, 28 September 2006. Su questo primo documento, v. Editorial Comment, *Preliminary Rulings and the Area of Freedom, Security and Justice*, in *CML Rev.*, 2007, p. 1 ss. Per il testo della proposta, v. nota di trasmissione del presidente della Corte di giustizia al presidente del Consiglio dell'UE, avente ad oggetto modifiche del regolamento di procedura della Corte di giustizia circa l'introduzione di un procedimento pregiudiziale d'urgenza per talune domande di procedura pregiudiziale relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, Consiglio dell'Unione europea, doc. n. 11759/07, 11 luglio 2007.

¹⁸⁶ La procedura accelerata per i ricorsi in via pregiudiziale prevede che il Presidente della Corte di giustizia possa decidere, eccezionalmente, dietro richiesta di un tribunale nazionale e su proposta del giudice relatore e previa consultazione dell'Avvocato generale, di applicare una procedura accelerata laddove le circostanze indichino che una pronuncia sulla questione rinviata alla Corte di giustizia è particolarmente urgente. Il Presidente stabilisce immediatamente la data dell'udienza, che viene notificata a tutte le parti interessate, le quali possono presentare memorie o osservazioni scritte entro un termine non inferiore a 15 giorni. V. Discussion Paper on the Treatment of Questions, cit.

¹⁸⁷ L'opzione accantonata prevedeva una procedura di interpretazione pregiudiziale di emergenza senza coinvolgere nella prima fase la partecipazione degli Stati membri e delle istituzioni. Avrebbero avuto il diritto di partecipare alla procedura solo gli Stati membri dei giudici di rinvio, la Commissione e le istituzioni responsabili dei provvedimenti. Sarebbe stato possibile consentire brevi osservazioni scritte e/o prevedere un'udienza. La Corte di giustizia avrebbe potuto adottare un'ordinanza che sarebbe stata notificata agli Stati membri e alle istituzioni. Per consentire agli Stati membri ed alle istituzioni di difendere la loro posizione, nonostante l'esclusione dalla prima parte della procedura, sarebbe stata prevista un'opportunità di riesame in un arco di tempo e l'emanazione di una sentenza. In mancanza di una richiesta di riesame l'ordinanza adottata sulla base della interpretazione pregiudiziale di urgenza sarebbe divenuta definitiva. V. Discussion Paper on the Treatment of Questions, cit.

Questa modifica del sistema giurisdizionale appare auspicabile, considerato che nel Trattato di Riforma sarà previsto che quando l'interpretazione pregiudiziale sia pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguardi una persona in stato di detenzione, la Corte di giustizia statuisca il più rapidamente possibile (art. III-369, ultimo comma).

11. In conclusione, le limitazioni imposte alla tutela giurisdizionale nello SLSG, rispetto al regime generale comunitario, hanno creato una criticità per lo *Stato di diritto* dell'Unione, considerato il trasferimento di competenze sovrane dagli Stati membri all'Unione, che la giurisprudenza comunitaria ha solo parzialmente potuto contribuire a ridurre. L'inadeguatezza del sistema istituzionale del titolo VI TUE¹⁸⁸ è apparsa ancora più evidente con l'adozione del notevole *corpus* di diritto derivato, di questi anni. Si spiegano forse così alcune decisioni come quella della Corte costituzionale tedesca sulla legge nazionale di trasposizione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, che evidenziano antichi motivi di diffidenza già manifestati (*Solange D*)¹⁸⁹, quando la protezione dei diritti umani, a livello comunitario, non era ancora così avanzata. In ogni caso, da questa criticità può nascere, oggi così come allora, una fase di rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali. Altrimenti, si produrrebbe il rischio almeno teorico che la Corte CEDU possa ritenere oggi non più "equivalente" la tutela dei diritti fondamentali nella materia della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

Tuttavia, l'art. 46 TUE, che definisce le competenze della Corte di giustizia in riferimento all'art. 35 TUE, rappresenta, sino al pieno regime del Trattato di Riforma, un insormontabile "catenaccio istituzionale" all'ampliamento dello sviluppo dello *Stato di diritto* dell'Unione su base giurisprudenziale. Non basta il bilanciamento di poteri, costituito dagli articoli 46 e 47 TUE, che conferiscono alla Corte di giustizia il potere di annullare gli atti *ultra vires* dei titoli V e VI TUE che rientrano cioè nella sfera di competenza della Comunità. Tuttavia, è proprio il principio della difesa delle competenze comunitarie in caso di tale "invasione di campo" che definisce chiaramente il rapporto di specialità che lega il regime del titolo VI TUE al diritto comunitario.

Una linea interpretativa eccessivamente riduttiva di questo rapporto di specialità non sarebbe giustificabile neanche sulla base della tutela dei diritti fondamentali e del diritto ad una tutela effettiva. La Corte di giustizia ha chiarito che vi sarebbe in tal caso una evidente violazione della legalità costituzionale dei Trattati istitutivi, le cui modificazioni restano nelle mani degli Stati membri, che sono "padroni dei trattati". Infatti, la Corte di giustizia, come era già accaduto per la sentenza *UPA*, ha utilizzato la capacità espansiva dell'ermeneutica giuri-

¹⁸⁸ Anche al fine di porre rimedio al *deficit* democratico, derivante dallo squilibrio istituzionale a favore del Consiglio, piuttosto che del Parlamento e della Commissione, v. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sopranazionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 436 ss.

¹⁸⁹ Decisione del Bundesverfassungsgericht del 18 luglio 2005, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 2289 ss.

dica, con specifici adattamenti al contesto comunitario, ma si è dimostrata *self-restraint* di fronte al significato testuale delle regole e dei principi secondo la configurazione dei Trattati istitutivi. Molto rilevante appare poi il richiamo ai giudici nazionali, che sono giudici del diritto comunitario, in modo tale che l'ordinamento europeo e quello nazionale possano svolgere ruoli complementari per l'assolvimento degli obiettivi comunitari. Ciò è particolarmente vero per il principio comune del diritto alla tutela giudiziaria e per il principio della responsabilità per violazioni derivanti dall'Unione europea e dalla condotta degli Stati membri nel titolo VI TUE.

Il ruolo del giudice nazionale sembra particolarmente importante in materia di controllo sugli atti relativi allo SLSG, in considerazione della più limitata tutela giurisdizionale che il giudice comunitario è in grado di assicurare rispetto agli atti del titolo VI TUE. In tale contesto, il giudice nazionale sembra giocare il ruolo di perno intorno al quale costruire le reali alternative di tutela dei diritti fondamentali dei singoli in materia di titolo VI TUE quando vengano meno le garanzie giurisdizionali comunitarie. Gli è in particolare affidato l'onere di completare il sistema di tutela giurisdizionale dei singoli, riconoscendo il loro diritto al risarcimento del danno per illegittimità di atti del titolo VI non giustiziabili in base all'art. 35 TUE in quanto non eseguiti a livello nazionale e comunitario. Parimenti, quando venga meno la tutela giurisdizionale comunitaria dei diritti fondamentali, autorevole dottrina¹⁹⁰ invita a riflettere sull'opportunità affermata dalla giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca, anche se in concreto mai applicata¹⁹¹, di riconoscere un maggiore spazio al controllo di costituzionalità degli atti comunitari che siano in violazione dei diritti fondamentali.

Per quanto riguarda la “trasformazione” degli atti pre-esistenti del titolo VI TUE, di cui abbiamo già accennato all'inizio di questo lavoro, all'entrata in vigore del Trattato di Riforma, vale la pena di ricordare brevemente quanto accaduto a seguito dell'adozione del Trattato di Amsterdam¹⁹². La Commissione riuscì ad imporre un piano di trasformazione degli strumenti giuridici della cooperazione GAI “comunitarizzati” dal Trattato di Amsterdam, soprattutto per quanto riguarda le Convenzioni sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e in materia matrimoniale. Modificare il vasto *corpus* giuridico in materia non sarà opera semplice, ma, in ogni caso, è prevedibile che, come già accadde per il Trattato di Amsterdam, vi sarà un periodo di “rarefazione” della fase ascendente, prima dell'entrata in vigore della Trattato di Riforma, che sarà seguito subito dopo da una fase di intensa attività legislativa. Non si potrà sospendere il processo decisionale e giurisdizionale in attesa del nuovo sistema, ma certo alcune cautele e

¹⁹⁰ Cfr. B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di Sicurezza*, cit.

¹⁹¹ Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, VII ed., p. 311 ss.

¹⁹² Sul punto, nella prospettiva ormai obsoleta dell'entrata in vigore del Trattato-Costituzione, P. J. KUIJPER, *op. cit.*, p. 609 ss. La riflessione dell'autore, che si sofferma approfonditamente sull'impatto della questione sulle relazioni esterne dell'Unione, appare tuttavia attuale anche nella prospettiva del Trattato di Riforma.

salvaguardie dovranno essere prese anche dalle Istituzioni comunitarie. Per gli Stati membri si porrà, dalla firma del Trattato di Riforma alla sua entrata in vigore, la questione dell'applicazione del principio di diritto internazionale della buona fede¹⁹³.

Il progressivo rafforzamento giurisprudenziale del concetto di “Unione di diritto” che ha costituito l'oggetto di questo lavoro ha certamente consentito di accrescere la tutela degli individui nell'ambito di applicazione del titolo VI TUE, quale nuovo aspetto dell'*acquis*. Proprio la ridotta tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali ha stimolato la Corte di giustizia ad una interpretazione di carattere evolutivo-teleologico, in particolare per una migliore funzionalità degli atti e ripartizione delle competenze, alla ricerca della necessaria coerenza con i comuni principi dei due regimi giuridici. Inoltre, l'adozione di atti o strumenti-gemelli, fintantoché non terminerà la struttura istituzionale a pilastri, richiederà un'interpretazione unitaria uniforme, in ragione delle medesime finalità perseguite.

Proprio lo sviluppo dello SLSG in questi anni consente, a nostro avviso, di poter escludere che, attualmente, il diritto comunitario e il diritto dell'Unione siano definibili come due ordinamenti “distinti e integrati”, sia pure in un quadro istituzionale unico¹⁹⁴. È preferibile, piuttosto, riferirsi a due regimi giuridici creati da due trattati internazionali ma appartenenti al medesimo ordinamento: i due regimi giuridici sono legati da un rapporto di compatibilità che si desume dal sistema UE/CE, in particolare dall'art. 3 TUE (“L'Unione dispone di un quadro istituzionale unico che assicura la coerenza e la continuità delle azioni svolte per il perseguimento dei suoi obiettivi, rispettando e sviluppando nel contempo l'*acquis* comunitario”). In questo senso, si comprende meglio la progressiva e sistematica applicazione analogica, da parte della Corte di giustizia, dei principi interpretativi e del sistema procedurale giurisdizionale comunitario al diritto dell'Unione europea. È evidente che gli Stati membri, adottando il TUE, non hanno voluto creare un regime di diritto intergovernativo “autoreferenziale”, ma lo hanno collocato, con alcune specificità e limiti, all'interno di un quadro istituzionale unico, sottoposto ad una interpretazione sistematica tramite l'*acquis* comunitario (art. 3 TUE).

Peraltro sarebbe stato sorprendente se dalla Corte di giustizia fosse arrivata una definizione teorica del rapporto tra pilastri, come quella storica della sentenza *van Gend en Loos*. Quella definizione consentì l'instaurazione di una serie di criteri interpretativi che, allo stato attuale del diritto comunitario, sono a disposizione per lo sviluppo di un'Unione basata sul diritto. Così, una statuizione sull'unitarietà dell'ordinamento europeo non avrebbe avuto alcun risultato pratico, mentre la proclamazione della separatezza dei due ordinamenti (del diritto comu-

¹⁹³ P. J. KUIJPER, *op. cit.*, p. 614 ss.

¹⁹⁴ Sentenza *Yusuf*, cit., punto 156: “la coesistenza dell'Unione e della Comunità come ordinamenti giuridici integrati ma distinti”; conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, causa *Dell'Orto*, cit., punto 44: “L'Unione e la Comunità coesistono infatti come ordinamenti giuridici integrati ma distinti”.

nitario e dell'Unione europea) avrebbe potuto avere imprevedibili conseguenze nei comportamenti degli Stati membri e, in particolare, dei loro giudici. Le osservazioni di numerosi Stati membri in occasione di procedimenti relativi allo SLSC davanti alla Corte di giustizia, pur giustificate dalla dialettica processuale, spiegano, meglio di qualsiasi analisi di politica europea, quanto alcuni tra loro siano "recalcitranti" a procedere sulla strada dell'integrazione sovranazionale.

Infine, ci sia consentita un po' di retorica per dire che resta intatto, oggi più che mai, lo "spirito della Convenzione", la cui Relazione finale (Gruppo X) segnalava l'esigenza che i cittadini avvertano un senso di "ordine pubblico europeo", orientato dai principi di trasparenza e controllo democratico, ispirato al rispetto dei diritti dei cittadini e al principio di non discriminazione¹⁹⁵. È questo l'obiettivo del difficile percorso dello SLSC, la cui evoluzione comporterà ancora tanti "piccoli passi".

P.S. Dopo la chiusura di questo articolo (fine luglio 2007), la CIG 2007 ha adottato una proposta di Protocollo n. 10, recante Disposizioni transitorie relative agli atti adottati in base ai titoli V e VI del Trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea (Doc. CIG 2/1/07 Rev. 1 del 5 ottobre 2007). Considerata la rilevanza delle decisioni previste per il tema di questo articolo, riteniamo opportuno aggiungere qualche breve indicazione a riguardo. Resta confermato che gli effetti giuridici degli atti del titolo VI saranno conservati, finché tali atti non siano abrogati, annullati o modificati. Il regime particolare del titolo VI, relativo ai poteri della Commissione per procedura di infrazione (inapplicabilità dell'art. 226 TCE) e della Corte di giustizia (art. 35 TUE), resterà in vigore per un periodo transitorio massimo di cinque anni, per quegli atti che non vengano "traslati" nel diritto comune dell'Unione europea (ad esempio, per quelle decisioni-quadro che non vengano trasformate in direttive). Mano a mano che gli atti oggi in vigore verranno modificati, si estenderanno automaticamente le competenze istituzionali sopra indicate. In ogni caso, il Regno Unito potrà, sei mesi prima della scadenza del periodo transitorio, comunicare che non intende accettare tali competenze, decadendo dalla partecipazione agli atti per i quali non sia stata ancora presa una decisione di "trasformazione". Si prevede, tuttavia, che, secondo determinate procedure, possa tornare successivamente ad applicare tali atti.

La questione di un periodo transitorio così dilatato e di una flessibilità *ratione materiae* (cooperazione rafforzata *ad acta*) e *personae* (soprattutto Regno Unito) condiziona inevitabilmente lo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

¹⁹⁵ V. Convenzione europea, CONV 426/02 WG X 14, Relazione finale del Gruppo X "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia"; alcuni ridimensionamenti venivano subito operati dal *Praesidium*. V. anche Convenzione europea, CONV 614/03, Nota del *Praesidium* alla Convenzione, Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, Progetto di articolo 31, parte I, Progetto di articoli della parte II.



Note e Commenti

La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Ammissibilità del riconoscimento di una rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali nei giudizi dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee. – 3. La Carta dei diritti fondamentali e le modalità di tutela del diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi e dei rifugiati: la funzione riconosciuta al richiamo della Carta ed i limiti all'operatività dei suoi effetti nella recente pronuncia della Corte di giustizia del 27 giugno 2006. – 4. *Segue*: impossibilità di ritenere che il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali ivi previsto possa valere come riconoscimento di un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari. – 5. *Segue*: necessità di circoscrivere le conseguenze derivanti dalla “applicazione” della Carta dei diritti fondamentali nella decisione della Corte di giustizia del 27 giugno 2006. – 6. Conclusioni.

1. È la Carta dei diritti fondamentali un parametro di legittimità di regolamenti, direttive e decisioni? Nella recente pronuncia del 27 giugno 2006¹ è parso a taluno che la Corte di giustizia delle Comunità europee – chiamata a valutare la legittimità della direttiva 2003/86/CE sul diritto dei cittadini di Paesi terzi e dei rifugiati al ricongiungimento familiare²– abbia dato, sia pure con alcune importanti precisazioni, una prima risposta affermativa a tale quesito e, conseguentemente, valutato la conformità della suddetta direttiva rispetto alla Carta dei diritti fondamentali, oltre che naturalmente nei confronti delle tradizioni

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

² Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Paesi terzi e dei rifugiati legalmente residenti in Stati membri, in *GUUE* L 251, 3 ottobre 2003, p. 12 ss. Sulla quale ci sia permesso rinviare al nostro *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, II, Torino (in corso di pubblicazione). V. anche P. BOELES, *Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?*, in *EJML*, 2001, p. 61 ss.; G. CELLAMARE, *I ricongiungimenti familiari di cittadini di Stati terzi nell'UE*, in *Sud in Europa*, n. 4, 2004 (reperibile *on line* sul sito www.sudineuropa.net); *Id.*, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 151 ss.; R. CHOLEWINSKI, *Family Reunification as a Constitutional Right?*, in J. APAP (ed.), *Justice and Home Affairs in the EU: Liberty and Security Issues after Enlargement*, Cheltenham, 2004, p. 259 ss.; M. C. CICRIELLO, *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, in *CI*, 2006, p. 109 ss.; G. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa: tra “allargamento” dei confini e “restringimento” dei diritti*, in *Dir. imm.*, 2004, p. 63 ss.

costituzionali comuni agli Stati membri in materia di tutela dei diritti fondamentali e, prima ancora, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)³.

La decisione permetterebbe, quindi, un primo tentativo di ricostruzione a livello sistematico del ruolo svolto dalla Carta dei diritti fondamentali – proclamata il 7 dicembre 2000 a margine del Consiglio europeo di Nizza e successivamente inserita nel Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa – come strumento giuridico a disposizione dei giudici del Lussemburgo per l'individuazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Tema che appare tanto più complesso e d'attualità in questo momento nel quale si discute dell'adesione della Comunità europea alla CEDU⁴, dell'entrata in vigore del Trattato-Costituzione europea⁵ e, conseguentemente, dello sviluppo di un sistema maggiormente “integrato” di protezione dei diritti fondamentali a livello europeo⁶.

D'altra parte, sono state espresse, fin dal momento dell'emanazione della Carta, forti perplessità sul valore giuridico della medesima: perplessità legate sia alla pubblicazione del predetto documento nella parte C della *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee* (normalmente contenente gli atti privi di valore normativo), sia soprattutto alle peculiarità del sistema della Carta dei diritti fondamentali, analogo ma non identico a quello della CEDU, che farebbero pertanto risultare alquanto inopportuno il richiamo alla Carta, poiché esso finirebbe con

³ Cfr. C. NOURRISAT, *Quel rôle pour la Charte des Droits fondamentaux en droit communautaire de la concurrence?*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 2006, p. 64 ss.

⁴ Su cui v. G. GAJA, *Case Law: Court of Justice Opinion 2/94*, in *CML Rev.*, 1996, p. 973 ss.; L. S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *DUE*, 1996, p. 839 ss.; A. BULTRINI, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RDIPP*, 1997, p. 97 ss.; G. TIBERI, *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, *ivi*, p. 437 ss. e, più di recente, A. CHUECA SANCHO, *Por una Europa de los derechos humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derecho Humanos*, in N. FERNANDEZ SOLA (dir.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, 2004, p. 37 ss.; J. P. COSTA, *La Convention européenne des droits de l'homme, la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne et la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention*, in *EUI Working Papers in Law*, n. 5, 2004 (www.ppl.nl, reperibile on line); J. PUENTE EGIDIO, *¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos?: Cuestión disputada*, in J. BRANCO DE SAMPAIO, F. MAJOR ZARAGOZA, M. OREJA AGUIRRE (dirs.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, II, Sevilla, 2005, p. 119 ss.

⁵ Su cui v. *ex multis* A. COHEN, J. WEISBEIN, *Laboratoires du constitutionnalisme européen: expertises académiques et mobilisations politiques dans la promotion d'une Constitution européenne*, in *Droit et société*, 2005, p. 353 ss.; S. LAURENT, *Le droit d'initiative citoyenne: en attendant l'entrée en vigueur de la Constitution européenne*, in *RMUE*, 2006, p. 221 ss.; L. S. ROSSI, *Un Futuro a rischio*, in *Caffè Europa* (reperibile on line sul sito www.caffeeuropa.it).

⁶ Cfr. P. RODIERE, *Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve de la Constitution européenne*, in *Semaine juridique*, 2005, p. 887 ss.; V. CORREARD, *Constitution européenne et protection des droits fondamentaux: vers une complexité annoncée?*, in *RTDH*, 2006, p. 501 ss.; J. F. FLAUSS, *Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne: la Constitutionnalisation de la Charte de droits fondamentaux*, in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, 2006, p. 95 ss.

il rendere più disorganico e complicato il complessivo sistema di protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario⁷.

Al contrario, la sopra citata pronuncia della Corte di giustizia, che è stata considerata come unica nel suo genere⁸, indicherebbe come il richiamo della Carta sia utile, sebbene non necessario, in relazione alla tutela dei valori fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario⁹.

Senza analizzare qui il merito della decisione¹⁰, nei paragrafi che seguono ci si soffermerà, innanzitutto, sulla verifica della portata reale del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali ivi effettuato e sulle conseguenze della suddetta pronuncia nei futuri procedimenti giurisdizionali dinanzi alla Corte di giustizia. Si analizzerà quindi la parte della sentenza in cui la Corte di giustizia non ha ritenuto di riconoscere alla Carta un ruolo, ai fini dell'individuazione e ricostruzione dei diritti fondamentali, parificabile a quello assunto dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Infine, si individuerà il contributo della predetta sentenza al chiarimento della definizione della relazione tra la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

2. In termini generali, occorre premettere qui che la Carta dei diritti fondamentali è stata formulata come un testo normativo vincolante, essendo stata redatta in una maniera tale da consentire (così come poi è effettivamente accaduto) il suo inserimento nei Trattati comunitari¹¹. Particolarmente emblematici sono, in tale senso, l'art. 16, rubricato "Libertà di impresa", che esplicitamente riconosce tale libertà "conformemente al diritto comunitario (...)" e, ancora di

⁷ M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *RDI*, 2001, p. 1009 ss.; ID, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Q. dir. pol. eccles.*, 2001, p. 1 ss. V. anche L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 249 ss.; J. P. JACQUÉ, *Charte des droits fondamentaux et droit à un recours effectif. Dialogue entre le juge et le "constituant"*, in *DUE*, 2001, p. 1 ss.; F. POCAR, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2001, p. 1178 ss.; G. CONETTI, *Sulla natura giuridica della Carta dei diritti fondamentali*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 2003, p. 1899 ss.; D. CHAGNOLLAUD, *Propos sur la Charte des droits fondamentaux*, in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, F. MELIN-SOUCRAMANIEU (dir.), *op. cit.*, p. 197 ss.; D. ROUSSEAU, *Primauté du droit de l'Union et portée normative de la Charte de droits fondamentaux*, *ivi*, p. 191 ss.; R. GARABELLO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 547 ss.

⁸ Cfr. C. NOURRISAT, *op. cit.*, p. 64 ss. Sulla prassi giudiziaria relativa alla Carta v. C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *DUE*, 2002, p. 671 ss.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 38.

¹⁰ Su cui v. F. MACRÌ, *La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *DUE*, 2006, p. 793 ss.

¹¹ M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta*, cit., p. 1010. V. anche B. NASCIBENE, *Quale strumento giuridico per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in *Giur. it.*, 2001, p. 659 ss.

più, l'art. 51, rubricato "Ambito di applicazione", il quale dispone degli obblighi giuridici a carico delle istituzioni e degli Stati membri¹².

In questo senso, si afferma correttamente che la Carta dei diritti fondamentali dimostra di possedere delle "aspirazioni" giuridiche, poiché mira a contribuire, a seconda delle circostanze, rispettivamente alla precisazione e all'introduzione nell'ordinamento comunitario (è questo il caso, ad esempio, della libertà della ricerca scientifica) di diritti fondamentali¹³.

Per valutare la rilevanza di questo aspetto della Carta si deve premettere che scopo di quest'ultima è facilitare il riconoscimento nel sistema comunitario dei diritti fondamentali, al cui rispetto l'Unione europea è tenuta in base all'art. 6, par. 2 TUE¹⁴; da ciò deriva la conseguenza che le norme non aventi un mero carattere programmatico (come, ad esempio, quelle relative alla protezione dell'ambiente, dei consumatori ed il diritto ad una buona amministrazione) non dovrebbero, almeno in principio, essere interpretate come prive di valore giuridico e, fra queste, in particolare, proprio l'art. 7 (rispetto della vita privata e familiare), secondo quanto la Corte di giustizia comunitaria ha, sia pure abbastanza laconicamente, statuito in particolare nella decisione del 27 giugno 2006¹⁵. Un discorso sostanzialmente analogo può farsi a proposito dell'art. 24 della Carta (invocato dal Parlamento europeo nel suo ricorso alla Corte di giustizia), il cui par. 2 prevede: "in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente"; il successivo par. 3 afferma: "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse".

¹² L'art. 51 (Ambito di applicazione) testualmente prevede al 1° comma: "le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze".

¹³ M. LUGATO, *op. ult. cit.*, p. 1011; E. PAGANO, *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia*, in *DPCE*, 2001, p. 177 ss. V. anche le osservazioni di G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. DE SIERVO (a cura di), *op. cit.*, p. 211 ss. nonché la comunicazione della Commissione del 27 aprile 2005 sul rispetto della Carta dei diritti fondamentali nelle proposte legislative della Commissione, COM(2005)172 def.

¹⁴ P. A. PILLITTU, *Art. 6 TUE*, in F. POCAR (a cura di), *op. cit.*, p. 15 ss.; B. NASCIBENE, C. SANNA, *Art. 6 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 47 ss.

¹⁵ Per una chiara distinzione tra norme direttamente applicabili e norme programmatiche nella Carta di Nizza cfr. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2005, III ed., p. 271. V. anche P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 127 ss.; R. LECHEVALLIER, *Une clarification de la valeur normative des droits fondamentaux garantis dans le cadre de la sphère professionnelle*, in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2005, p. 425 ss.

Tali conclusioni sembrano, per così dire, rafforzate dalla circostanza che trattasi di diritti e principi, sul piano formale, già previsti nella CEDU e/o comunque riconducibili alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri in materia di diritti fondamentali. Sul piano sostanziale, può osservarsi che trattasi di diritti il cui contenuto è sostanzialmente coincidente con quello dei corrispondenti diritti fondamentali previsti nelle sopra citate tradizioni costituzionali e nella Convenzione europea. Almeno gli articoli 7 e 24 della Carta costituiscono, pertanto, delle norme *self executing*, destinate cioè a consentire alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri di far valere le garanzie ivi previste nei procedimenti giudiziari da essi promossi dinanzi alla Corte di giustizia comunitaria. Per questo motivo, si giustifica pienamente l'affermazione, contenuta nella decisione in parola, secondo la quale: "il legislatore comunitario ha (...) inteso riconoscere l'importanza della Carta affermando, al secondo 'considerando' della direttiva, che quest'ultima rispetta i principi riconosciuti non solamente dall'art. 8 della CEDU, bensì parimenti dalla Carta"¹⁶.

Pur così circoscritta, resta ancora da stabilire la portata effettiva delle sopra citate norme, ed in particolare se, ad esempio, gli articoli 7 e 24 della Carta costituiscano anche dei parametri di legittimità degli atti comunitari, al pari dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁷.

Insoluto è, inoltre, il problema relativo al significato della formula dell'art. 7, che, prevedendo solamente che: "Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni", parrebbe, almeno se interpretata letteralmente, presupporre che gli Stati membri non possano introdurre delle restrizioni all'esercizio di tali diritti, così come è previsto invece nell'art. 8 della CEDU, nemmeno mediante lo strumento della legge e neppure nei casi in cui delle misure restrittive risultino necessarie per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del Paese,

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 38. Il corsivo è aggiunto.

¹⁷ Sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario v. *ex multis* G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *RDI*, 1988, p. 574 ss.; E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *DUE*, 1996, p. 163 ss.; A. TOTH, *The European Union and Human Rights: The Way Forward*, in *CML Rev.*, 1997, p. 491 ss.; A. RIZZO, *Il "problema" della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *EDP*, 2001, p. 59 ss.; E. SHAVER DUQUETTE, *Human Rights in the European Union: Internal versus External Objectives*, in *Cornell ILJ*, 2001, p. 363 ss.; L. S. ROSSI, *Constitutionnalisation de l'Union européenne et des droits fondamentaux*, in *RTDE*, 2002, p. 27 ss.; W. BRAUNEDER, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa*, in M. MARESCA (a cura di), *Valori e principi nella Costituzione europea*, Bologna, 2004, p. 15 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 73 ss.; P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, *ivi*, 2005, p. 375 ss. e, da ultimo, l'importante lavoro di A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *RDI*, 2006, p. 644 ss.

la difesa dell'ordine, ecc.¹⁸. Se intesa in questo senso particolare, tale norma rischierebbe però non solamente di deludere l'aspettativa di un sistema tendenzialmente omogeneo per la protezione dei diritti fondamentali, ma anche di tradire una funzione essenziale delle garanzie della vita privata e familiare previste nella Carta. Queste ultime, infatti, chiaramente non consistono soltanto di un insieme di principi tassativamente e puntualmente indicati, ma si richiamano ad una civiltà giuridica europea unitariamente intesa, che condivide i medesimi principi in forza dei quali si consente (in casi eccezionali) il restringimento delle garanzie giuridiche delle libertà e dei diritti¹⁹. Un distacco da questa prospettiva, anche se suggerito dall'interpretazione letterale del testo della Carta, sembra ancora più assurdo nelle relazioni tra gli Stati membri, legati da molteplici e significativi vincoli.

I numerosi interrogativi sollevati debbono adesso essere considerati alla luce della decisione giudiziaria richiamata.

3. La Corte di giustizia ha rilevato preliminarmente che la Carta dei diritti fondamentali – solennemente proclamata dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione – non costituisce uno strumento giuridicamente vincolante²⁰. È importante precisare qui che tale affermazione non è stata “mitigata” da nessuna considerazione sulla “vocazione” giuridica della Carta, così come nemmeno dall'osservazione che trattasi di un testo formulato come un documento giuridicamente vincolante. Da questo punto di vista, quindi, la Corte di giustizia nella recente sentenza sul ricorso in annullamento contro la direttiva sul ricongiungimento familiare ha adottato un approccio tradizionale e formale, in quanto ha

¹⁸ L'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dopo avere previsto che “ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza”, stabilisce testualmente che “non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del Paese, la difesa dell'ordine, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”. Per un commento v. M. E. VILLIGER, *Expulsion and the Right to Respect for Private and Family Life (Article 8 of the Convention) – An Introduction to the Commission's Case Law*, in *Mélanges G. J. Wiarda*, Cologne, 1988, p. 657 ss.; C. RUSSO, *Article 8*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (dir.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 1999, p. 305 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Art. 8*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 307 ss. V. anche R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sulla protezione dei diritti dell'uomo*, in *RIDU*, 1995, p. 262 ss.

¹⁹ F. SUDRE, *Article II – 67: Respect de la vie privée et familiale*, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, II, Bruxelles, 2005, p. 110 ss. V. anche G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, 2001, p. 10 ss.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 38.

escluso che la Carta dei diritti fondamentali produca attualmente degli effetti normativi²¹.

L'esplicito richiamo dell'obiettivo principale della Carta di riaffermare "i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla [CEDU], dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte (...) e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo" chiarisce, invece, l'intenzione della Corte di giustizia di utilizzare la Carta ai fini della ricostruzione dell'esistenza e della portata dei diritti fondamentali²². Trattasi chiaramente del riconoscimento di una funzione importante, poiché destinata ad influenzare, sia pure indirettamente, l'applicazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario. Tuttavia, è anche evidente la profonda diversità tra il ruolo così attribuito alla Carta – che, contrariamente a quanto sostenuto da taluno, non è stata dunque "applicata" nella decisione in considerazione²³ – e quello riconosciuto alla CEDU, nonché ai principi giuridici desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed alle convenzioni internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo.

Quanto appena osservato sembra trovare una decisiva conferma nella circostanza, altrimenti difficilmente spiegabile, della mancata presa di posizione sulle pertinenti norme della Carta che, almeno a nostro avviso, si giustifica proprio in quanto la Carta dei diritti fondamentali non è stata "applicata" nel caso specifico. Perché altrimenti la Corte, così come ha fatto per la CEDU, non avrebbe dovuto valutare, invece, la compatibilità della direttiva sul ricongiungimento familiare rispetto agli articoli 7 e 24 della Carta richiamati, oltretutto, nel suo ricorso dal Parlamento europeo?

Le osservazioni sulla funzione riconosciuta al richiamo della Carta dei diritti fondamentali nella decisione della Corte del 27 giugno 2006 sarebbero però incomplete se non si facesse anche riferimento alla circostanza che la Corte ha rinviato alla Carta in quanto a questo documento è stato fatto un esplicito riferimento nel secondo "considerando" della direttiva sul ricongiungimento familiare²⁴. Trattasi, a nostro parere, di una precisazione assai importante per la cor-

²¹ Ma v. M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta*, cit., p. 1012, la quale osserva correttamente che "non sarebbe invece un fatto inusuale nel sistema dell'Unione (...) che documenti privi delle caratteristiche formali degli atti vincolanti producano (...) degli effetti sul piano giuridico e (...) rappresentino elementi significativi di sviluppo del sistema stesso" (corsivi aggiunti).

²² Sul contributo della Carta al rafforzamento delle garanzie in materia di tutela dei diritti umani v. M. BALBONI, *Il contributo della Carta al rafforzamento della protezione giurisdizionale dei diritti umani in ambito comunitario*, in L. S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 139 ss.; V. C. E. ERGUN, *The EU Charter of Fundamental Rights: An Alternative to the European Convention on Human Rights?*, in *Mediterranean JHR*, 2004, p. 91 ss.

²³ Il riferimento è ancora a C. NOURRISAT, *op. cit.*, p. 64 ss.

²⁴ Quest'ultimo testualmente dispone: "Le misure in materia di ricongiungimento familiare dovrebbero essere adottate in conformità con l'obbligo di protezione della famiglia e di rispetto della vita familiare che è consacrato in numerosi strumenti di diritto internazionale. La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali ed i principi riconosciuti in particolare nell'articolo 8 della

retta comprensione della posizione della Corte di giustizia a proposito del ruolo della Carta dei diritti fondamentali nei procedimenti giudiziari, poiché consente di capire che un ricorso alla Carta (sia pure ai soli fini ricostruttivi sopra indicati) è ammissibile, secondo la Corte, solamente se il legislatore comunitario abbia preventivamente ed esplicitamente riconosciuto l'importanza della medesima²⁵. In tutti gli altri casi dovrebbe prevalere, invece, una lettura minimale delle norme della Carta, nel senso che ad esse dovrebbe riconoscersi un mero valore politico. Può ritenersi peraltro che l'estrema rigidità di un siffatto approccio – che curiosamente sembra anche prescindere dal carattere programmatico e/o direttamente applicabile, a seconda dei casi, delle norme della Carta – sia destinato ad un rapido *bouleversement* giurisprudenziale, anche perché lesivo della stessa funzione pretoria della Corte di giustizia in materia di protezione dei diritti fondamentali.

4. È interessante osservare adesso come la Corte di giustizia, nell'affermare la necessità di tenere conto della Carta ai fini della ricostruzione del contenuto dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario, abbia incentrato l'*iter* argomentativo sulla relazione esistente tra tale documento, da un lato, e le tradizioni costituzionali comuni e la CEDU, dall'altro. Il primo riferimento è proprio ad una funzione, per così dire, ausiliaria della Carta di Nizza, la quale è utile in quanto “riafferma” dei diritti fondamentali già esistenti nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Ma la principale delle fonti utilizzate dalla Corte è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 8 riconosce il diritto ad una vita privata e familiare²⁶. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte precisato che deve essere assicurata una tutela del ricongiungimento familiare anche di cittadini di Stati terzi²⁷. Tuttavia la regola convenzionale non è nella pronuncia in esame presa in considerazione come l'espressione di un *idem sen-*

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

²⁵ I. ÖSTERDAHL, *The ECJ and Soft Law: Who's Afraid of the EU Fundamental Rights Charter?*, in U. MÖRTH (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham, 2004, p. 37 ss.; D. KORNOBIS-ROMANOWSKA, *Charter of Fundamental Rights in the Legal and Political Rights of EU Institutions*, in *Polish YIL*, 2005, p. 157 ss.

²⁶ V. *amplius* S. M. HEMPFING, S. DÖRTE, *European Convention on Human Rights: Just a Source of Inspiration? Jurisprudence of the European Court of Justice*, in T. GRIES, R. ALLEWELDT (eds.), *Human Rights within the European Union*, Berlin, 2004, p. 9 ss.

²⁷ Si vedano, da ultimo, le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga c. Belgio* e del 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi*, reperibili *on line* sul sito www.cmiskp.echr.coe.int. Di ciò sembra essere consapevole anche la Corte di giustizia che nella sentenza del 27 giugno 2006 stabilisce testualmente: “ancorché la CEDU non garantisca, quale diritto fondamentale a favore di uno straniero, alcun diritto di entrare o risiedere nel territorio di un Paese determinato, l'esclusione di una persona da un Paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare come tutelato dall'art. 8, n. 1, della Convenzione medesima”. In argomento v. *ex multis* S. ACIERNO, *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *DUE*, 2002, p. 653 ss.

tire delle istituzioni comunitarie che hanno emanato la Carta dei diritti fondamentali, sebbene quest'ultima preveda una apposita norma sulla protezione della vita personale e familiare, bensì come una disposizione riconducibile ad uno strumento giuridico concorrente in maniera autonoma all'evoluzione del sistema comunitario di protezione dei diritti fondamentali. Assai significative ci paiono, al riguardo, le espressioni utilizzate dalla Corte di giustizia, che fa esplicitamente riferimento ad un "particolare significato" della CEDU (e non anche della Carta), ai fini di un'effettiva garanzia dei diritti fondamentali intesi come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario²⁸. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo costituisce, pertanto, una componente (*rectius*: una "fonte di ispirazione") del sistema comunitario di protezione dei diritti dell'uomo di gran lunga prevalente, sia per il suo valore giuridicamente vincolante, sia per l'esistenza di una ormai copiosa giurisprudenza pretoria della Corte europea dei diritti umani²⁹. Di conseguenza – in forza del rispetto dei diritti fondamentali a cui l'Unione è tenuta in base all'art. 6, par. 2 del TUE – la contrarietà ad una o più norme convenzionali di un atto comunitario può costituire una violazione di legge censurabile tramite il ricorso in annullamento³⁰. Non altrettanto può sostenersi, invece, a proposito dell'eventuale contrarietà di un atto comunitario rispetto ad una o più norme della Carta, che dovrebbe ritenersi *sic pariet* irrilevante, almeno nei casi in cui non si tratti della violazione di disposizioni pedissequamente ripetitive di norme convenzionali. Quale altro significato, infatti, avrebbe altrimenti la precisazione, nella pronuncia in considerazione, del "particolare significato" della CEDU nell'ordinamento giuridico comunitario?

5. Se anche si aderisce alla tesi, confermata dal tenore letterale del richiamo della Carta dei diritti, che solamente la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri influenzano direttamente l'attività della Corte di giustizia in materia di garanzia dei diritti fondamentali, dovrebbe comunque restare attribuito alla Carta un ruolo, sia pure secondario, al fine di stabilire se una norma o un diritto sia così fondamentale da fare parte dell'ordinamento giuridico comunitario. In altri termini, la Carta di Nizza dovrebbe, almeno nei casi di obiettiva incertezza, costituire un utile strumento a disposizione dei giudici del Lussemburgo al fine di fare chiarezza sul significato e la portata esatti di un determinato diritto o principio fondamentale.

La Corte di giustizia si è mostrata ben consapevole di questa possibile utilizzazione della Carta, ma, nonostante l'esplicita *recusatio* di un valore giuridicamente vincolante della Carta, non si è accontentata di offrire una definizione

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 35.

²⁹ In argomento v. S. M. HEMPFING, S. DÖRTE, *op. cit.*, p. 9 ss.

³⁰ V. *amplius* D. WAELBROECK, A. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit comparé*, in *CDE*, 1995, p. 39 ss. V. anche J. ZILLER, *La dialectique du contentieux européen: les cas des recours contre les actes normatifs*, in *Mélanges offerts à Michel Fromont*, Strasbourg, 2001, p. 462 ss.

dell'attuale funzione di tale documento nell'ordinamento comunitario per linee generali. Essa si è spinta oltre, fino a decidere cioè se, nel caso concreto, si fosse verificata la violazione di norme e principi a tale punto essenziali da ipotizzare una violazione della Carta di Nizza.

Ciò discende anche dall'atteggiamento assunto dal Parlamento europeo nel suo ricorso: infatti, come si è già accennato, il Parlamento ha formulato quest'ultimo nel senso di domandare non una verifica della compatibilità della direttiva 2003/86/CE soltanto rispetto alla CEDU e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ma anche nei confronti degli articoli 7 e 24 della Carta. In un siffatto caso, è agevole comprendere come non fosse semplice per la Corte di giustizia non prendere posizione, sia pure eventualmente con alcune cautele, sulla *vexata quaestio* del ruolo della Carta nel sistema comunitario.

Orbene, per quanto concerne, ad esempio, la norma sui diritti del fanciullo (art. 24), essa, in maniera più palese di molte altre disposizioni, è formulata nella Carta in termini piuttosto stringenti. Si pensi, in particolare, al secondo paragrafo, in cui si dispone che in tutti gli atti riguardanti i fanciulli l'interesse (superiore) di questi ultimi deve prevalere, a prescindere dalla circostanza che si tratti di atti posti in essere da autorità pubbliche o private.

Ciò è avvenuto però, si badi bene, solamente in parte nella decisione della Corte di giustizia sul ricorso in annullamento contro la direttiva in materia di ricongiungimento familiare, in cui i motivi di impugnazione erano stati così formulati dal Parlamento europeo: "1) le disposizioni impugnate non rispetterebbero i diritti fondamentali, e in particolare il diritto alla vita familiare ed il diritto di non discriminazione, quali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione europea, quali principi generali del diritto comunitario che l'Unione è tenuta a rispettare in applicazione dell'art. 6, n. 2, UE, al quale fa rinvio l'art. 46, lett. d), UE per quanto concerne l'azione delle istituzioni" (punto 30); 2) *le norme impugnate non rispetterebbero* nemmeno il diritto ad una vita familiare, così come ripreso all'art. 7 della Carta; 3) *le disposizioni impugnate non rispetterebbero* poi varie norme di convenzioni internazionali sottoscritte sotto l'egida dell'ONU, in particolare "l'art. 24 del patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato il 19 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976, la convenzione sui diritti del fanciullo adottata il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore il 2 settembre 1990, la convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia, adottata il 18 dicembre 1990 ed entrata in vigore il 1° luglio 2003, nonché la dichiarazione dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959 [risoluzione 1386(XIV)]. Il Parlamento rammenta, inoltre, la raccomandazione n. R(94)14 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri, del 22 novembre 1994, riguardante le politiche familiari coerenti e integrate, nonché la raccomandazione n. R(99)23 del Comitato medesimo agli Stati membri, del

15 dicembre 1999, sul ricongiungimento familiare per i rifugiati e le altre persone aventi necessità di protezione internazionale” (punto 33).

A fronte di motivi di impugnazione così formulati, il ragionamento della Corte di giustizia si è articolato su due profili: in primo luogo, è stata considerata la compatibilità della direttiva sul ricongiungimento familiare rispetto alla CEDU (in particolare rispetto all’art. 8). Di seguito, si è verificato se, nel caso concreto, le norme impugunate possano considerarsi compatibili con le disposizioni contenute in strumenti giuridici internazionali quali, ad esempio, il Patto sui diritti civili e politici e la Carta sociale europea³¹. Decidendo della utilizzabilità dell’art. 8 della CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti umani, la Corte di giustizia ha dichiarato che l’art. 4, par. 1 della direttiva sul ricongiungimento non può considerarsi in contrasto con il diritto al rispetto della vita familiare, poiché trattasi di una norma che mantiene a favore degli Stati membri un potere discrezionale limitato, non dissimile da quello riconosciuto dalla Corte di Strasburgo nella propria giurisprudenza in materia di diritto al rispetto della vita privata e familiare³².

È interessante notare qui come la Corte di giustizia non abbia, invece, proceduto a valutare nello specifico la conformità della direttiva in parola rispetto alla Carta dei diritti fondamentali, che curiosamente è stata richiamata sostanzialmente “in blocco” come un documento unitario. Eppure, si è già osservato, trattasi di uno strumento che, formulato come un atto giuridico, contiene delle disposizioni eterogenee, alcune delle quali (è il caso degli articoli 7 e 24) direttamente applicabili. Per questo motivo, può quindi sostenersi che solamente in parte la Corte ha esaminato i motivi di ricorso proposti dal Parlamento europeo. Certamente, ciò è una diretta conseguenza del fatto che la Corte di giustizia, adottando sul punto un approccio formalistico, ha considerato la Carta di Nizza come un documento privo di valore giuridico. Peraltro, è piuttosto singolare che tale approccio interpretativo sia stato adottato dalla Corte in una maniera tanto sintetica e quasi apodittica: in altri termini, non sembra che nella pronuncia ci sia stata una adeguata e doverosa considerazione degli elementi (la struttura del documento, la possibilità che la Carta abbia acquistato un valore giuridico a seguito della prassi applicativa, ecc.) che potrebbero indurre a ritenere la medesima, almeno astrattamente, un atto giuridicamente obbligatorio. In questo quadro, sembra dunque assai difficile attribuire un valore pratico-operativo al richiamo della Carta nella sentenza sul ricorso in annullamento della direttiva in materia di ricongiungimento. Tale richiamo, sebbene indichi la volontà della Corte di tenere conto della Carta di Nizza nell’opera di individuazione dei diritti fondamentali, non deve quindi essere enfatizzato dal punto di vista delle sue conseguenze che, almeno sulla questione concernente il valore giuridico della Carta nel sistema comunitario, sembrano abbastanza trascurabili, poiché alle disposizioni di tale documento non è in nessun caso assicurata la prevalenza

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 37.

³² *Ibidem*, punto 62.

rispetto ai corrispondenti diritti contenuti nella CEDU e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nel caso naturalmente in cui esista una discrasia di contenuti tra essi. Ma, in tale maniera, non si è però disconosciuto un ruolo attivo della Carta nella promozione e nello sviluppo dei diritti fondamentali nell'Unione europea?

6. Dall'analisi svolta emerge con chiarezza che la questione del ruolo della Carta dei diritti fondamentali nei procedimenti giurisdizionali dinanzi alla Corte di giustizia non è affatto risolta. È in atto, piuttosto, un rimodellamento dell'attuale funzione di tale documento nel sistema comunitario, che si esplica sia attraverso un richiamo della Carta nei giudizi di legittimità di atti comunitari che alla medesima abbiano fatto un esplicito riferimento in uno o più "considerando", sia, con un maggiore rilievo, mediante la chiarificazione della portata e dei limiti di diritti fondamentali già previsti nella CEDU³³.

In questo modo, si riconosce alla Carta (ciò che sembra, almeno a nostro avviso, il risultato più importante tra quelli conseguiti nella decisione in commento) un valore non puramente politico, nonostante le ricorrenti precisazioni sulla sua non vincolatività giuridica, e nello stesso tempo si appronta un altro strumento, sia pure di tipo ausiliario, a disposizione dei giudici del Lussemburgo nella loro attività di garanzia dei diritti fondamentali, necessario in un sistema giuridico sempre più improntato alla tutela dei valori personali e della famiglia³⁴.

Occorre attendere però le ulteriori pronunce della Corte di giustizia per comprendere se alle norme della Carta (ed eventualmente a quali tra esse) è legittimo attribuire un valore giuridico o quasi giuridico solamente nei casi e nei limiti in cui le medesime trovino una effettiva e integrale corrispondenza nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e/o nella CEDU, oppure invece, così come sembrerebbe auspicabile, in tutti i casi, al fine di assicurare, in tale maniera, una garanzia dei diritti fondamentali "nuovi" o di ultima generazione (*rectius*: dei diritti previsti unicamente nella Carta di Nizza)³⁵.

³³ Sul complesso rapporto tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali v. W. DIX, *Charte des droits fondamentaux et Convention. De nouvelles voies par réformer l'Union européenne?*, in *RMUE*, 2001, p. 48 ss.; G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 211 ss.; G. ROBIN, *La valeur ajoutée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au regard de la CEDH*, Paris, 2002.

³⁴ V. in argomento le osservazioni di B. CONFORTI, *Droit communautaire, Charte des droits fondamentaux et Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *Bulletin des droits de l'homme*, 2002, p. 7 ss. V. in senso conforme J. Y. CARLIER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe: hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, 2002, p. 12 ss.

³⁵ Si può ricordare qui quanto già affermato da J. ZILLER, *op. cit.*, p. 462, il quale ha sostenuto: "Même si la Charte reste quelque temps sans valeur obligatoire, la Cour et le Tribunal ne devraient pas manquer de s'y référer à titre d'instrument d'interprétation", poiché "pour la première fois depuis un demi-siècle, l'individu va apparaître comme un auteur potentiel primordial de recours contre les institutions communautaires à côté de l'entreprise".

Alessandro Lattarulo

Unione europea: un'identità plurale nella memoria

SOMMARIO: 1. Europa e melanconia. – 2. Unione europea: la sfida di un'identità plurale. – 3. Unione europea e razionale. – 4. Europa: la necessità di una narrazione nella memoria. – 5. Mediterraneo: contro ogni tragica opposizione.

1. Un tratto comune percorre tutte le leggende fiorite per descrivere le peripezie di Cadmo, l'eroe semita che parte da Oriente per cercare la sorella Europa rapita da Zeus, senza però ritrovarla perché il corpo di lei ormai si è fuso con la terra d'Occidente¹: l'Europa non è qualcosa che si scopre, bensì qualcosa da fare, creare, costruire. È una missione che implica un lavoro quasi per definizione senza fine².

La metafora mitologica che celebra l'incontro tra Asia, Africa, Mediterraneo ed Europa ben definisce per quest'ultima, nonostante la contraddittoria apparenza, una missione che la stimoli a quell'irto compito che le assegnò Václav Havel alla vigilia dell'allargamento a 25 membri, auspicando che “è giunta l'ora in cui l'Europa dovrebbe finalmente rinunciare a pensare che deve esportare sé stessa nel mondo intero e sostituire a questa idea un'intenzione più modesta, ma più difficile da perseguire: iniziare a cambiare il mondo partendo da sé stessa, rischiando anche che nessuno segua il suo esempio”³. Non dunque con intento isolazionistico, quanto piuttosto per bypassare quelle periodiche crisi di autostima che quasi trasmettono la sensazione che l'Europa non possa vivere serena senza dover rincorrere l'America. Sicuramente le politiche pubbliche di uno Stato vengono valutate dagli elettori principalmente da un'ottica economica, eppure l'avvitamento su di sé dell'Unione europea sembra in larga misura dovuto all'incapacità di dotare l'impianto comunitario anche di un'anima sociale e culturale meglio integrata, che eviti le distorsioni foriere di diffidenza a cui assistiamo ancora nel settore agricolo.

Jeremy Rifkin si è trasformato in portavoce di una simile posizione, scrivendo che risulterebbe paradossale e fuori tempo concepire un sogno europeo

¹ G. GOFFREDO, *Cadmo cerca Europa. Il Sud fra il Mediterraneo e l'Europa*, Torino, 2000, p. 30.

² Z. BAUMAN, *L'Europa è un'avventura* (2004), Roma-Bari, 2006, p. 4.

³ V. HAVEL, *Le responsabilità europee*, in *Quaderni Europei. Dossier*, 2004, p. 59.

che si prefigga di emulare l'*american dream* proprio nell'epoca in cui quest'ultimo risulta centrato esclusivamente sul progresso materiale personale e per nulla preoccupato del benessere dell'umanità, entro una cornice di maggiore giustizia planetaria, per mantenere quel fascino che ha largamente contribuito ad avvicinarli giovani e intellettuali⁴. In un mondo caratterizzato da diversità e interdipendenza, l'utilizzo della propria potenza militare senza un corrispondente impegno per ridurre le sperequazioni che destinano ai quattro quinti del pianeta un solo quinto delle risorse, viene inevitabilmente stigmatizzato come un vizio neoimperialistico di sottomissione del diverso.

E tuttavia l'Europa rimane ancora incompresa. Un enorme "non", puntualizza Ulrich Beck, ricordando, per sconfiggere ogni possibile equivoco, che essa non può considerarsi né Stato né società, a differenza degli USA⁵. L'Europa combatte contro la soffocante pressione di teorie olistiche e spesso tenta di non farsi imbrigliare nella prospettiva (pan)istituzionalista che ammalia le classi dirigenti nazionali, garantendo loro una gestione verticistica di ogni approfondimento comunitario, senza pagare dazio alla gracile legittimità delle scelte effettuate in ossequio a mandati popolari diversamente circoscritti.

Risulterebbe inutilmente sbrigativo minimizzare la perturbazione che l'integrazione europea patisce dopo gli esiti referendari relativi all'approvazione del cosiddetto Trattato costituzionale firmato a Roma il 29 ottobre 2004. È del tutto evidente che le bocciature popolari arrivate da realtà trainanti nell'avventura unitaria, come la Francia e i Paesi Bassi, evidenziano l'indisponibilità di molti attori sociali, individuali e collettivi, a rimanere spettatori passivi di percorsi imboccati paternalisticamente e hanno portato a galla un malessere profondo, con il senno di poi da sospettare rimasto latente per anni. Nella valutazione della crisi in corso occorre tuttavia ponderare la valutazione politica con il giudizio di *longue durée*. L'invito formulato da Mario Telò opportunamente riconduce la stagnazione attuale in un alveo storico, da cui poterla valutare con giusto distacco, senza inutili drammatizzazioni⁶. Come in occasione di passate crisi, un'iniziativa politica è in grado di invertire la rotta, eppure la serena messa in conto di inevitabili ostacoli minaccia di manifestarsi controproducente qualora trascuri di contribuire all'elaborazione di un pensiero egemonico che assuma come fondativo dell'agire politico il valore dell'incontro e del dialogo della civiltà, al fine di arrestare disastrose derive nazionalistiche e populistiche.

In tale ottica, non risulta esaustiva la diagnosi tracciata con acribia da un europeista convinto come Tommaso Padoa-Schioppa. Descrivere l'Europa – ancora lungi dal coincidere geopoliticamente con l'UE – afflitta da una melan-

⁴ J. RIFKIN, *Il sogno europeo. Come l'Europa ha creato una nuova visione del futuro che sta lentamente eclissando il Sogno americano* (2004), Milano, 2004, p. 6.

⁵ U. BECK, E. GRANDE, *L'Europa cosmopolita. Società e politica nella seconda modernità* (2004), Roma, 2006, p. 14.

⁶ M. TELÒ, *Dalla stagnazione ad una nuova idea d'Europa? Scenari e alternative*, in J. L. RHISAUSI, G. VACCA (a cura di), *Perché l'Europa? Rapporto 2007 sull'integrazione europea*, Bologna, 2007, p. 15 s.

conia che ne determinerebbe la crisi economica, politica, istituzionale, assume pienamente senso a patto di ricorrere alla distinzione tra lutto e melanconia tracciata da Freud. Secondo il padre della psicoanalisi, mentre nel lutto è il mondo a risultare impoverito e svuotato, nel caso della melanconia impoverito e svuotato è l'Io stesso. L'Io collettivo nel caso dell'Europa, nella cui società è riscontrabile un'interruzione del rapporto biunivoco con il mondo esterno, che Padoa-Schioppa ha presentato precipuamente attraverso sintomi quali la sfiducia, l'inazione, il ripiegamento su sé stessi, una scarsa opinione di sé⁷. Addirittura incapacità di prendere coscienza di sé, secondo Pasquale Serra, che, provando ad abbozzare una lettura storica del rapporto tra Europa e Mondo, connette il carattere pesantemente introvertito della crisi continentale all'Ottantanove, punto di svolta mai accuratamente metabolizzato dall'Europa. Eppure proprio dalle macerie del bipolarismo si è dischiusa per l'*auld continent* l'opportunità di fungere da ago della bilancia nel quadro delle interdipendenze mondiali⁸. Interpretazione riccamente sostenuta sotto il profilo scientifico, per niente avulsa dalle vicende che innervano il nuovo millennio, ma che rimane incagliata sui fondali delle premesse dell'ontologia nazionale, dove si rintraccia un retropensiero assai diffuso, che postula la necessità dello Stato.

In verità, aderendo all'elaborazione del nuovo cosmopolitismo di cui Beck si è reso protagonista negli ultimi anni, riteniamo di essere attualmente testimoni di una trasformazione della modernità che coinvolge e minaccia di travolgere le scienze umane e sociali. Il processo di europeizzazione, proprio grazie ai suoi successi, risulta bloccato su di una soglia critica, giacché le riserve di energia politica scaturenti da una visione dell'Europa connotate in senso nazional-statale si sono esaurite⁹. Si sono esaurite come aveva rilevato Luhmann all'alba degli anni Novanta, quando denunciò ripetutamente che l'apparato semantico della vecchia Europa non costituiva più, per unanime consenso, una ricchezza culturale considerata intoccabile, dividendo però la comunità scientifica riguardo alle conseguenze da trarne¹⁰. In un pensiero pur complesso, labirintico, spesso attraversato dall'affannosa ricerca di una rappresentazione della società in grado di intavolare un discorso non stagnante sulla società capitalistica, il sociologo tedesco rilevava tra il serio e il faceto che, a conti fatti, alla pur deprecata proclamazione del "postmoderno" andava attribuito quantomeno un merito. Essa aveva

⁷ T. PADOA-SCHIOPPA, *Europa una pazienza attiva. Malinconia e riscatto del Vecchio Continente*, Milano, 2006, p. 11. La definizione del ministro dell'Economia nel Governo Prodi, che si sarebbe formato qualche settimana dopo l'uscita del libro, coincide ampiamente con quella elaborata da Freud, che tuttavia riportiamo: "La melanconia è psichicamente caratterizzata da un profondo e doloroso scoramento, da un venir meno dell'interesse per il mondo esterno, dalla perdita della capacità di amare, dall'inibizione di fronte a qualsiasi attività e da un avvillimento del sentimento di sé che si esprime in autorimproveri e autoingiurie e culmina nell'attesa delirante di una punizione". S. FREUD, *Lutto e melanconia*, in S. FREUD, *Opere-Vol. 8: Introduzione alla psicoanalisi e altri scritti. 1915-1917*, Torino, 1989; II ed., p. 103.

⁸ P. SERRA, *Europa e Mondo. Temi per un pensiero politico europeo*, Roma, 2004, p. 21.

⁹ U. BECK, E. GRANDE, *op. cit.*, p. 16 s.

¹⁰ N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno* (1992), Roma, 2006, p. 12.

infatti reso indiscutibile che la società moderna non fosse più convinta di saper fornire descrizioni corrette di sé stessa e che pertanto la razionalità impostasi compiutamente a partire dal diciassettesimo secolo stava perdendo familiarità con le distinzioni, uno dei suoi tratti dominanti¹¹.

Tesi altamente controverse, quelle di Serra e Luhmann, il cui apprezzabile impianto di fondo non ci lascia sfuggire la ragione che accompagna i timori di tutti coloro che nello Stato vedono un Leviatano più o meno benevolo, indispensabile a maggior ragione in una fase di difficoltà come quella presente, al fine di evitare il ritorno a uno Stato di Natura, alla barbarie che subentra quando la civilizzazione si inceppa. Proprio per tale motivo la ricognizione della salute dello Stato-istituzione evidenzia contraddizioni che, a differenza di quanto sostenuto da Biagio De Giovanni¹², lungi dal creare maggiore disordine sotto il cielo aderendo alle proposte formulate da Beck – e non solo da lui – per un cosmopolitismo bene inteso, trasformano la fluidità delle categorie di comprensione del mondo in occasione per tessere un nuovo “realismo”. Un realismo cosmopolita, che si scrolli di dosso quell’aura utopistica che finisce inevitabilmente per rimandarne ogni possibile attuazione, contrapponendogli il (presunto) virtuosismo della *Realpolitik* strategicamente immaginata sulla scacchiera planetaria dove le pedine sono ancora i singoli Paesi. In ballo vi è infatti la possibilità di scoprire e fondare una società e una politica che si presentino emancipate da stabilizzatori tarati sui risvolti positivi e su quelli tragici della lezione nazional-statale. La domanda che Beck condensa in termini di analisi delle *chances* di successo di una integrazione sociale e politica attraverso la cosmopolitizzazione è cruciale per l’Europa, tenuto conto della sua tradizione ondulata, soprattutto in relazione alle implicazioni che il motto “unita nella diversità” contiene come nocciolo dialogante.

Vi è un’ambivalenza agonistica che Cacciari rintraccia nella contrapposizione antichissima tra Oriente e Occidente e che, richiamando lo storico Federico Chabod, potremmo dire aver costituito comunque il sorgere di un nucleo d’Europa *per differentiam*, quasi in attesa che l’identità si definisse più compiutamente. Eppure, come da considerazioni di Morin, l’identità europea non può essere altro che una *poliidentità*. Attraverso il tentativo di agglutinare la realtà, viviamo nell’illusione che l’identità sia unica e indivisibile, mentre è sempre una *unitas multiplex*, una federazione di identità che ben si attaglia all’originalità comunitaria¹³, a patto che quest’ultima metta da parte inutili duplicazioni istituzionali, per contemperare pluralismo e autorevolezza. In noi fondiamo, nient’affatto irrimovibilmente, una identità familiare, una locale, una regionale, una nazionale, una transnazionale, una confessionale ecc. Naturalmente, la contemporanea appartenenza a identità a cui è impedito di essere esclusive e a cui è

¹¹ *Ibidem*, p. 35.

¹² B. DE GIOVANNI, *Verso una nuova forma europea della politica?*, in F. SDOGATI (a cura di), *L’unificazione dell’Europa. Opportunità dell’Unione allargata*, Bari, 2005, p. 101.

¹³ Cfr. E. MORIN, *Pensare l’Europa* (1987), Milano, 1990, p. 151.

richiesto di essere accoglienti, può accendere conflitti dietro i quali risuona sempre la sirena della tragedia.

In questo senso, pensarsi come una comunità di destino non può discendere dall'imputazione di gravi colpe o dall'attribuzione di presunti meriti per i quali il singolo non abbia dispiegato pienamente la propria personalità e la responsabilità soggettiva che distingue le azioni di ciascuno da quelle del vicino.

Ciò che va osteggiato è il *civilizopolism*¹⁴ di cui Huntington si rivendica alfiere, stimolando l'UE – ma anche i Paesi che non ne fanno ancora parte – a una concezione maggiormente rizomatica della cultura politica. Non intendiamo delegittimare l'*identificazione concentrica* in quanto tale, ma di contribuire attivamente al concepimento di un inedito schema cosmopolitico che non si risolva all'estensione globale di *una* filosofia, *una* prospettiva economica.

Un nuovo cosmopolitismo significa coltivare un rispetto talvolta persino polemico tra parti che procedono in direzioni diverse, ponendo un solo limite invalicabile per tutti: la vita umana.

Il linguaggio della cultura, sebbene in tanti facciano professione di attenzione alle differenze, alle identità ibride, non può essere sempre ridotto a una grammatica del Bene universale. Le culture sono infatti generatrici di potere, si definiscono escludendo alcuni e tutelando i privilegi di altri. Basti pensare che la difesa della differenza oggi si preoccupa essenzialmente di valorizzarne i marcatori e molto meno invasivamente di proteggere l'intero ventaglio degli stili di vita rintracciabili in un territorio.

Certamente, come sarà sostenuto utilizzando Beck, si evidenzia una stringente necessità di tradire la logica quasi-ontologicamente binaria tipica della modernità che ci lasciamo alle spalle (l'"*aut...aut*"), per dirigersi verso giochi a somma positiva, attraverso i quali manifestare appartenenze che non siano reciprocamente escludenti, ma che aiutino la *poligamia topica* dell'uomo, favorendone la contrazione di un legame con più luoghi, più terre, senza che tale condizione sia considerata punitiva¹⁵.

La recente espansione di *soft modes of governance* consente di tracciare uno schema orizzontale di esercizio del potere a tutto vantaggio dei diritti dei cittadini e non contro di essi, ma, contemporaneamente, pone inquietanti questioni circa l'essenza della democrazia nel ventunesimo secolo e della *rule of law* in un giovane sistema politico sovranazionale. Questi metodi possono rivelarsi discutibili nella misura in cui il tentativo di governare il pianeta senza estendere la democrazia, per come oggi sperimentata entro i confini nazionali, finisca con il privilegiare i meccanismi decisionali a detrimento della rappresentatività. Non soltanto la tendenza verso una governance del mondo risulta ancora assediata dalle forze centrifughe che assumono le sembianze di movimenti separatisti ecc.,

¹⁴ Vale a dire un'idea di cosmopolitismo coniugata nel rispetto ossessivo della civilizzazione occidentale.

¹⁵ U. BECK, *Vivere la propria vita in un mondo frenetico: individualizzazione, globalizzazione e politica*, in W. HUTTON, A. GIDDENS (a cura di), *Sull'orlo di una crisi. Vivere nel capitalismo globale* (2000), Trieste, 2005, p. 138.

ma appare ben salda l'inclinazione, da parte dello *sguardo nazionale*, a innalzare sé stesso a criterio del mondo, cercando di istituzionalizzare un'immaginazione monologica della limitazione e dell'emarginazione degli altri e degli stranieri¹⁶.

Tutto questo evidenzia l'insufficienza, se non addirittura l'inopportunità, di un cosmopolitismo esclusivamente morale, privo del mordente per relazionarsi con la nazione al fine di modificarla lentamente.

All'Europa è davvero richiesta una grande pazienza, alla quale non sia mai fatto mancare un opportuno entusiasmo e che, attraverso una memoria non affidata a una coltivazione rapsodica, possa sempre guardare il passato per scoprire che il presente e il futuro sono come li conosciamo, nei loro risvolti positivi e in quelli meno, anche per le scelte di unità compiute dopo le carneficine delle guerre mondiali.

2. L'Unione europea sfida i suoi stessi abitanti sul terreno della costruzione di un'identità plurale, senza baricentro, come incoraggia a fare Pier Paolo Portinaro¹⁷. L'identità europea ha una molteplicità di matrici, simbolicamente rappresentate da Gerusalemme, Atene e Roma, quasi a voler incrinare, mediante il *politeismo* che da tali città è stato lasciato in eredità, ogni forzata giustapposizione tra le sembianze del continente e la definizione delle frontiere dell'UE. Ciascuna delle "tre Rome" è portatrice di un retaggio per niente univoco. Esempio canonico è quello di Atene: essa rappresenta la misura del pensiero filosofico o gli eccessi della tragedia, lo spirito apollineo o quello dionisiaco¹⁸?

È dunque credibile quella unità culturale di fondo che il filosofo De Giovanni rileva nella storia dell'Europa moderna e che sarebbe stata travasata anche in un *runaway world* che trasmette invariabilmente la sensazione di cambiare vorticosamente e di sfuggirci¹⁹? In fondo, De Giovanni per primo non rinuncia a leggere l'Unione, vestita da sperimentazione avanzata di una compiuta comunità europea, quale *universo eteroclitico*, che guarda al Mediterraneo per fare proprie le più stimolanti lezioni che da questo mare ancora ci giungono. Lezioni tanto più importanti in anni che ci catapultano tra gli interrogativi sollevati da un multiculturalismo differente da quello che ha popolato per secoli città, regni, imperi. Oggi più che mai la democrazia va definita come una "pluralità" dove la politica non può limitarsi a fungere da ispiratrice di una monistica ragione giuridica, ma deve ripermire lo spazio pubblico al fine di predisporlo efficacemente al dialogo tra molteplici ragioni²⁰. Proprio alla luce di tale trasformazione caldeggiata da Carlo Galli, l'aggressività fobica di parecchi cittadini nei confronti dei

¹⁶ U. BECK, *Lo sguardo cosmopolita* (2004), Roma, 2005, p. 107.

¹⁷ Cfr. P. P. PORTINARO, *Un'identità senza baricentro*, in S. CARLETTO, R. FRANZINI TIBALDEO, *Il globo e la spada. Scenari futuri dell'Europa unita*, Milano, 2004, p. 139 ss.

¹⁸ *Ibidem*, p. 139.

¹⁹ A. GIDDENS, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita* (1999), Bologna, 2000, p. 7.

²⁰ Cfr. le travagliate conclusioni di C. GALLI, *Introduzione*, in C. GALLI (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna, 2006, p. 13.

rappresentanti di culture “altre”, trasformati – spontaneamente o attraverso una subdola opera di eterodirezione – in *capri espiatori*, è la più grossolana manifestazione dell’intolleranza dietro le cui becere reificazioni si apposta un’interpretazione della democrazia che scoraggia ogni approfondimento dell’integrazione europea. Inalberarsi fondamentalisticamente nel rifiuto che la democrazia sia uno *spazio aperto* e non una cosa in cui vigono solo usi e costumi specifici, determinati (i “nostri”), verso i quali si concede al meglio di uniformarsi forzatamente (la versione più brusca di assimilazionismo), vuol dire sviluppare un’intolleranza che si cristallizza, archetipicamente, attorno alla dialettica amico/nemico, indigeno/forestiero, che drammatizza ogni conflittualità opacizzando una necessaria alternativa, quasi una “terza via” che prende le mosse da un riconoscimento di fondo: anche la democrazia occidentale è espressione di *una* cultura. Tale rilievo non può condurre alla conclusione che teorizza l’inestricabile rapporto tra presenza del conflitto e appartenenza a un (presunto) unico riferimento culturale. Qualche anno prima della morte, Luhmann aveva ricordato che gli europei sono abituati a trasformare le culture straniere dall’incomprensibile al *comprensibile*, benché al prezzo delle correlate distorsioni, in quanto “costretti” a ciò dalla comunicazione su scala mondiale resasi necessaria dopo la scoperta delle Americhe, tra l’altro coincisa con l’invenzione della stampa. Suonerebbe pertanto paradossale se oggi fossero proprio loro ad abbandonare il vecchio riferimento universale del concetto per non partecipare più alla perturbazione dell’era moderna, rinunciando a quell’ausilio che la razionalità era stata in grado di fornire, sostituendosi a quanto nella tradizione aveva per secoli garantito la religione²¹.

La sfida di un’identità plurale, di una cittadinanza mai succuba della saldatura con l’etnocentrismo, è quella che coinvolge, con rinnovata urgenza, il Mediterraneo descritto da Franco Ferrarotti in ossequio alla lezione braudeliana.

Il sociologo italiano, esplicitamente richiamandosi al noto storico francese, ha voluto rappresentare questo mare, che pure su una cartina geografica del pianeta appare simile a una minuscola fenditura della crosta terrestre, come un ricettacolo di civiltà. Come un crocevia di culture sempre impegnate nello sforzo di far coesistere *pluralità e differenza*, perennemente protese a favorire il sorgere di un’identità mediterranea per nulla sfumata anche nei momenti di maggiore turbolenza, ma sempre disposta a riconoscere la propria completezza nelle migliori caratteristiche dell’Altro, in un rigetto della boriosa chiusura da auto-sufficienza modellato sull’inesplicabile mistero trinitario. Contro il globalismo d’oltreoceano che uniforma e omologa voracemente tutto, il Mediterraneo diventa, secondo studiosi come Riccardo Cavallo, il referente incaricato, persino proprio malgrado, di indicare al resto del pianeta l’esigenza di non adagiarsi sul pangiuridicismo che, al contrario, trasuda dall’opera di eminenti cattedratici come Luigi Ferrajoli. L’invito a un’alterità in grado di differenziarsi dal relativi-

²¹ N. LUHMANN, *op. cit.*, p. 59 s.

smo più rozzo funge da scudo contro il rischio di elevare i diritti fondamentali a insopprimibile entità ontologica, dotata di validità euristica²².

La lezione mediterranea ammonisce la politica a non esaurirsi in istituzioni di tipo statuale classico, ma a riconoscere quanto di meticcio c'è in ognuno di noi, per altresì accorgersi che, grattando sotto la superficie, esistono *universali culturali* sui quali depositare variopinti nuclei di valori comuni con i quali ripararsi dai portati distruttivi della globalizzazione, non da utilizzare come testa d'ariete per scadere nell'adesione a mode imposte egemonicamente.

La convivenza delle culture nel Mediterraneo, come esperimento mai del tutto compiuto per i Paesi europei che su di esso si affacciano, segnala un fitto intreccio di opposti che richiede un'inesausta tensione verso inedite sintesi. È perfettamente comprensibile pertanto che i pensieri intenzionati a cimentarsi con il tema evidenzino oscillazioni immediatamente riconducibili alla prevalenza in essi di venature ottimistiche o pessimistiche. Nella complessa architettura filosofica, devota al tragico, di un giurista come Pietro Barcellona, non sorprende che il trionfo della ragione procedurale del diritto universale e della ragione strumentale dell'agire tecnologico venga rimarcato come manifestazione estrema di una mutazione dell'Illuminismo, dalle premesse insite nell'esperienza della Grecia antica²³.

3. Liberare l'identità dall'egoismo proprietario che rende il linguaggio conformista e spiana la strada a svariate modalità di razzismo è, secondo Serge Latouche, operazione che passa per un deciso recupero della ragionevolezza contro le degenerazioni della razionalità. Nel volume *La sfida di Minerva*, egli tenta quasi una lettura storico-sociale del mito che ha nel ruolo di protagonista la dea della ragione. A Minerva, altrettanto spesso vista come dea della guerra, già per il solo fatto di essere uscita tutta armata dalla testa di Giove, possono essere attribuiti due figli spirituali: *Phrónesis*, la maggiore, ossia quell'intraducibile mescolanza di prudenza e saggezza, o, ancor meglio, il *ragionevole*; e *Lógos epistemonikós*, il minore, cioè la ragione geometrica, il *razionale*²⁴. Secondo il sociologo, il fratello ha reciso i legami con la sorella nel XVI secolo, diventando il fulcro della civiltà occidentale, della modernità, che risulta pertanto plasmata dalla *razionalità tecnoeconomica*. Nonostante la diretta filiazione dalla Grecia mediterranea, questa ha preteso di imporre senza confronto una razionalità da cui risulta assente ogni considerazione (prepolitica) del bene. Sarà anche vero che il confine del ragionevole contiene nell'intrinseca elasticità che lo caratterizza un'arbitrarietà che, per esempio, minaccia alcune caratteristiche del diritto, ma la razionalità, sebbene sottratta a enfatiche simmetrie con la

²² Secondo quanto paventato da R. CAVALLO, *L'Europa tra diritti e popolo. Spunti per una riflessione critica*, in *Nike – La Rivista delle scienze politiche*, 2004, p. 60.

²³ Nel merito rinviamo a quanto scritto ripetutamente e ribadito ancora una volta da P. BARCELLONA, *La parola perduta. Tra polis greca e cyberspazio*, Bari, 2007, p. 76 ss.

²⁴ S. LATOUCHE, *La sfida di Minerva. Razionalità occidentale e ragione mediterranea* (1999), Torino, 2000, p. 10.

Phrónesis, non può bastare a sé stessa, tanto più in una società contrassegnata dal *rischio*, in quella che Beck definì la *Risikogesellschaft* già nel 1986, e non solamente sotto l’impatto emotivo della nube radioattiva sprigionata dall’esplosione del quarto reattore della centrale nucleare di Chernobyl. Nella società (globale) del rischio, dell’incertezza prodotta dall’uomo stesso, il trionfo del razionale diventa assoluto (*ab-solutus*, separato dal resto, sciolto da qualsiasi vincolo) con l’avvento del regno tirannico dell’economico, le cui leggi degradano tutto quel che concerne altre sfere a bersaglio di svalutazione, di derisione, nelle teorie più raffinate di catalogazione come *residuo* (Pareto). Assimilando la razionalità al calcolo economico si cozza contro una stridente contraddizione, da Latouche definita confusione dei fini e dei mezzi²⁵. Se il comportamento razionale consiste nell’allocare i mezzi scarsi a usi alternativi per realizzare al meglio il fine perseguito, poiché tale scopo non può essere che la felicità dell’agente e dell’umanità, allora l’economico si riduce alla quantificazione della felicità. Ma svilire la felicità a un ben-essere che sia sinonimo di ben-avere, di possesso, trasformatosi ormai in fine dotato di un’intrinseca giustificazione, piuttosto che rimanere *medium*, strumento per conseguire un determinato scopo, favorisce la messa da canto del *telos*. Nell’esempio adoperato, il fine dovrebbe tutt’al più restare il raggiungimento della felicità, non la massimizzazione dei mezzi ritenuti indispensabili per procurarla. La razionalità, insomma, divora il proprio oggetto nella *procedura*²⁶.

È una critica senza sconti non al progetto moderno in sé considerato, ma alle sue deformazioni, che tuttavia vengono presentate con una patina di inevitabilità, come nella *Dialettica dell’illuminismo*, che matura quando la minacciosa nube della Seconda guerra mondiale ha già mostrato ad Adorno e Horkheimer tutta la propria cupezza. I più insigni componenti della “Scuola di Francoforte” rappresentarono nichilisticamente gli esiti della ragione europea, annientata e insieme paradossalmente celebrata nel suo potere infinito. Il *logos* europeo era morto nei campi di concentramento, ma tale decesso non era stato un’improvvisa deviazione da un sicuro cammino. Si era viceversa trattato dell’acme brutale, del pieno compimento della ragione illuministica, rovesciatasi nel contrario delle proprie dichiarate intenzioni come dinanzi a uno specchio deformante. Posti al cospetto dell’impossibilità di compiacersi dei nefasti tempi vissuti, gli autori tedeschi, lontani dalla patria umiliata dalle ambizioni naziste, avvieranno, per utilizzare le parole di Massimo Iiritano, un “processo di ripensamento linguistico e teoretico”, lacerato dalla “fatica del più spietato pensiero critico”, ma anche audacemente disposto nei confronti di una “difficile rifondazione”²⁷. La tesi di fondo dell’opera viene efficacemente condensata nell’*incipit* del libro: “L’illuminismo, nel senso più ampio di pensiero in continuo progresso, ha perseguito da sempre l’obiettivo di togliere agli uomini la paura e di renderli padroni. Ma la terra interamente illuminata splende

²⁵ *Ibidem*, p. 73 s.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ M. IIRITANO, *Utopia del tramonto. Identità e crisi della coscienza europea*, Bari, 2004, p. 163.

all'insegna di trionfale sventura"²⁸. L'Illuminismo, infatti, sin dall'origine, è "ragione" del dominio, del disciplinamento. Questo è il suo reale obiettivo. È "totalitario" più di qualunque altro sistema, perché "riconosce a priori, come essere e accadere, solo ciò che si lascia ridurre a unità; il suo ideale è il sistema da cui si deduce tutto e ogni cosa"²⁹. Esso, insomma, "si rapporta alle cose come il dittatore agli uomini: che conosce in quanto è in grado di manipolarli"³⁰. L'Illuminismo, sostiene Horkheimer, dissolve l'idea di ragione oggettiva, il dogmatismo e la superstizione, ma spesso sono la reazione e l'oscurantismo a trarre superiore vantaggio da questa evoluzione, appellandosi maliziosamente alla ragione diventata neutrale e quindi, secondo il filosofo, impotente, devitalizzata³¹. Di più: "la macchina ha gettato a terra il conducente, e corre cieca nello spazio. Al culmine del processo di razionalizzazione la ragione è diventata irrazionale e stupida"³², guidando l'uomo a tollerare il deperimento dell'organizzazione della democrazia a favore di una progressiva personalizzazione del potere, che aizza il mito plebiscitario di un diretto rapporto tra cittadini e Capo, culmine del processo di spiazzamento della rappresentanza mediata da agenzie politiche organizzate come i partiti³³.

Scott Lash circoscrive a questo terreno d'indagine il collegamento che istituisce tra l'analisi francofortese e l'esegesi della modernità riflessiva secondo schemi politici ed estetici che ne differenziano il taglio da quello caratterizzante gli sforzi giddensiani e beckiani. Egli rappresenta cioè un'originale chiave di decifrazione della modernizzazione, le cui iniziali propensioni emancipatrici dall'ordine statico dell'*ancien régime* finiscono per rivolgersi contro sé stesse. L'Illuminismo o la modernizzazione nell'era del capitalismo organizzato diventano invece il proprio doppio ossessivo, esattamente nel modo in cui la sfera pubblica aperta dagli scambi di mercato si trasforma nel proprio "altro", rappresentato in questo caso dall'impresa capitalistica di monopolio gerarchicamente strutturata; nello stesso modo in cui l'individualismo democratico nella sfera politica si è mutato nell'impersonalità della burocrazia razional-legale; nello stesso modo in cui gli impulsi creativi delle avanguardie estetiche sono diventati i quartieri-prigione e le aberrazioni architettoniche dell'edilizia popolare degli anni Sessanta; nello stesso modo in cui, infine, il potenziale emancipatore anticlericale della fisica classica si è trasformato nella scienza distruttrice della natura del tardo ventesimo secolo³⁴.

²⁸ M. HORKHEIMER, T. W. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo* (1947), Torino, 1966, p. 11.

²⁹ *Ibidem*, p. 15.

³⁰ *Ibidem*, p. 17.

³¹ M. HORKHEIMER, *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale* (1947), Torino, 1969, p. 27 s.

³² *Ibidem*, p. 113.

³³ Per un approfondimento in merito, cfr. A. LATTARULO, *Presidenzialismo, leaderismo, crisi dei partiti: la tridimensionalità dell'antipolitica postpolitica*, in *Dissensi*, 2001, p. 109.

³⁴ S. LASH, *La riflessività e i suoi doppi: struttura, estetica, comunità*, in U. BECK, A. GIDDENS, S. LASH, *Modernizzazione riflessiva. Politica, tradizione ed estetica nell'ordine sociale della modernità* (1994 e 1996), Trieste, 1999, pp. 161-227, in specie p. 163.

Se è vero, come osservato da Axel Honneth, che nella *Dialettica dell'illuminismo* Adorno e Horkheimer analizzano l'autoaffermazione dell'uomo come processo di sottrazione al pericolo della natura impenetrabile, che conduce il genere umano a superare i confini della vita animale, mediante la trasformazione dei comportamenti mimetici nella manipolazione della natura³⁵, nondimeno il punto nevralgico della teoria adorniana va rintracciato nel terrore per l'acuirsi del processo di civilizzazione³⁶, dietro i cui portati vi è sempre in agguato, come contrappunto inaggirabile, una filosofia della storia che sortisce effetti inintenzionali, non desiderati. Le conclusioni depositate in *Dialettica dell'illuminismo* spiegano perché gli autori che nel Novecento rintracciano il declino, il compimento del tramonto dell'Europa, continuano a richiamarsi a tale opera anche quando non ne condividano alcuni versanti dell'impianto categoriale. Nell'interpretazione fornita da Honneth, secondo i due autori "nella misura in cui il soggetto umano aumenta sistematicamente il suo controllo strumentale sulla natura esterna, perde al contempo gradualmente la sua natura interna perché deve trattarla come quella esterna"³⁷. Tra l'altro, essi demistificano, al pari di Marx, l'evoluzione socio-culturale che nell'evidenza di una crescita cumulativa delle forze produttive suscita l'impressione di un progresso continuo, mentre si rivela crudamente come l'atto, dilatato nel tempo, di una regressione storica del genere umano³⁸.

Beck, consapevole della centralità degli scienziati sociali in un'epoca nella quale a loro spetta il decisivo compito di mettere ordine nella complessità che ci circonda, al fine di non condannare alla cecità il pubblico, senza il cui appassionato intervento il dibattito resta muto e impolverato, interpreta quella attuale come una temperie in cui scagliarsi contro tutte le varianti della "modernizzazione-a ogni costo", senza però assumere atteggiamenti gratuitamente antimodernisti. Il 1989 non è la svolta epocale che ha segnato l'erosione della società industriale che in Europa si è sviluppata dal diciannovesimo secolo e che in seguito è stata diffusa ed esportata in tutto il mondo. Altre sono state le premesse del pensare e dell'agire, a partire dalla questione ecologica³⁹. Semplicemente, il 1989 ha rappresentato, per il contributo che l'Europa può fornire al mondo uscito dalla *cold war*, un *turning point* che non consente di sottrarsi più a una approfondita riflessione sui processi di individualizzazione in un contesto di evidente globalizzazione. Tutte le giovani generazioni sono pienamente figlie di un ordinamento post-tradizionale le cui dimensioni cosmopolitiche mettono chiaramente in evidenza che la linearità schematica che presiedeva alla divisione tra pubblico e privato non funge più da riparo, ma si addiziona a quella crisi da

³⁵ A. HONNETH, *Critica del potere. La teoria della società in Adorno, Foucault e Habermas* (1986 e 1989), Bari, 2002, p. 95.

³⁶ *Ibidem*, p. 91.

³⁷ *Ibidem*, p. 106.

³⁸ *Ibidem*, p. 93.

³⁹ U. BECK, *L'epoca delle conseguenze secondarie e la politicizzazione della modernità*, in U. BECK, A. GIDDENS, S. LASH, *op. cit.*, p. 30.

vittoria che invece ha investito l'Occidente dopo il crollo del mondo a Est del Muro di Berlino.

In un'epoca di evidente transizione della società attraverso processi di svuotamento di senso, di sotterramento della tradizione, caratterizzata, per dirla con Maffesoli, "dall'impermanenza delle cose considerate più stabili"⁴⁰, segnaliamo con inquietudine la prevalenza di un orientamento che promuove a supremo comandamento la sfiducia riguardo alla possibilità di trovare salvezza nella società. Non si tratta di prendere posizione in un confronto serrato tra individualismo e comunitarismo, ma di rilevare che l'invasione dello spazio pubblico da parte della dimensione intima della vita privata si innesta su un disperato solipsismo che spiazza l'equipaggiamento di molti cittadini nell'affrontare le difficoltà e fa lievitare l'apatia politica⁴¹.

Anche per le suddette ragioni ci sembra fondamentale convergere con la nostra riflessione sul tema della memoria, come indispensabile fase di relazione individuale e collettiva verso il passato e per l'edificazione di un futuro non più segnato da fradici schemi nazional-statali, ma attento a risvolti ancora tutti da perfezionare.

Pur senza ricostruire puntigliosamente alcuni dibattiti infuriati negli ultimi anni, essi confermano che la più efficace rappresentazione dell'Europa è quella di un cantiere tumultuoso, al cui interno si compie una complessa metamorfosi che incessantemente la rende qualcosa di parzialmente nuovo e diverso.

Edgar Morin, nel suo celebre *Pensare l'Europa*, scrisse che, a differenza dell'insetto, "l'Europa non ha il programma preliminare della sua trasformazione"⁴² e deve compiere continuamente uno sforzo che ne renda coerente e dinamica la morfologia. Affinché ciò avvenga, acquista valore un esercizio di memoria, che dal passato remoto tragga ispirazione per l'apertura al confronto che, attraverso il Mediterraneo, ha consentito l'arrivo e l'esportazione di nozioni scientifiche, grandi libri dell'antichità, frutti, spezie, tessuti, opere d'arte; e che dal passato prossimo apprenda il monito della Seconda guerra mondiale, così da gettare solide fondamenta per un futuro che, pur senza abdicare al passato, possa caratterizzarsi come destino comune nel ripudio degli orrori, a favore di un mes-

⁴⁰ M. MAFFESOLI, *Note sulla postmodernità* (2003), Milano, 2005, p. 59.

⁴¹ Z. BAUMAN, *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza* (2001), Bologna, 2002, p. 12. Anche se va rilevato che, proprio utilizzando le definizioni maggiormente aperte di Politica coniate da tanti autori, sorprende che non altrettanto spesso da parte loro vi sia stata la rilevazione di quanto impegno secondo canonici schemi di attivismo sia attualmente stato travasato nelle esperienze di cittadinanza attiva. Per un ottimo inquadramento epistemologico e una seria ricognizione dell'ambivalenza del concetto di cittadinanza, che si connette, in quanto fenomeno bifronte, all'insufficienza delle categorie statuali, cfr. G. MORO, *Azione civica. Conoscere e gestire le organizzazioni di cittadinanza attiva*, Roma, 2005. Significativo ci sembra comunque l'approccio di un internazionalista come Triggiani, che dalla sussidiarietà introdotta in campo comunitario fa discendere la possibilità di una cittadinanza sempre più compiutamente europea. Cfr. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 435 ss.

⁴² E. MORIN, *op. cit.*, p. 163.

saggio di pace rivolto a tutti. Come destino comune, insomma, favorito anche da un sentimento sorto attorno al non-avvenuto⁴³, attento a pre-occuparsi delle generazioni future in una società minacciata da rischi potenzialmente distruttivi per il genere umano.

4. Dalla nettezza delle tesi di Horkheimer e Adorno si è affrancato Jürgen Habermas, indisposto a lasciarsi travolgere dalle tinte fosche che pervadevano l'indagine dei suoi maestri sul contributo fornito dall'industria culturale alla cessazione di una riflessione dell'uomo su sé stesso, sulle vesti comunicative dell'Illuminismo, presentato come una *grande narrazione* voltasi in *mistificazione di massa*. Sebbene non abbia mai risparmiato acuminati rilievi al razionalismo dei lumi, Habermas conserva intatta la fiducia nella forza del progetto moderno, nella sua capacità di non abbandonare ogni spirito di esplorazione del limite tra le spire della tecnica, svilendo la tensione verso l'infinito in tentazione di dominio e di asservimento dei propri simili.

Benché non all'interno di un paradigma comunicativo come quello del connazionale, perplessità simili a quelle habermasiane sono nutrite da Beck, postosi decisamente in opposizione al filone esegetico in cui, accanto alle ricordate posizioni di Horkheimer e Adorno, si rintraccia non da ultimo il Bauman autore di *Modernity and the Holocaust*⁴⁴. Addebitare all'Illuminismo le colpe per le perversioni a cui l'umanità ha assistito, equivale a negare il libero arbitrio di ogni uomo, a rappresentarne le scelte inficcate da un ambiente che reprime il completo dispiegamento dell'individualità. Secondo il sociologo tedesco, addirittura, non solamente il congedo disperato dalla modernità non deve essere l'ultima parola, ma, pur nel rispetto e nella contestualizzazione di certe sfumature degli studi francofortesi, osservando le tesi espresse in *Dialettica dell'illuminismo* colpisce la cecità, persino ostentata sotto alcuni rispetti, "di fronte allo sforzo europeo di reinventarsi dinanzi all'orrore dell'Olocausto"⁴⁵. Se la miopia dei maestri può giustificarsi a ridosso della tragedia, non può pretendere di esserlo, argomenta Beck, qualora abdichi al dovere di allontanare ciò che ancora unisce il pessimismo europeo a una coazione apparentemente inspiegabile a pensarsi correlato all'Europa nazionale, rifiutando cioè una storia che trasformi il continente unito in un faro di riferimento. Esiste dunque un legame non colto, ma soprattutto non spezzato, tra il pessimismo europeo, la critica della modernità e il postmoderno nella sua coniugazione atomizzante. Esiste uno spirito coalizionale tra l'Europa nazionale e quella postmoderna, perché molti apologeti della postmodernità aborriscono la possibilità di una lotta all'orrore della storia continentale con più Europa, con un'Europa attrice protagonista di un nuovo cosmopolitismo. Il timore è che tutto ciò possa fungere da cavallo di Troia per decomporre lo Stato-nazione non al fine di problematizzarne l'esistenza in un mondo regolato secondo innovativi canoni di *governance*, bensì per ampliarne il

⁴³ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁴ Z. BAUMAN, *Modernity and the Holocaust*, Ithaca (NY), 1989.

⁴⁵ U. BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, cit., p. 220.

perimetro, estenderne le strutture burocratiche a cui si imputano gli slittamenti verso una democrazia illiberale. Si sente urgente bisogno dell'emersione nella negazione, ossia nell'autocritica delle attuali concezioni della politica e dello Stato, di uno sguardo cosmopolita che sperimenti un'Europa radicata sì nella propria storia, ma che da tale storia trae linfa per fare ammenda degli errori commessi. Per mettere in discussione i fondamenti, i limiti e le idee-guida della politica nazional-statale, per liberare dalle incrostazioni il nesso tra Europa e pace, principio costituente dell'avvio della costruzione europea secondo De Giovanni anche a causa di ragioni collegate indissolubilmente alla Seconda guerra mondiale, alla ferita aperta nel ventre del continente dai campi di concentramento⁴⁶. Ferita talmente profonda da spingere la Germania a risollevarne il proprio onore, la propria dignità, conferendo inedita centralità al tema della *pace perpetua*, non da ultimo attraverso le riflessioni, intrise di universalismo neokantiano, di Habermas.

Memoria del passato, intendiamo argomentare, significa, da un lato, tenere vivo il miglior lascito di millenni, dalla *polis* greca al diritto romano al *welfare*; dall'altro, enfatizzare il *processo di apprendimento democratico*, facendo delle tragedie e delle macabre lezioni del ventesimo secolo una risorsa che disponga infaticabilmente alla comprensione tra i popoli⁴⁷.

Scegliere di rappresentare o meno una tradizione, illudendosi che esista o ristrutturandola, tuttavia non scioglie il viluppo della memoria. Pietro Barcellona, con la tipica causticità delle posizioni che spesso assume, ha suggerito all'Europa di impegnarsi in una narrazione di sé, autobiografica, alternativa al modello tecnocratico dominante. L'Europa non può aggirare la riflessione in merito alla corsa a precipizio del presente, dai cui folli ritmi provare a sottrarsi mediante un discorso originale, non riducibile a mera omologazione dei discorsi altrui⁴⁸.

In questo senso, i contrasti tra Europa e America possono essere ricondotti al conflitto tra due diversi modi di abitare la terra, il secondo dei quali è incarnato da una popolazione che presentifica il tempo, elidendone le proiezioni a ritroso, le protuberanze verso il passato, così celebrando una libertà sgravata da ogni vincolo, da qualsiasi peso minacci di ridurne l'assolutezza.

L'America si costituisce come autorappresentazione di nuova società dopo il genocidio dei nativi, che simboleggia la distruzione degli "antenati" e la fine della memoria storica⁴⁹. Gli Europei, nella veste di abitanti dello spazio (*Ortung*), sono invece legati ai luoghi, ai "territori", dove sono presenti i monumenti della loro attività sul pianeta e sono naturalmente portati al "ricordo" di quanto è avvenuto e al "racconto" che lo ha tramandato⁵⁰. Il punto è delicato: l'elaborazione di un disegno europeo sulla memoria non può rimanere incatenata a un

⁴⁶ B. DE GIOVANNI, *L'Europa e la guerra*, in *Italianieuropei*, n. 2, 2003, p. 120.

⁴⁷ M. TELÒ, *L'Unione Europea tra neoregionalismo e governance globale: tre scenari*, in S. LUCARELLI (a cura di), *La polis europea. L'Unione Europea oltre l'euro*, Trieste, 2003, p. 91.

⁴⁸ P. BARCELLONA, *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*, Bari, 2005, p. 19 s.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 21.

riferimento agli avi, alla storia in quanto evocazione “scientifica”, demitizzata, di radici comuni, di sostegno alla convinzione che esista una “comunità di destino”. Nulla è più pericoloso dell’idea di costruire il futuro esclusivamente come risposta all’invocazione quasi-messianica del passato. Sarebbe infatti inevitabile, entro le cornici di una storia costruita tra imperi e regni, stertare verso un’idea di nazione connotata secondo coordinate oggettivo-sostanzialistiche, che le accostano l’*ethnos*⁵¹. Il pur necessario fattore di appartenenza deve piuttosto evidenziare tratti “democratici”, come il “patriottismo costituzionale” habermasiano, nel quale il valore di “patria” rigetta la dipendenza dagli “-ismi” che stratonano l’idea di “nazione”, finendo per coincidere con il *pactum unionis* che ogni Costituzione presuppone, ma che abbisogna di essere reso vitale, praticato e difeso quotidianamente⁵².

Occasione di frizione è offerta dal fatto che una tale Costituzione, pur quando calata in una ricerca di unità attraverso l’attivazione di una memoria comune (negativa), è in partenza il documento supremo dei singoli Paesi, cosicché si trasforma in urgenza non rinviabile il concepirla come *terminus ad quem* che funga da “radice laica” dello stare insieme in un’Unione che va definendosi secondo traiettorie culturali, economiche e istituzionali non coincidenti con quelle seguite in occasione della formazione in età moderna degli Stati di prima o seconda generazione. L’UE, in sostanza, non aspira alla costruzione di un super Stato-nazione, che asseconi il movimento lineare *from nation to State* oppure quello inverso.

Ne *La costellazione postnazionale*, Habermas rileva che negli Stati odierni l’opzione democratica si àncora nella cultura politica condivisa, condivisa però all’interno di ciascuno Stato, senza per questo essere omogenea *tra* gli Stati, su scala continentale. Per di più, osservazioni di numerosi intellettuali hanno messo in rilievo che l’ordine globale che gradualmente si sta affermando, unisce tanto quanto polverizza, chiude nella stessa misura in cui tende ad aprire, assecondando un localismo virulento che attenta al mastice che tiene insieme le comunità nazionali, spingendo verso un’evocazione di piccole patrie introvertite che trovano ampia accoglienza nei movimenti regionalisti, secessionisti, che spruzzano xenofobia protezionistica sui propri usi, riattivando il circolo perverso della superiorità etnica persino di quei popoli con evidenti origini meticce.

A tale chiusura, che si presenta sminuzzata tra ragioni economiche, religiose, pulsioni identitarie sagacemente stimulate dai media, Habermas oppone la convinzione secondo cui la collocazione del processo democratico in una cultura politica comune non ha, come in passato, il *sensu esclusivo* della realizzazione di una specificità nazionale, ma piuttosto il *sensu inclusivo* di una prassi di autonomia, la quale mobilita cittadini, non sudditi⁵³.

⁵¹ Condividiamo la posizione assunta nello specifico da S. DELLAVALLE, *Una Costituzione senza popolo? La Costituzione europa alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*, Milano, 2002, p. 99 ss.

⁵² *Ibidem*, p. 123.

⁵³ J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia* (1998 e 1999), Milano, 1999, p. 36.

Oggi che gli Stati europei sono liberaldemocratici, esiste l'opportunità per tutti i loro cittadini, anche se in origine attraverso l'affermazione di uno *status* garantito entro i confini statali, di concepire il proprio benessere e la propria libertà quali valori riproducibili mediante un serrato impegno civile in un'arena continentale. La prassi deliberativa si emenda quindi sempre più nettamente dall'iniziale garanzia discendente dall'omogeneità storico-culturale, permettendo la partecipazione anche a coloro che di tale unità non fanno parte attraverso la condivisione di una tradizione.

Non convincono, pertanto, le perplessità, tra le tante, nutrite da Claus Offe, quando sostiene che motivare un'unione sempre più stretta tra i Paesi europei indicando quale obiettivo quello di ergere l'Europa a baluardo della libertà sia un fine reso obsoleto dalla storia. La caduta del Muro di Berlino e la trasformazione in democrazie (più o meno) liberali e parlamentari dei Paesi precedentemente collocati a Est della cortina di ferro – nonostante le dolorose eccezioni – continua ancor oggi a essere indicata come causa di corruzione del resto dell'Europa, che andrebbe così a perdere buona parte dei contorni morali che le erano garantiti – e costantemente rafforzati – dal porsi (ma andrebbe scritto come “Ovest”) contro il totalitarismo filo-sovietico⁵⁴. Insomma, conclude Offe, l'Europa come Peculiare Sintesi di Valori e Principi politici, allargandosi a Est si sarebbe tuffata in un gorgo di contraddizioni. Da parte sua, come nell'impianto teorico habermasiano, vi è da rilevare piuttosto l'affanno suscitato dalle sofferenze dello Stato sociale, giacché la crisi del keynesismo in un solo Paese dovrebbe stimolare l'urgenza di progettare una politica transnazionale (almeno) capace di sviluppare reti globali mediante le quali opporsi alla dicotomia protezionismo/neoliberalismo, ma al tempo stesso incappa nella difficoltà di riconvertire i già indeboliti sentimenti repubblicani in una forma ultranazionale di *integrazione funzionale* dei rapporti sociali che si coniughi con un'*integrazione sociale* che passi necessariamente attraverso norme intersoggettivamente condivise e valori comuni⁵⁵.

Forse l'UE dei 15 si è riferita ai Paesi dell'Est in termini senz'altro positivi, ma non scevri da ambiguità, sorvolando sulla mancanza di una consolidata tradizione di società civile locale, sugli *standards* deficitari in merito al trattamento delle minoranze, sulle precarie condizioni della libera informazione. Offe, del quale invero poco ci persuade il forzoso accostamento della storia di Praga con quella di Vilnius, contesta addirittura la pretesa comunitaria di cercare *solamente* in Europa principi da far riconoscere come patrimonio vincolante ovunque nell'Unione, evidenziando l'esistenza di altri Paesi, come l'Australia, dove sono state raggiunte sintesi più avanzate tra diritti di libertà, diritti politici e tutela sociale⁵⁶. Obiezione pretestuosa, che, tra l'altro, appare flebilmente devota agli insegnamenti già offerti dallo spingersi della CEE verso Sud, accogliendo nel

⁵⁴ C. OFFE, *The Democratic Welfare State. A European Regime Under the Strain of European Integration* (2000), in *Eurozine*, 2002, p. 15 (www.eurozine.com, reperibile on line).

⁵⁵ Cfr. J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 60 s.

⁵⁶ C. OFFE, *op. cit.*, p. 15.

1981 la Grecia e nel 1986 Spagna e Portogallo, ricoprendo un fondamentale ruolo nella transizione democratica di Paesi usciti dalla notte di lunghe e laceranti dittature. Assai banalmente, Offe, accodandosi a Münkler, argomenta a sostegno delle proprie riserve che “Europa” non soltanto ha sempre mantenuto la natura di un *counter-term*⁵⁷, ma che tutte le interpretazioni scaturite dal suo seno circa l’Altro come un qualcuno di somigliante a Sé, sono state puntualmente riservate ad alcuni, ben selezionati, “vicini”, e *non* a tutti gli europei. Da qui severe conseguenze di disturbo sull’integrazione comunitaria, che esasperano la divaricazione tra *politica* – funzione di produzione generale del consenso – e *amministrazione* – sviluppo e attuazione dei programmi – sulla quale il sociologo si era soffermato già negli anni Settanta, analizzando l’aumento di complessità del sistema sociale, che oggi perde qualsiasi leggibilità perché decifrato mediante il ricorso ad una semantica datata che sottopone lo Stato sociale a richieste eccessive, produttrici di risultati particolari e limitati.

È insomma, al tirar delle somme, una questione collocata sul piano identitario, diluita in prospettiva storica, che Chabod risolse in maniera opposta, individuando l’origine del concetto di Europa in una formazione *per differentiam*, per contrapposizione con quel che è altro, argomentando poi però che, sotto la patina ossidata e insanguinata da guerre e contrasti ripetuti, un tratto in comune vi sarebbe, come riconobbero anche i padri dell’avventura comunitaria, reduci da quel trentennio di guerra civile mondiale che aveva causato un *vuoto assoluto*, da cui ripartire, smentendo con un brusco cambio di prospettiva rispetto al passato le pratiche irriflesse che avevano condotto a carneficine quasi senza soluzione di continuità⁵⁸.

Ancora una volta, diviene patente che la scelta di rappresentarsi o meno come protagonisti di una tradizione non garantisce la combinazione mediante cui aprire la cassaforte del passato.

Che la memoria concerna il passato, è affermazione senza tema di smentita. Interpretarla significa però ricordare che, sebbene il passato, come già notò Aristotele, indichi qualcosa destinata nel lungo periodo a venire irrimediabilmente perduta, a causa della potenza erosiva e corruttrice del tempo, sarebbe nondimeno un marchiano errore sostenere che la memoria intessa tale labile trama *soltanto* con ciò che è stato. La memoria, infatti, fende tutte le dimensioni temporali, malgrado le insidie dell’universo della comunicazione, che la soffoca in un presente irrelato, pago di sé, che pretende di sterilizzarne l’estensione diacronica assimilando ogni tempo⁵⁹.

È illusorio credere che i nostri ricordi debbano restare immutati nel tempo e che, se smarriti, si tratti semplicemente di ritrovarne, con o senza la lanterna di Diogene, la primitiva impronta o, al massimo, di correggerne le deformazioni

⁵⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁸ F. CHABOD, *Storia dell’idea di Europa* (1961), Roma-Bari, 2001, IV ed., per esempio a p. 23.

⁵⁹ Circa il rapporto della comunicazione con la memoria, risultano particolarmente interessanti varie considerazioni sviluppate da F. MERLINI, *La comunicazione interrotta. Etica e politica nel tempo della “Rete”*, Bari, 2003, p. 7.

subite. La storia, a parziale integrazione di quanto riteneva Marc Bloch, non è “scienza delle tracce”, perché ciò presupporrebbe che tali tracce rimangano identiche a sé stesse, a dispetto del fluire del tempo. La storia può e deve essere *anche* “scienza delle tracce”, ma, altrettanto opportunamente, Paul Ricoeur ha suggerito che essa si erga a “scienza della testimonianza”, o, ancor meglio, delle testimonianze. Vale a dire rapporto attivo con insiemi di testimonianze verificate, incrociate e valutate⁶⁰. Ricoeur ha spesso evidenziato che la memoria soggettiva – quell’esperienza eminentemente privata di ogni uomo – non può esistere senza quadri sociali, senza quelle protesi esterne che, in linea con il pensiero di Maurice Halbwachs, la sorreggono e cercano di perpetuarla, rendendo così comunicabili le esperienze condivise. E tali *cadres sociaux* sono il linguaggio, la scrittura, i riti, i monumenti ecc., che aiutano a incorniciare la memoria individuale quale *un* punto di vista, particolare, sulla memoria collettiva⁶¹.

Ricoeur ha cercato comunque di andare oltre Halbwachs, il quale presupponeva un soggetto titolare della memoria collettiva. Tale soggetto, reputato inesistente da Ricoeur, frutto di una sensibilità storica stridente con quella odierna, stimola piuttosto, sulla falsariga di Husserl, a gettare un ponte tra le diverse forme di memoria, rendendo “più plausibile una fenomenologia della costituzione simultanea, mutua e incrociata, della memoria individuale e della memoria collettiva”⁶².

La filosofia (Bergson), la letteratura (Proust), la storia, sottolineano che la nostra esperienza non è altro se non il permanere in noi del passato significativo. Esso viene lasciato decantare, ma resta sempre in fermentazione. La memoria non funziona solamente come ricapitolazione, come continuo riassumere, perché va considerata un *bricolage* costruttivo, non totalmente arbitrario. Il carattere inconcluso del passato indica la sua proiezione nel futuro (ancora è d’obbligo il rimando habermasiano). Il futuro sverna nel passato, dove raccoglie le aspettative e le speranze inascoltate, in vista della loro realizzazione, giacché non solamente gli individui ma anche i luoghi sono “tempo rappreso, tempo plurimo”, non sono solo il suo presente, ma pure quei dedali di tempi ed epoche diverse che si intrecciano in un paesaggio e lo costituiscono. Ogni luogo è un viaggio nel tempo e contro il tempo, portando in sé una complessità stratificata e condensata che talvolta emerge con violenza, come in quel morboso amore delle frontiere descritto da Claudio Magris che si trasforma in idolatria della separazione, a cui sacrificare il sangue⁶³.

L’Unione europea, soggetto politico, economico, culturale, claudicante quanto si voglia eppure in costante divenire, nasce dall’attivazione di una memoria contusa, dall’incerta definizione identitaria di popoli scossi, lacerati, alle

⁶⁰ R. BODEI, *L’arcipelago e gli abissi*, in P. RICOEUR, *Ricordare, dimenticare, perdonare. L’enigma del passato* (1998), Bologna, 2004, p. IX.

⁶¹ M. HALBWACHS, *I quadri sociali della memoria* (1925), S. Maria Capua Vetere, 1997.

⁶² P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 59.

⁶³ C. MAGRIS, *L’infinito viaggiare*, Milano, 2005, p. XII s. e p. XVI (citazione).

prese con l'immensa opera di ricostruzione dalle macerie materiali e morali della Seconda guerra mondiale. Ma, proprio per tale motivo, sfidati a mantenere, trasformandolo in attive politiche di pace, il proprio Io attraverso lo scorrere degli anni, che non può correggere il passato a posteriori, ma può cercare di portare progetti nel futuro, pur nella consapevolezza della precarietà anche di questo⁶⁴.

Adottando un registro pienamente sociologico, Ulrich Beck è stato inequivocabilmente esplicito: la memoria dell'Olocausto, qualora inserita nella critica istituzionalizzata della via europea a sé stessa, lungi dal distruggere, costituisce quella pulsazione identitaria dell'Europa incaricata di facilitare la ricerca di una matura continuità nella rottura. L'Europa cosmopolita immaginata da Beck è stata tenuta a battesimo con scelta politicamente consapevole dopo la fine della Seconda guerra mondiale. Si tratta di riconoscere che questa è un'Europa in lotta per la conciliazione, per mettere definitivamente la parola "fine" a secoli di guerra. Per il perseguimento di tale obiettivo, essa è stata concepita come netta antitesi al nazionalismo, con il suo immondo portato di devastazioni.

All'atto della creazione, i tratti conferiti alla Comunità dai sei fondatori evidenziavano un singolare impasto di *memoria e oblio*, a partire da cui due Paesi come la Francia e la Germania allentarono un'ostilità secolare. L'allargamento a Est ripropone il tema della messa in questione del bagaglio nazionale, compito che l'Unione non può demandare ai soli entranti, sgravando di delicate responsabilità quei membri che in altre occasioni considera ancora il proprio "zoccolo duro"⁶⁵.

Il rimando previsto dal Trattato che istituisce una Costituzione al 9 maggio come "giornata dell'Europa" (art. I-8.5) è pertanto necessario ma non sufficiente. Parzialmente inopportuno, persino, germinando dalla dichiarazione di Schuman del 1950, prodotta a favore dello schieramento "atlantico" del continente, sebbene fosse rivolta agli *uomini*, prima ancora che ai Paesi che avrebbero inteso aderire alla proposta di creare la CECA, la Comunità europea del carbone e dell'acciaio.

La tensione etica delle parole del ministro francese, coadiuvato dall'amico e consigliere Jean Monnet, elevano la sua aspirazione al valore supremo della pace a nobile riferimento per l'avventura europea. Eppure, imprescindibile passaggio per la valorizzazione di un patrimonio spirituale e morale per il quale tutta l'Europa possa considerarsi egualmente protagonista, è costituito dal sacrificio che accomunò i popoli che la abitano contro le mire naziste.

Il passato che minaccia di non passare del tutto, di ergersi a inciampo vestendo i panni di una memoria che protocolla tutto e che nella feroce incapacità di dimenticare senza rimuovere confligge con la ricerca di pacificazioni nazionali e ideologiche, è stato problematizzato da Gustavo Zagrebelsky, con

⁶⁴ Nel merito sia consentito richiamare gli accenni contenuti in A. LATTARULO, *La memoria dell'Europa*, in *Cercasi un fine*, n. 14, 2006, p. 7.

⁶⁵ Con apprezzabile tempestività è intervenuta sul tema, pur addivenendo a conclusioni eccessivamente adagate sulla rappresentazione di una grave spaccatura nel continente, B. SPINELLI, *Globalizzazione e ordine giuridico nell'Europa allargata*, in *Il Mulino*, 2002, p. 621 ss.

l'invocazione del classico confronto tra Antigone e Creonte. Posti dinanzi alla morte di Polinice, caduto nella spedizione contro la propria città, Tebe, alla durezza di Creonte – aderente al ruolo di sovrano e perciò indisposto a soprassedere all'affronto subito con un gesto di *pietas*, di concessione a Polinice delle esequie, sacre in tutte le culture –, si contrappone la disobbedienza civile di Antigone, benché combattuta nell'intimo tra la fedeltà alla ragion di Stato e al proprio futuro di nuora del tiranno e l'amore per il fratello. Tragedia emblematica dell'inquietudine perenne che lacera l'animo di chi propone una conciliazione, in onore dei morti, giacché nell'aldilà tutti sono uguali e tacciono le divisioni della città, senza che ciò pretenda di essere figura “della smemoratezza della coscienza”⁶⁶. Il cadavere di Polinice, da seppellire o da lasciare insepolto, esposto al pubblico ludibrio, è usato come simbolo del passato da elaborare, del contrasto spesso vertiginoso tra la legge della città e il diritto del sangue, tra l'ordine pubblico e la coscienza privata⁶⁷.

L'Europa cosmopolita è un progetto di *resistenza*, la realizzazione di una memoria comune negativa. Risulta fondamentale riconoscere ciò, perché si rileva che la resistenza si accende in seguito all'esperienza della pervertibilità dei valori europei⁶⁸. Pertanto il punto di partenza non è costituito dall'umanesimo, ma dall'antiumanesimo, dall'amara constatazione che i regimi totalitari si sono sempre sostenuti sul delirio dell'“uomo vero”, per scartare, escludere, annientare gli esseri umani indisposti ad adeguarsi a questo ideale.

I fascismi italiano e tedesco, in particolare, rifacendoci a quanto argomentato da Hobsbawm, avevano caratteri anti-tradizionalisti e il passato a cui si richiama-
vano era una finzione scenica, infarcita di confuse ideologie postdarwiniane, nel caso hitleriano sostenute dall'eugenetica, che sognava una razza superumana attraverso il miglioramento selettivo e l'eliminazione dei disabili⁶⁹. Al termine dell'ultimo conflitto mondiale, forgiando la categoria di “crimini contro l'umanità” e tenendola ben separata da quella di “crimini di guerra”, si riuscì a indicare una responsabilità dei singoli colpevoli al di fuori del diritto domestico della comunità degli Stati, come nel processo di Norimberga.

È ovvio che a livello morale, giuridico e politico si manifesta un'autocontraddizione genuinamente europea, che minaccia di inficiare il ricordo, perché le tradizioni da cui è nato l'orrore dell'Olocausto, nonché la follia nazionalista e colonialista, sono europee, al pari dei criteri di giudizio in base a cui questi atti vengono ancor oggi giudicati al cospetto dell'opinione pubblica mondiale. Di fronte a tutto ciò, premura di Beck consiste nel liberare la memoria degli eventi dalla sua riconducibilità a questo lembo di terra, per trasformare la memoria

⁶⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, Milano, 2006, p. 19 ss., citazione a p. 28.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁶⁸ Come testimoniato dall'erezione del Muro a Berlino nel 1961.

⁶⁹ E. J. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi* (1994), Milano, 1995, p. 145.

dell'Olocausto in un monito cosmopolita contro l'onnipresente modernizzazione della barbarie⁷⁰.

Nella *Shoah* e in tutti gli stermini pianificati la cesura con il passato acquista potere per il futuro. Tra i ricordi che ancora albergano nell'animo di migliaia di sopravvissuti ai campi di concentramento, assumono tragica attualità le considerazioni affidate da Primo Levi al suo *I sommersi e i salvati* quale monito ai posteri sedotti da un revisionismo succubo di interpretazioni talora aberranti: "L'intera storia del breve 'Reich millenario' può essere riletta come guerra contro la memoria, falsificazione orwelliana della memoria, falsificazione della realtà, fino alla fuga definitiva dalla realtà medesima"⁷¹.

5. L'inatteso sviluppo dell'Unione europea in contorti termini istituzionali ed economici come prodotto della modernizzazione riflessiva delle società nazionali non la esenta dall'essere oggetto di un *agire strategico*. Al contrario, l'europaizzazione va intesa come un *meta-gioco di potere*, attraverso cui porre rimedio al "cosmopolitismo deformato" che costituisce il risultato provvisorio di questo gioco spesso inconsapevole, condotto a risultati insperati dall'astuzia della ragione⁷².

Stabilendo forme di ricordo affacciate sul domani, associate a un'autocritica dell'Europa sui miti fondativi e guerrieri nazionali, si indica alla policromaticità di un mosaico che ha festeggiato nel 2007 il proprio cinquantenario con ventisette Paesi, qualcosa di diverso – ma non esasperatamente antitetico – dalla *prospettiva federalista* (che presupporrebbe un super-Stato), nonché di alternativo alla federazione di membri secondo la grammatica dell'*intergovernativismo*. Queste due modalità di lettura dell'integrazione europea sono saldamente ancorate al nazionalismo metodologico e fungono da impedimento a qualsiasi *logica delle opposizioni includenti*⁷³, che si voglia o meno pensare a una prospettiva cosmopolitica; che si vagheggi, sulla scia di Cacciari, un'Europa capace di "tramontare", facendo di sé stessa dono per un assetto sovra-statale poliarchico, policentrico, multi-culturale⁷⁴, che meglio rispecchi la vocazione del continente a unire il diverso, al pari di ciò che il Mediterraneo ispira a Ferrarotti⁷⁵.

Egli ritiene che dopo l'11 settembre 2001 si sia aperta una fase di *multipolarismo*, in quanto gli USA, benché ancora potenza egemonica dominante, hanno bisogno della collaborazione, attiva e/o passiva, di altri Stati per organizzare e condurre sul campo la lotta contro il terrorismo⁷⁶. In tale inedita fase caratterizzante gli equilibri mondiali, la vocazione del Mediterraneo di *mediare tra le*

⁷⁰ U. BECK, E. GRANDE, *op. cit.*, p. 170 s.

⁷¹ P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 1991, II ed., p. 20.

⁷² U. BECK, E. GRANDE, *op. cit.*, p. 173.

⁷³ U. BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, cit., p. 222.

⁷⁴ M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano, 2003, II ed., p. 10.

⁷⁵ F. FERRAROTTI, *La convivenza delle culture. Un'alternativa alla logica degli opposti fondamentalismi*, Bari, 2003, p. 8.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 21.

terre (come il suo stesso nome suggerisce⁷⁷), diventa paradigma di riferimento per l'Europa.

Il Mediterraneo come sentiero che unisce, spazio sincronico che esalta la distinzione contro la tragica opposizione, proponendosi come fautore di sintesi, di coabitazione di culture diverse e anche contrapposte⁷⁸, è un mare che ridefinisce il proprio rapporto con l'Europa, per un verso, e con i Paesi dell'Africa e del Medio Oriente, per l'altro.

È un Mediterraneo che continua a costituirsi quale elemento di mediazione tra terra e mare, tra assolutismo asiatico e razionalismo europeo, tra la forza e la libertà⁷⁹.

È un Mediterraneo proteso a suggerire ancora una volta all'Europa un linguaggio che forgia un'identità liquida, nemica di ogni rigidità, che si presenta e rappresenta come identità di accoglienza, che all'inimicizia tra le nazioni sostituisce quel senso di *ospitalità* evocato da Kant⁸⁰. Del resto, "l'autorappresentazione dell'Occidente come una cultura unita nella fede comune – e quindi opposta a una fede altrettanto comune – non ha riscontro se non nelle bolle papali e negli appelli di umanisti e retori, cioè nella cultura che era sì ufficiale, ma non capace di orientare le politiche"⁸¹.

La religione, nella veste di sistema subculturale più influente di tutti, dispone di una capacità integratrice in larga parte poggiante sugli spazi che altri sistemi (*in primis* lo Stato) formalmente e/o ufficiosamente le concedono. Il Mediterraneo, insomma, suggerisce all'Europa una strategia di confronto per la cui prudente attuazione si propone quale avamposto flessibile opposto a tutti i fondamentalismi⁸², ostile a quel sentimento di superiorità che, nell'istante in cui diventa dinamico ed espansivo, pretenderebbe colonialisticamente di fungere da *cura* dell'imperfezione altrui.

La mediazione che invece il Mediterraneo propone alla timidezza politica dell'UE, e che questa deve a sua volta vincere guardando con maggiore attenzione al Mediterraneo, ha come piano principale quello sintetizzato da Cassano nel comandamento "tradurre le tradizioni", facendo cioè in modo che gli uomini diventino amici non nonostante le differenze, ma grazie a esse⁸³.

⁷⁷ Cfr. F. CASSANO, *Il pensiero meridiano*, Roma-Bari, 1996.

⁷⁸ F. FERRAROTTI, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹ P. BARCELLONA, *Saggio introduttivo*, in P. BARCELLONA, F. CIARAMELLI (a cura di), *La frontiera mediterranea. Tradizioni culturali e sviluppo locale*, Bari, 2006, p. 6.

⁸⁰ Sebbene con riferimento al diritto, senza trattenerlo sulla superficie della filantropia. Cfr. I. KANT, *Per la pace perpetua*, in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, 1995, p. 177.

⁸¹ A. DAL LAGO, *Esistono davvero i conflitti tra culture? Una riflessione storico-metodologica*, in C. GALLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 45-79, citazione p. 59.

⁸² Che nel pensiero di F. CASSANO, *Il Mediterraneo contro tutti i fondamentalismi*, in P. BARCELLONA, F. CIARAMELLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 9-61, in specie p. 50, sono sinonimi di *etnocentrismo*.

⁸³ *Ibidem*, p. 53.

Effettivamente l'Europa di Maastricht non chiede ai suoi cittadini la fiducia sulla base di un innovativo progetto solidale, ma impone loro uno statuto di razionalità calcolistica, e il Trattato-Costituzione scioglie soltanto alcune contraddizioni, aggravandone altre. La radiografia della situazione di stallo nasconde l'opportunità di rendere il Mediterraneo, persino in prospettiva storica, l'esempio pulsante per indebolire il modello di sviluppo esistente, puntando alla creazione di aree a economia cooperativa non competitiva, diventando cerniera transcontinentale di pace, propellente per un approfondito riesame degli scompensi attuali, dell'iniqua divisione internazionale del lavoro, affinché tale (ri)costituendo spazio geo-politico-culturale torni a essere orologio della storia umana.

Oltre a combattere contro l'immagine didascalica di un'Europa ridotta a "sentinella dell'impero atlantico", prioritario risulta spendersi a favore di una visione globale del possibile protagonismo di quest'area del mondo che non declassi il recupero della dimensione euro-mediterranea a strategia di risulta della zona meridionale dell'UE, né, a maggior ragione, che la elevi ad alternativa strategica culturalmente "forte" e "autoritaria", contro una divisione per blocchi di civiltà del pianeta dettata reattivamente alle *performances* economiche della Cina, dell'India.

La prospettiva affrescata da Ferhat Horchani e Danilo Zolo non è una remota ipotesi di scuola: pensare la dimensione euro-mediterranea come "ripiego", attanagliati dalla paura del confronto con il diverso innescata dai flussi migratori o, peggio, dalla ricerca di uno sbocco per le produzioni a bassa tecnologia dei Paesi dell'Europa meridionale, corroborando un neo-colonialismo posto in essere da territori che non riescono a diventare trainanti neppure nell'UE, condannerebbe al fallimento politico e culturale qualsiasi accenno di dialogo tra le due sponde⁸⁴. Ciò, tra l'altro, sortirebbe una destabilizzante conseguenza in tema di diritti: quella consistente nel perpetuare l'egemonia di un paradigma mercantile i cui parametri declasserebbero qualsiasi partenariato euromediterraneo a poco più di un'applicazione asimmetricamente cooperativa di arrugginite utopie terzomondiste votate al fallimento, perché incapaci di rimuovere le cause della disuguaglianza tra Nord e Sud del pianeta, e quindi di far smottare il terreno nel quale sono piantate le giustificazioni "economiche" dietro le quali trova alimento – quanto meno per la costruzione dei propri alibi – il terrorismo, fiancheggiato da chi è senza nulla e nei diritti "formali" che l'Occidente issa a propria bandiera vede impalcature imperiali, la cui legittimità universale va contestata alle fondamenta, a partire da un'attivazione nei consessi internazionali al fine di privilegiarne la declinazione "economica".

Questa rimane infatti una delle più rilevanti divaricazioni circa i diritti umani, che rende ancora inattuabile la loro universalità, e, soprattutto, ne macchia la giustificazione assiologica, svilendo il dibattito sulla pregnanza norma-

⁸⁴ F. HORCHANI, D. ZOLO, *Premessa*, in F. HORCHANI, D. ZOLO (a cura di), *Mediterraneo. Un dialogo tra le due sponde*, Roma, 2005, p. 7 ss.

tiva del valore dei diritti dell'uomo a un velleitario tentativo di loro fondazione teoretica, a tema assestatosi su livelli comunicativi integralmente occidentali, che per di più eludono di frequente lo iato rilevabile tra il piano discorsivo-morale e quello empirico-pratico. Richiamandosi ad alcuni passi di Benjamin Constant, con magistrale chiarezza è intervenuto sull'argomento Antonio Cassese: "Per gli occidentali, proclamare i diritti umani significa soprattutto tutelare la sfera di libertà dell'individuo contro lo strapotere di uno Stato invadente. Per questo essi tendono a porre l'enfasi sui diritti civili e politici, che sono stati strappati al potere dispotico a seguito di aspre lotte, ribellioni o rivoluzioni. I paesi occidentali sottolineano che a poco vale usufruire pienamente del benessere materiale se non si è liberi di manifestare il proprio pensiero, di eleggere alla direzione dello Stato le persone scelte dalla maggioranza, o di circolare liberamente sia sul territorio nazionale che all'estero. Diversa è la visione che hanno prospettato per decenni i paesi socialisti (almeno finché non hanno mutato regime e ideologia), e che propugnano tuttora quelli in via di sviluppo. Secondo questi paesi, sono i diritti economici, sociali e culturali che dovrebbero essere privilegiati nell'azione internazionale. Ciò anzitutto perché quei diritti sono intrinsecamente più importanti: che senso ha parlare di libertà di manifestazione del pensiero quando si ha fame, si è privi di lavoro, o non si ha un alloggio decente? I diritti economico-sociali hanno assoluta priorità, perché solo quando essi vengono pienamente realizzati è possibile creare quella eguaglianza di fatto che rende pienamente fruibili e proficue le libertà civili e politiche. Inoltre, soprattutto nelle nazioni in via di sviluppo, è proprio nel tessuto economico-sociale che appaiono le fratture più dolorose, e quindi è più necessario intervenire"⁸⁵.

Qualunque analisi si cimenti con le democrazie liberali non potrà che riconoscere la strutturazione sui principi costituzionali dei diritti fondamentali dell'uomo, dietro i quali vi è tuttavia una precisa *filosofia sociale*, che attinge ampiamente al primato della libertà personale, transcendendo tentazioni comunitaristiche di varia gradazione. Il principio cosmopolitico dei diritti universali, quando viene argomentato teoreticamente, mostra pertanto la propria validità etico-filosofica entro solchi argomentativi che riconoscano i tratti compiutamente secolarizzati della cultura di riferimento. Anche per questo, sarebbe amaramente paradossale dover rilevare che, ad arcaici fondamentalismi religiosi si aggiunga un fondamentalismo dei diritti dell'uomo e della democrazia accecato da una sindrome missionaria gravida di pretese uniformanti, di rappresentazioni forzatamente manichee dello spazio sociale, surrogati mediante i quali replicare al disorientamento che la globalizzazione trascina con sé amplificando la minaccia che il "fuori", il resto del mondo, ci indirizza, così da suggerire, come provvedimento estremo di compattamento difensivo in una "guerra senza fine", la trasformazione dell'Europa in "fortezza". Tale blindatura implicherebbe il rinsecchimento di tutte le radici, poiché queste, anche nella discutibile interpreta-

⁸⁵ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, p. 62 s.

zione di chi riserva un posto eccessivamente privilegiato al patrimonio religioso (cristiano; o in realtà cattolico?), nascono pur sempre da una feconda ibridazione con la cultura assiro-babilonese, con quella egiziana, con quella ellenistica.

Siffatta pluralità di riferimenti, confermando per l'ennesima volta il carattere pluriverso del Mediterraneo, ricorda a tutti che la cangiante identità europea si fonda sui trasferimenti da una sponda all'altra, sui transiti e sugli arrivi, sulle contaminazioni e le impurità delle quali incarnazione per eccellenza è Ulisse, l'eroe di piccolo cabotaggio, l'uomo della partenza e del ritorno⁸⁶, che viaggiando “scopre la propria verità, quella verità che all'inizio in lui è soltanto potenziale e latente e che egli traduce in realtà attraverso il confronto col mondo”⁸⁷.

La cultura europea si nutre, *deve* alimentarsi della messa in discussione dell'ordine delle cose, che un interculturalismo esigente, impegnato ad andare al di là del confronto ingessato nel pluralismo tollerante che pure il multiculturalismo contempla, è auspicabile favorisca come sperimentazione continua. Con l'acume che ne ha fatto una delle voci più apprezzate degli ultimi decenni, Bauman non cessa di ricordare che il posto dell'Europa è sempre stato da qualche parte – che non interessa definire a ogni costo – fra il “dover essere” e l'“essere”⁸⁸, nella tensione verso la riconquista di senso critico dell'esistenza e di una misura umana della politica dopo gli scivoloni negli abissi tenebrosi dell'orrore e della sopraffazione.

Malgrado l'Europa come *potenza civile*⁸⁹ sembri a Biagio De Giovanni costretta a una fase difensiva e di raccoglimento⁹⁰, rimane oltremodo saldo il discorso critico sulla sovranità, che in una prospettiva di *governance reticolare*, sottratta all'usuale gerarchia che nello Stato assume i connotati di apportatrice hobbesiana dell'ordine, spesso risulta soffocata dalle pressioni simultanee che minacciano di frantumarla in un pulviscolo di micro-decisioni, in un'assolutizzazione di fattori parziali, ostruenti una discussione meno estetizzante sull'Europa e le sue sfide.

La posta in palio resta invariabilmente la creazione delle pre-condizioni atte a favorire il confronto con un'identità definita attraverso *lealtà multiple*, senza creare linee di faglia con la propria storia, rigettando cioè l'alternativa netta e fuorviante tra sovranità dello Stato – e non farebbe differenza se fosse nazionale o di respiro continentale – e assenza di sovranità, caos anarchico prodromico al congelamento dello *status quo*, se non, addirittura, incline a rafforzare le posizioni dominanti in campo economico, politico e sociale, favorendo monopoli e oligopoli nemici della ricerca di giustizia ed equità tra i popoli.

⁸⁶ F. CASSANO, *Il pensiero meridiano*, cit., p. 48 s.

⁸⁷ C. MAGRIS, *op. cit.*, p. XI.

⁸⁸ Z. BAUMAN, *L'Europa è un'avventura*, cit., p. 38.

⁸⁹ Su cui cfr. M. TELÒ, *L'Europa potenza civile*, Roma-Bari, 2004.

⁹⁰ Cfr. B. DE GIOVANNI, *Verso una Costituzione post-nazionale?*, in G. VACCA (a cura di), *Dalla Convenzione alla Costituzione. Rapporto 2005 della Fondazione Istituto Gramsci sull'integrazione europea*, Bari, 2005, p. 25 ss.

Laddove Pasquale Serra scorge un abbozzo di democrazia cosmopolita che minaccia di produrre, contemporaneamente, la distruzione del principio di sovranità e la devalorizzazione degli Stati nazionali, dal quale non scaturirebbe altro che un loro rafforzamento su basi etniche⁹¹, De Giovanni ritiene di poter aggirare l' indesiderata conseguenza ripercorrendo i sentieri del sapere umanistico, onde evidenziare l' inscindibilità del sinolo Europa-filosofia. Egli rintraccia nell' unità del molteplice il principio cardinale dell' Europa, alieno da richiami a tradizioni e identità connotate sostantivamente, ma incomponibile in una sfera pubblica dove il ruolo dello Stato sia residuale, giacché esso è interpretato, un po' stancamente, come reificazione, magari non perfetta, di un' identità europea mai presupposta al proprio divenire e che prende coscienza di sé attraverso un rapporto strutturale con la potenza, che ne accompagna costantemente la forma, rendendo possibile l' unità del molteplice principalmente, se non addirittura essenzialmente, nel rapporto dei contrari, nel confronto/scontro tra Paesi dai variegati assetti interni⁹².

Se l' Europa unita esiste già, come sostiene da alcuni anni Beck, stupisce che persino l' antieuropeismo non riesca a svincolarsi dalle contraddizioni dell' autofraintendimento nazionale, rimandando ogni volta a data da definirsi la ricerca sull' Europa. D' altro canto, l' adesione alle semplificazioni indotte dal massimalismo giuridico, ossia lo sposare la convinzione che il diritto possa fungere da panacea dei malesseri dell' epoca presente, è, al meglio, un' illusione; al peggio, un pretesto per non tematizzare le poste in gioco⁹³.

Conducendo la questione dell' Europa e dei suoi rapporti internazionali a coincidere con il destino della democrazia, non si riapre automaticamente il tema del *deficitario acquis communautaire* sotto il profilo istituzionale, ma si arranca nel buio, rilevando che l' inaccessibilità alla verità da parte del nichilismo rende il nostro trovarci nel regime della *doxa* una condizione di rigetto dell' illimitata liceità, che valorizza la componente della responsabilità, resa necessaria dall' assenza di riferimenti ultraterreni da seguire⁹⁴.

Proprio per questo un innovativo racconto cosmopolitico evidenzia, attraverso la propria opposizione a un irrigidimento delle identità, la centralità del compito costituente che l' Unione europea deve assumersi non solamente con respiro anti-congiunturale e come atto di volontà delle classi dirigenti degli Stati membri, ma quale piattaforma per ripensare la meccanica di una sovranità maggiormente partecipata.

⁹¹ Cfr. P. SERRA, *op. cit.*, p. 116.

⁹² Cfr. B. DE GIOVANNI, *La filosofia e l' Europa moderna*, Bologna, 2004.

⁹³ P. BARCELONA, *Il suicidio dell' Europa*, cit., p. 15. Per la categoria di "massimalismo giuridico" e del complementare "minimalismo politico", si veda A. CANTARO, *Europa sovrana. La Costituzione dell' Unione tra guerra e diritti*, Bari, 2003.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 56.



Recensioni

Adelina Adinolfi, Luigi Daniele,
Bruno Nascimbene, Stefano Amadeo (a cura di),

L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza

Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003
del Consiglio del 16 dicembre 2002

Milano, Giuffrè, 2007, pp. XVIII-509



Il Commentario riguarda la riforma delle procedure di controllo del diritto comunitario *antitrust*, adottata con il regolamento 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (entrato in vigore il 1° maggio 2004).

L'opera, che presenta un approfondimento della materia tale da superare ampiamente i limiti di un commentario, si segnala come utile strumento non solo per lo studio e la ricerca ma anche per finalità operative e applicative. In questa sede non è possibile dar conto di tutti gli aspetti oggetto dell'opera e ci limiteremo a fare brevi riferimenti al commento di quelle norme che contribuiscono maggiormente a far comprendere la *ratio* innovativa della riforma, in particolare le norme sulle competenze delle istituzioni comunitarie e nazionali e sulla loro reciproca cooperazione. Per gli aspetti relativi ai poteri di indagine e sanzioni, ci limitiamo a rinviare alla lettura del volume.

I contributi di Bruno Nascimbene sui principi di base partono dalla disciplina abrogata, basata sulla applicabilità diretta del divieto da parte della Commissione, dei giudici nazionali e delle Autorità garanti della concorrenza (art. 81, par. 1 TCE) e sulla notificazione preventiva alla Commissione di accordi e pratiche restrittive ai fini della concessione dell'esenzione (art. 81, par. 3 TCE). L'autore evidenzia come si fosse creato un insostenibile sistema centralizzato di autorizzazione degli accordi restrittivi e sottolinea il vantaggio, nella logica della decentralizzazione, di un meccanismo basato sul sistema dell'eccezione legale (un'intesa che integra le condizioni di cui all'art. 81, par. 3 TCE è valida senza la necessità di una notifica preventiva alla Commissione). L'autore dimostra come la riforma abbia determinato un migliore utilizzo della funzione applicativa delle istituzioni competenti in materia ed un migliore coordinamento tra i

diversi attori. A voler indicare un solo valore aggiunto, l'eliminazione dell'obbligo di notifica ha l'effetto di evitare la sospensione del giudizio incardinato presso un giudice nazionale in attesa della decisione della Commissione e la possibile strumentalizzazione delle notifiche a fini puramente dilatori. Per quanto riguarda l'onere della prova (art. 2), l'autore auspica un'inversione dell'onere probatorio, che resta a carico di chi invoca l'esenzione. Nessuna precisazione viene aggiunta dalla riforma in merito all'intensità di evidenza probatoria richiesta per l'applicazione dell'art. 81, paragrafi 1 e 3 TCE.

Il commento di Luigi Daniele all'art. 3 del regolamento affronta la questione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale della concorrenza, in caso di loro applicazione parallela ad una medesima fattispecie. L'autore evidenzia come la questione sarebbe stata risolta in radice qualora fosse stata approvata la proposta dalla Commissione favorevole ad un sistema di "barriera unica", comportante l'applicazione del solo diritto comunitario della concorrenza e l'esclusione delle legislazioni nazionali in materia. La teoria della "doppia barriera" adottata nel regolamento comporta, invece, che, qualora ricorrano i presupposti, le AGC e le giurisdizioni nazionali possano conferire un doppio fondamento giuridico ai propri provvedimenti, anche se si tratta di una semplice facoltà e non di un obbligo per gli Stati. Per quanto riguarda, invece, le ipotesi di sfruttamento abusivo di posizione dominante (art. 82 TCE) resta possibile procedere ad un'applicazione delle legislazioni nazionali più severe. L'autore sottolinea che non risultano chiare le motivazioni sottese a tale disparità di disciplina, anche se è evidente che si tratta di un risultato di compromesso, finalizzato a lasciare una maggiore autonomia agli Stati membri per la valutazione dei comportamenti unilaterali delle imprese.

I contributi di Stefano Amadeo e Francesca Ippolito sono dedicati rispettivamente alle competenze della Commissione (art. 4) e delle AGC (art. 5). Le competenze della Commissione subiscono un processo di riorganizzazione, in virtù dei principi di effettività e di uniformità d'applicazione. La perdita del monopolio dell'esenzione individuale è compensata dal potere di orientare lo sviluppo della politica comunitaria della concorrenza tramite decisioni, regolamenti di esenzione, comunicazioni ed "orientamenti informali". Considerato lo sdoppiamento del controllo tra autorità nazionali e comunitarie, viene indicato il ruolo cruciale delle regole per evitare l'adozione di decisioni configgenti e preservare l'applicazione uniforme del diritto comunitario. Per quanto riguarda le AGC si realizza un potenziamento dei poteri del tutto giustificato, se si considera il loro migliore posizionamento nella valutazioni di determinate situazioni nazionali. Tra i nuovi poteri vengono analizzati l'adozione di provvedimenti cautelari, l'accettazione di impegni, il potere di decidere il "non luogo a procedere" (senza ovviamente escludere altra decisione differente di altro soggetto competente).

Il commento di Giorgio Gaja sulle competenze delle giurisdizioni nazionali (art. 6) chiarisce come la norma in oggetto non incida in alcun modo sulla competenza giurisdizionale né sulla ripartizione tra giurisdizione ordinaria e ammi-

nistrativa ma sia finalizzata ad affermare in maniera esplicita il ruolo dei giudici nazionali affermandone la competenza generale per l'applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza. L'autore sottolinea, tuttavia, come l'attribuzione ai giudici nazionali del potere di accertare l'esistenza di esenzioni possa dar luogo ad orientamenti diversi, nonostante l'attività di supervisione della Commissione.

Il contributo di Adelina Adinolfi riguarda il principio e le modalità di applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza (art. 16). L'autrice, dopo aver evidenziato il ruolo dell'interpretazione pregiudiziale per le giurisdizioni nazionali al fine di evitare pronunce contraddittorie con quelle della Commissione, approfondisce l'ipotesi in cui il giudice debba pronunciarsi prima che la Commissione adotti una decisione. In tal caso, il giudice deve compiere una valutazione della prassi rilevante per determinare il possibile esito del procedimento avviato davanti alla Commissione, pur nell'autonomia della propria decisione. La norma in commento, infatti, non impone un obbligo, ma solo la facoltà di sospensione del procedimento. L'autrice si sofferma poi sulla possibilità di una procedura di infrazione nei confronti di uno Stato membro, qualora una giurisdizione nazionale o l'AGC violi l'obbligo di conformarsi alle decisioni adottate dalla Commissione.

Altri due contributi di Stefano Amadeo riguardano il procedimento di adozione della decisione sugli impegni (art. 9) e la constatazione di inapplicabilità (art. 10). Per il primo aspetto, l'autore chiarisce l'importanza della comunicazione della Commissione alle imprese interessate sulle motivazioni di fatto e diritto che destano preoccupazioni, considerato che, sulla base di questi elementi, le imprese devono formulare una proposta di impegni (comportamentali e/o strutturali). La pubblicazione di "un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto degli impegni" consente ai terzi di intervenire (art. 27). Se la Commissione ritiene congrui gli impegni, procede all'adozione della decisione che li rende vincolanti. Per quanto riguarda la necessità della loro idoneità ad eliminare ogni possibile infrazione oppure solo i profili anticoncorrenziali alla base dell'intervento, l'autore si esprime a favore della seconda ipotesi. Resta, infatti, il potere delle AGC nazionali di intervenire in presenza di residui profili anticoncorrenziali, anche a seguito della decisione della Commissione.

Per il secondo profilo, l'autore illustra funzioni e presupposti delle decisioni di inapplicabilità che corrispondono alle precedenti attestazioni negative (l'art. 81, par. 1) o decisioni di esenzione (art. 81, par. 3); evidenzia che tali decisioni potrebbero essere assunte esclusivamente d'ufficio dalla Commissione, considerata l'abolizione del sistema di notifica.

L'ultimo contributo che è possibile segnalare in questo contesto è quello di Stefano Bastianon che riguarda un altro aspetto interessante della riforma, la cooperazione tra la Commissione e le AGC degli Stati membri (art. 11). L'autore illustra le modalità di collaborazione (meccanismi di informazione reciproca, di consultazione, di coordinamento) ed il principio generale della divisione del lavoro all'interno della rete, secondo cui ogni caso deve essere seguito dall'au-

torità che si trova nella posizione più idonea. Viene chiarito come l'organizzazione dei flussi informativi all'interno della rete derivi dalle esigenze di assicurare una coerente applicazione delle regole comunitarie di concorrenza, in particolare, la facoltà delle Autorità nazionali di consultare la Commissione su qualsiasi circostanza che implichi l'applicazione del diritto comunitario per evitare possibili rischi di conflitti di giurisdizione.

Altri utili contributi, di cui purtroppo non è possibile dare conto in questa sede, completano il commentario con preziosi spunti ricostruttivi. I commenti, condotti con correttezza di metodo e completezza sistematica, sono stati scritti da: Cecilia Sanna, Commento agli articoli 12 e 22 (Scambio di informazioni; Indagini effettuate dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri); Francesco Rossi Dal Pozzo, Commento all'art. 13 (Sospensione o chiusura del procedimento); Alessia Di Pascale, Commento all'art. 14 (Comitato consultivo); Chiara Favilli, Commento all'art. 15 (Cooperazione con le giurisdizioni nazionali); Francesco Paolo Mans, Commento agli articoli 17, 18 e 19 (Indagine per settore economico e per tipo di accordi; Richiesta di informazioni; Potere di raccogliere dichiarazioni); Sara Poli, Commento agli articoli 20, 21 (Poteri della Commissione in materia di accertamenti; Accertamenti in altri locali); Cristina Schepisi, Commento agli articoli 23, 24 e 31 (Ammende, Penalità di mora; Controllo della Corte di giustizia); Flavia Tomat, Commento agli articoli 25 e 26 (Prescrizione in materia di imposizione di sanzioni; Prescrizione in materia di esecuzione delle sanzioni); Giacomo Biagioni e Sara Gobbato, Commento all'art. 27 (Audizione delle parti, dei ricorrenti e degli altri terzi); Giacomo Biagioni, Commento agli articoli 28 e 45 (Segreto d'ufficio; Entrata in vigore); Sara Gobbato, Commento agli articoli 29 e 30 (Revoca in casi specifici; Pubblicazioni delle decisioni); Cristiana Stocchi, Commento agli articoli 32, 34 e 35 (Esclusione dal campo di applicazione; Disposizioni transitorie; Designazione delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri); Cristiana Stocchi e Silvia Marino, Commento agli articoli finali (Disposizioni transitorie e d'esecuzione; Abrogazioni; Modifiche a regolamenti pregressi; Relazione sull'applicazione).

Giandonato Caggiano

Bruno Nascimbene, Massimo Condinanzi
(a cura di),

Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti

Milano, Giuffrè, 2007, pp. LXIV-1214



L'opera curata da Bruno Nascimbene e Massimo Condinanzi, autorevoli studiosi di diritto comunitario e dell'Unione europea, con la collaborazione di Chiara Amalfitano e Cecilia Sanna, rappresenta un'ampia e preziosa raccolta di giurisprudenza, messa a disposizione di operatori giuridici, studenti, docenti e studiosi. Le sentenze, prevalentemente della Corte di giustizia, ma anche del Tribunale di primo grado e, con riguardo ai rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello interno, della nostra Corte costituzionale, sono pubblicate in estratti, precedute ognuna da una breve introduzione, utile per conoscere, in maniera rapida ma esauriente, il contesto dei fatti e i profili problematici del caso. Si tratta di una scelta felice, che evita il rischio che il lettore possa "smarrirsi" tra le pagine (talvolta forse eccessive) delle numerose sentenze e gli consente di orientarsi immediatamente nella problematica trattata e di cogliere in maniera nitida le soluzioni del giudice. Di alcune sentenze, rilevanti sotto diversi profili, sono pubblicati sotto differenti voci i brani pertinenti.

Naturalmente gli autori hanno dovuto operare delle scelte tra le sentenze da pubblicare; come avvertono nell'Introduzione, essi hanno privilegiato quelle che hanno fissato i principi basilari nei diversi settori, pur se risalenti, non rinunciando, talvolta, a riportare soluzioni contraddittorie, rispettivamente del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia, segno di una dialettica dalla quale è forse lecito attendersi nuovi sviluppi su taluni problemi ancora aperti del diritto comunitario.

Le sentenze sono raggruppate in base a un ordine sistematico. La raccolta si divide così in una parte "istituzionale" e in una dedicata a profili del diritto comunitario "materiale", ambedue articolate in capitoli, paragrafi e sottoparagrafi.

La parte istituzionale comprende anzitutto, nel primo capitolo, sentenze relative alle fonti, tra le quali spiccano particolarmente i singoli principi generali, individuati sulla base della giurisprudenza e prova eloquente del carattere "pretorio" che in larga parte segna il diritto comunitario. Né mancano sentenze relative agli atti atipici, il cui valore giuridico può essere talvolta problematico, quali comunicazioni e codici di condotta. Si dà accuratamente conto, inoltre, della giurisprudenza della Corte riguardante gli atti del terzo pilastro. In un secondo

capitolo sono pubblicate sentenze relative alle istituzioni, fondamentali per disegnare l'equilibrio nel quale esse reciprocamente si collocano. Il terzo capitolo, dedicato ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno, è diviso in due paragrafi, l'uno contenente l'orientamento della Corte di giustizia, l'altro quello della Corte costituzionale italiana. Emerge così quel lungo cammino che ha condotto progressivamente ad un sostanziale avvicinamento tra le posizioni delle due Corti, così come i punti nei quali permangono impostazioni divergenti.

Ampio spazio occupa il quarto capitolo, concernente la tutela giurisdizionale, nel quale le diverse competenze della Corte sono analiticamente esaminate tramite una vasta giurisprudenza, che viene catalogata in una serie minuziosa di paragrafi, sottoparagrafi e ulteriori ripartizioni, allo scopo di offrire, da un lato, una visione completa e articolata delle diverse e numerose questioni giuridiche che sorgono in materia; dall'altro, utili indicazioni pratiche per l'operatore giuridico.

Una seconda parte, comprendente i capitoli V-VIII, è dedicata a temi classici, e di più frequente rilevanza operativa, del diritto materiale: cittadinanza europea, libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, concorrenza.

Oltre che dall'indice tematico, la raccolta è corredata da un indice cronologico e da un indice alfabetico dei casi, elaborato sulla base dei nomi delle parti, ma anche, opportunamente, del nome con il quale la sentenza è nota nel linguaggio più comunemente diffuso (si pensi a *Cassis de Dijon* per la sentenza *Rewe-Zentral AG* del 20 febbraio 1979).

È nota l'espressione di Lord Denning, che descrive il diritto comunitario come una marea che sale veloce, non si arresta all'acqua alta, rompe dighe e argini, sommerge il territorio circostante, per cui per tenere la testa fuori dall'acqua occorre imparare a diventare anfibi. La presente raccolta conferma come la spinta più incisiva e dirompente di tale marea sia opera della giurisprudenza della Corte di giustizia. Essa, d'altra parte, fornisce un ausilio estremamente utile per... navigare in questa marea, cioè per controllare, tramite i casi più significativi, la vastissima giurisprudenza comunitaria, per coglierne i contributi più importanti per lo sviluppo del diritto comunitario, per apprezzarne l'impatto, profondo e talvolta "rivoluzionario", sul diritto italiano. Il mondo giudiziario, degli operatori giuridici, dell'Università non potrà, quindi, che compiacersi del validissimo strumento di conoscenza e di riflessione fornito dagli autori di questo volume.

Ugo Villani

Lorenzo Federico Pace,

Diritto europeo della concorrenza – divieti *antitrust*, controllo della concentrazioni e procedimenti applicativi

Cedam, Padova, 2007, pp. 452



Il volume pubblicato nel 2007, tradotto anche in inglese (*EUROPEAN ANTITRUST LAW- Prohibitions, Merger Control and Procedures*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007) e spagnolo (*Derecho europeo de la competencia – prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007), affronta in modo esaustivo e meticoloso la vasta materia della politica comunitaria della concorrenza, dando conto in modo chiaro e puntuale non solo della disciplina convenzionale del Trattato di Roma del 1957, ma anche di quella derivata dai regolamenti (CE) n. 1/03 (concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato) e n. 139/04 (relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese: c.d. "regolamento comunitario sulle concentrazioni").

La monografia, che sembra elaborata secondo il modello anglosassone, anche nella veste grafica, non è il classico manuale di diritto della concorrenza: essa è il frutto di una ricerca seria ed scrupolosa svolta con attenzione e competenza in Italia, Spagna e Germania. La disamina dei temi trattati, volutamente schematica – ma non per questo poco puntuale –, è particolarmente apprezzabile per la incisività e la chiarezza espositiva: le note arricchiscono il testo con ampi e aggiornati riferimenti giurisprudenziali e normativi, senza appesantirne la lettura. L'opera è suddivisa in undici parti: dopo un preliminare inquadramento storico dei cartelli industriali negli USA ed in Europa (con particolare attenzione al cartello dell'acciaio), nel secondo e terzo capitolo sono illustrate le origini della CECA e della CEE.

Esauriti i cenni introduttivi, nella parte II (capitoli 4-7) sono descritti i tratti generali del regime comunitario della concorrenza indicando la finalità del diritto comunitario europeo, le caratteristiche dei divieti *antitrust* europei ed il campo di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE.

Segue, nelle parti III e IV (capitoli 8-18), una analitica disamina delle norme convenzionali: interessanti risultano i raffronti tra le esperienze giuridiche tedesca e francese in tema di cartelli, che hanno poi costituito la base normativa, in seno alla CEE, per la redazione dell'odierno art. 81 TCE. Particolarmente dettagliata risulta la trattazione dei profili concernenti l'attuazione del suddetto articolo, con riferimento sia al regolamento (CE) n. 17/62, sia al "libro bianco sulla modernizzazione", sia da ultimo al regolamento 1/03.

Parimenti accurata è l'indagine svolta sull'art. 82 TCE: la redazione della norma, la sua attuazione ed il suo contenuto sono esaminati in modo minuzioso e rigoroso. Degna di nota è altresì la trattazione dei profili concernenti gli abusi escludenti, gli abusi di sfruttamento e gli abusi discriminatori, perché l'autore in modo dettagliato ed esaustivo analizza le numerose pratiche economiche riconducibili alle categorie di divieti indicate all'art. 82 TCE.

La parte V è dedicata alla applicazione degli articoli 81 e 82 TCE nei confronti degli Stati membri, cui fa seguito la parte VI rivolta all'analisi del rapporto tra il diritto europeo *antitrust* e le norme nazionali.

L'indagine non trascura l'esame della interrelazione tra Commissione, autorità nazionali *antitrust* e giudici interni, nella fase di controllo della applicazione e del rispetto delle norme del Trattato CE, dando ampio risalto ai poteri attribuiti a ciascuno dei soggetti designati dal Trattato di Roma (parti VII e VIII, capitoli 25-32).

La parte IX (capitoli 33-40) analizza in modo molto accurato e diligente la disciplina del regolamento 1/03, ripercorrendo l'evoluzione della "politica di decentramento" del diritto *antitrust* europeo e segnalando le innovazioni di recente introdotte nel sistema *antitrust* comunitario dalla norma derivata.

In modo attento e puntuale sono illustrati i delicati rapporti tra la normativa *antitrust* comunitaria e quella dei Paesi membri individuando e descrivendo i meccanismi di cooperazione e coordinamento tra i diversi organi (a livello comunitario e nazionale) deputati al controllo, questa volta alla luce del regolamento 1/03.

Le parti X e XI (capitoli 41-48), dedicate rispettivamente alla competenza europea in materia di controllo delle concentrazioni e al sistema di controllo delle concentrazioni disciplinato dal regolamento 139/04, affrontano il tema delle concentrazioni dapprima alla luce delle norme del Trattato e poi evidenziando le novità anche di diritto sostanziale introdotte dal citato regolamento.

Il volume è corredato, infine, da un ricco supporto bibliografico e dal sempre prezioso indice analitico.

Nell'insieme il lavoro si contraddistingue per la organica, logica ed esaustiva sistemazione di uno dei settori più delicati e complessi del sistema comunitario e soprattutto per l'estrema chiarezza espositiva. Per tali ragioni esso è senza dubbio un'opera da segnalare, molto utile per chi si affaccia allo studio del diritto europeo della concorrenza e un valido ausilio per gli studiosi del diritto in generale: gli uni e gli altri potranno usufruire di uno strumento di ricerca accurato e di agevole consultazione.

Angela Maria Romito

Alessandro Morselli,

Storia dell'Unione Monetaria Europea

Bari, Cacucci, 2007, pp. 149



Un pregevole libro scritto in “difesa della storia” così recita: “se il passato si allontana sempre più dal nostro orizzonte e, come tradizione vivente o come ricordo, perde la sua presa, noi possiamo ripensarlo come storia” (M. Bretonne, *In difesa della storia*, Bari-Roma, 2000, quarta di copertina). Si tratta di un efficace viatico al libro di Alessandro Morselli sulla “Storia dell’Unione Monetaria Europea”, che ha il merito di ricostruire in modo chiaro e comprensibile anche ai non iniziati, il percorso seguito finora dall’integrazione monetaria europea (capitoli I e II), senza dimenticare la dimensione tecnica del fenomeno.

In particolare, il libro di Morselli offre una disamina dei “criteri economici per la valutazione della convergenza” delle variabili economiche dei Paesi che si proponevano di aderire alla moneta unica europea (capitoli III e IV). Obiettivo politico strategico ai fini della realizzazione di un’Europa federale, se è vero – com’è vero – che la sovranità trova sempre di più la sua manifestazione principe non nella spada, bensì nella moneta e nella politica monetaria. Ne erano consapevoli già i Romani, che imposero ai Sanniti sconfitti l’*aes grave*, una moneta appositamente coniatata a tal fine come strumento di pagamento ad accettazione generalizzata e più in generale come moneta “ufficiale” (E. T. Salomon, *Il Sannio e i Sanniti*, Torino, 1995, p. 287).

L’importanza della moneta unica e del relativo governo, ed in particolare degli strumenti e delle istituzioni deputati a realizzarla (capitoli V e VI), emerge in modo limpido dal libro in parola. L’autore infatti si sofferma segnatamente sulla Banca Centrale Europea, sulla sua struttura (cap. VII, par. 7.3.1) e sulla sua funzione, analizzando gli obiettivi assegnati alla politica monetaria dall’art. 105, par. 1 TCE (cap. VII, par. 7.3.2) e la relativa strategia da perseguire a tal fine (cap. VII, par. 7.3.3).

L'autore chiude il suo libro guardando alle prospettive della moneta unica e all'allargamento dell'area euro verso i Paesi dell'Est europeo, evidenziando bene come la storia futura dell'euro sia non solo aperta e dinamica, ma ancora non scritta... quanto meno non del tutto (capitoli X e XI).

Francesco Moliterni

Libri ricevuti



Alessandro Colombo, Natalino Ronzitti (a cura di), *L'Italia e la politica internazionale*, Edizione 2007, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 332.

Luigi Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, ESI, 2007, pp. 536.

Donatella Del Vescovo, *Gli appalti pubblici nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, Cacucci, 2006, pp. 206.

Davide Diverio, *La libera prestazione dei servizi fra Comunità europea e OMC*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. XVII-343.

Rosario Espinosa Calabuig, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2007, pp. 319.

Cristiana Fioravanti, *Il diritto comunitario della pesca*, Padova, Cedam, 2007, pp. X-343.

Paolo Fois, Roberta Clerici (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2007, pp. IX-242.

Francesca Ippolito, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. XXVI-318.

Giorgio Napolitano, *Altiero Spinelli e l'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 90.

Ilaria Queirolo, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di regolamento e diritto interno*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. XVI-344.

Lorenzo Schiano di Pepe, *Inquinamento marino da navi e poteri dello Stato costiero. Diritto internazionale e disciplina comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. XX-368.

Gian Luigi Tosato, Riccardo Basso, *L'Unione economica e monetaria*, Torino, Giappichelli, 2007, II ed., pp. XVI-343.

Lauro Zagato (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, Cedam, 2006, pp. XIV-296.

Elenco delle abbreviazioni

- AJIL* – The American Journal of International Law
Case Western Reserve JIL – Case Western Reserve Journal of International Law
CDE – Cahiers de droit européen
CI – La Comunità internazionale
CML Rev. – Common Market Law Review
Columbia LR – Columbia Law Review
Com. St. – Comunicazioni e studi dell’Istituto di diritto internazionale della Università di Milano (già Comunicazioni e studi dell’Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano)
Cornell ILJ – Cornell International Law Journal
DCSI – Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Dir. imm. – Diritto, immigrazione e cittadinanza
Dir. pen. proc. – Diritto penale e processo
Dir. pub. – Diritto pubblico
DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo
DUE – Il Diritto dell’Unione europea
EDP – Europa e diritto privato
EJIL – European Journal of International Law
EJML – European Journal of Migration and Law
ELJ – European Law Journal: Review of European Law in Context
ELR – European Law Review
ETS – European Treaty Series
EuConst – European Constitutional Law Review
EuGRZ – Europäische Grundrechtes-Zeitschrift
EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Giur. cost. – Giurisprudenza costituzionale
Giur. it. – Giurisprudenza italiana
GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

GUUE – Gazzetta ufficiale dell’Unione europea
Harvard LR – Harvard Law Review
ICJ Reports – International Court of Justice. Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICLQ – The International and Comparative Law Quarterly
Indiana LJ – Indiana Law Journal
Int. Law Forum – International Law Forum du droit international
IO – International Organization
J. trib. – Journal des tribunaux
Mediterranean JHR – Mediterranean Journal of Human Rights
Michigan LR – Michigan Law Review
New York UJILP – New York University Journal of International Law and Politics
Pol. dir. – Politica del diritto
Polish YIL – Polish Yearbook of International Law
Q. cost. – Quaderni costituzionali
Q. dir. pol. eccles. – Quaderni di diritto e politica ecclesiastica
Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee
RDE – Rivista di diritto europeo
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIDC – Revue de droit international et de droit comparé
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDUE – Revue du droit de l’Union européenne
Recueil – Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l’homme (dal 1° gennaio 1996)
RICR – Revue internationale de la Croix–Rouge (International Review of the Red Cross)
RIDU – Rivista internazionale dei diritti dell’uomo
RIDPC – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
RMUE – Revue du marché unique européen
RTDE – Revue trimestrielle de droit européen
RTDH – Revue trimestrielle des droits de l’homme
RUDH – Revue universelle des droits de l’homme
Stanford LR – Stanford Law Review
Yale JIL – Yale Journal of International Law
YHRC – Yearbook of the Human Rights Committee
ZaöRV – Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuS – Zeitschrift für Europarechtliche Studien

Indice degli autori



Christian TOMUSCHAT

em. Professor der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität di Berlino. Mitglied des Institut de droit international

Gianluigi PALOMBELLA

ordinario di Filosofia del diritto nell'Università degli studi di Parma

Sergio M. CARBONE

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Genova

Martin WESTLAKE

Director of Consultative Work in the European Economic and Social Committee

Nicola COLAIANNI

ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli studi di Bari

Giandonato CAGGIANO

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di "Roma TRE"

Francesco SEATZU

associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Cagliari

Alessandro LATTARULO

dottore di ricerca in Profili della Cittadinanza nella costruzione dell'Europa nell'Università degli studi di Catania

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di “ponte d’Europa” e di “regione di confine” verso l’Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l’identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l’opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L’altro valore fondamentale è quello dell’accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i “dannati della terra” che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un’epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l’istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l’ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l’informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di “diritto di tribuna” o alla pratica del “mero ascolto”. L’intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall’altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova “architettura”, quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

Pietro Pepe

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

L’Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista



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)

La riforma della dirigenza pubblica

AMENDOLITO Francesco, CAPUTO Andrea

190 Pagine
prezzo: 18,00 €



Sommario:

Prefazione. Introduzione. L'evoluzione normativa della dirigenza pubblica. L'accesso alla qualifica di dirigente. Il ruolo dei dirigenti e la mobilità dirigenziale. Le funzioni dei dirigenti e vicedirigenza. Le nuove regole per il conferimento degli incarichi dirigenziali. Controlli e responsabilità dirigenziale. Conclusioni. Bibliografia generale.

Le convivenze paraconiugali

BARBIERA Lelio

94 Pagine
prezzo: 12,00 €



Sommario:

Francia e Italia. Dal patto civile di solidarietà (PACS) alla convivenza dichiarata (DICO). Il concubinato anagrafico protetto nel disegno di legge del governo Prodi nel confronto con la legge francese e coi disegni di legge parlamentari. Le convivenze paraconiugali nell'attuale ordinamento italiano. APPENDICE I: Legislatura 15° - Disegno di legge n. 1339. APPENDICE II: Legge n. 99-944 del 15 novembre 1999 sul patto civile di solidarietà.

Finanza impresa e nuovo umanesimo

CAPRIGLIONE Francesco (a cura di)

186 Pagine
prezzo: 12,00 €



Sommario:

Al fine di dare concretezza ad una riflessione che si propone di contribuire alla diffusione della cultura della solidarietà, i diritti del presente volume sono destinati all'Orfanotrofio "Francesco ed Anna Illam" di Sora Paola, Diocesi di Coimbatore, Kerala, India. Gli autori sono grati all'Editore Nicola Cacucci per la sua generosità nel riconoscimento dei diritti.

Presentazione, di S.E. Cardinale Camillo Ruini. Introduzione, di Francesco Capriglione. "Impresa e finanza" alla luce della dottrina sociale della Chiesa, di M. Pellegrini. Impresa e finanza tra etica e profitto, di M. Sepe. Etica della società per azioni e misure recenti di moralizzazione del governo societario, di G. Santoni. L'impresa e la creazione di valore, di R. Masera. European Company Law: a laboratory for social responsibility and stakeholder participation, di M. Andenas. Etica e finanza: un difficile rapporto, di M. Condemni. I nuovi paradigmi della ricerca giuridica ed economica nell'epoca della globalizzazione, di V. Troiano. Etica degli affari, codici di condotta e tutela del risparmiatore, di G. Conte. La responsabilità sociale e l'impresa bancaria, di A. Antonucci. Postfazione. G. Montedoro.

Sussidiarietà e competenze. Riparto funzionale e materiale

PALMA Mario

159 Pagine
prezzo: 18,00 €



Sommario:

Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario. Sussidiarietà e riparto materiale e funzionale delle competenze. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sui rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale dopo la riforma del titolo V.

Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo

Quaderni del Dottorato di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea, 2006



CARELLA Gabriella (a cura di)

319 Pagine

prezzo: 25,00 €

Sommario:

Presentazione dei Quaderni, di G. Carella. Intervento dell'avv. Angelo Esposito, Presidente dell'Ordine degli avvocati di Taranto.

PARTE PRIMA La cooperazione giuridica europea in materia civile e penale — V. Starace (a cura di A. Leandro), Linee generali della disciplina in materia di cooperazione giudiziaria tra Stati membri. V. Starace (a cura di A. Leandro), La disciplina comunitaria delle procedura di insolvenza. L. Garofalo, Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale regolamento (CE) n. 2201/2003. G. Carella, Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati. G. Carella, Le notificazioni internazionali nel regolamento (CE) n. 1348/2000 e lo Spazio giudiziario europeo. L. Fumagalli, La disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile: il regolamento (CE) n. 1206/2001. G. Pizzolante, Il regolamento (CE) n. 44/2001 e il foro dell'illecito civile. C. Iannone, Le competenze della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di cooperazione giudiziaria. A. Damato, Il mandato d'arresto europeo: disciplina europea e legge di attuazione italiana a confronto. M. Castellaneta, La cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione per l'individuazione, il reperimento e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato.

PARTE SECONDA L'efficacia delle sentenze di organi giudiziari internazionali, comunitari e stranieri — F. M. Palombino, L'esecuzione e l'applicazione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia tra ordinamento internazionale e ordinamenti interni. V. Di Comite, Il sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio e l'esecuzione delle decisioni del Dispute Settlement Body. A. Oriolo, L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani. G. Biagioni, Aspetti evolutivi nella disciplina comunitaria dell'esecuzione delle sentenze straniere: i regolamenti (CE) n. 44/2001 e n. 805/2004. F. Persano, L'efficacia delle decisioni straniere nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza. E. M. Magrone, L'esecuzione delle decisioni in materia familiare secondo il regolamento (CE) n. 2201/2003. A. Di Stefano, L'attuazione delle sentenze della Corte di giustizia da parte degli enti pubblici territoriali. G. Gattinara, Aspetti problematici dell'efficacia dei provvedimenti cautelari del giudice comunitario. I. Papanicolopulu, La rilevanza delle sentenze comunitarie per i nuovi Stati membri.

NOTE E COMMENTI — R. Di Chio, La cooperazione giuridica e giudiziaria per la lotta alla criminalità organizzata transnazionale nella Convenzione di Palermo del 29 settembre 2003. I. Ingravallo, Europol le prospettive di rafforzamento del suo ruolo.

Il diritto di libertà religiosa

CATALANO Gaetano

98 Pagine
prezzo: 12,00 €



Sommario:

Introduzione. L'oggetto del diritto di libertà religiosa. Il contenuto del diritto di libertà religiosa alla luce della nuova costituzione. Appendice. Indice dei nomi.

In copertina **Tiziano Vecellio** (Pieve di Cadore, verso il 1488/90—Venezia 1576)

Ratto d'Europa – Boston, Isabella Stewart Gardner Museum, olio su tela, cm 185 x 205 – firmato: TITIANVS F.

In una lettera da Venezia a Filippo II di Spagna, datata 19 giugno 1559, Tiziano afferma di avere condotto a compimento due "poesie" (cioè due dipinti di soggetto mitologico), raffiguranti rispettivamente *Diana e Atteone* e *Diana e Callisto* (oggi entrambe nella National Gallery of Scotland di Edimburgo), e di aver intenzione di concludere al più presto "l'altre due poesie già incominciate: l'una di Europa sopra il Tauro, l'altra di Atteone lacerato dai cani suoi". Del primo di questi dipinti, un *Ratto d'Europa* certamente identificabile con la tela di questo soggetto attualmente conservata a Boston, ma documentata all'inizio del Settecento nella collezione del conte di Grammont, poi in quella del duca d'Orléans e successivamente transitata nelle collezioni inglesi di lord Berwick e di lord Darnley, l'artista riparla in una lettera allo stesso Filippo II del 26 aprile 1562, nella quale dichiara di averla finalmente conclusa e di essere in procinto di inviarla in Spagna.

Domina la scena, nonostante vi sia raffigurata non al centro, bensì nell'angolo in basso a destra, una opulenta, matronale Europa semidistesa, in bilico e recalcitrante, sul dorso del toro che, al contrario della concitazione dimostrata dall'atteggiamento della giovane, sembra nuotare placidamente verso la meta. Lo sfondo è costituito da una marina racchiusa entro una sorta di conca, animata da grandi rocce e costoni. Su un piccolo lembo avanzante della costa, si nota il gruppo formato dalle compagne di gioco di Europa, che si agitano ormai impotenti a fermare la fanciulla rapita.

Il dipinto è perfetta testimonianza della svolta stilistica di Tiziano nella prima metà degli anni '60 quando, ormai anziano, abbandonata del tutto la pittura di dettaglio, condotta "con una certa finezza e diligenza incredibile" (Vasari), si orienta verso una tecnica matura e sprezzante, impregnando il colore di una nuova, straordinaria energia. La favola mitologica si trasforma quindi in dramma, in virtù della composizione quasi "fluttuante nello spazio", e della cromia sfatta, data a rapidi colpi, dominata dalla dinamica luminista che unisce organicamente le figure in primo piano e lo sfondo.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2007, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 45,00
- Abbonamento per l'estero € 70,00
- Fascicolo € 18,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2007, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare relativi all'annata (n. 1-2-3).

Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c.n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2007).



ISBN 88-8422-641-4



9 788884 226419

€ 18,00